

**Análisis comparativo de la reparación del daño antijurídico derivado de la responsabilidad  
extracontractual del Estado en la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano y en  
la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

*Edwar Mauricio Lenis Jaramillo*

*Ensayo de grado, presentado para optar el título de:*

***ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO***

*Universidad Santiago de Cali*

*Santiago de Cali*

*2019*

## ***Resumen***

El presente trabajo se realiza un paralelo entre el Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de reparación del daño antijurídico derivado de la responsabilidad extracontractual del estado respecto al concepto de reparación y las formas en que ambas reparan el daño antijurídico, dado que desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia en nuestro país, por medio de su jurisprudencia ha decantado conceptos que deben ser comparados con los establecidos por el Consejo de Estado Colombiano.

**Palabras clave:** Reparación, daño antijurídico, responsabilidad extracontractual de estado, jurisprudencia, Consejo de Estado, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **OBJETIVOS ESPECIFICOS**

1. Identificar el principio de reparación integral, utilizado por ambas cortes en su evolución.
2. Determinar la evaluación de los perjuicios por el CONSEJO DE ESTADO, y la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
3. Comparar conceptos y montos máximos del CONSEJO DE ESTADO, y la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

## **OBJETIVO GENERAL**

1. Determinar las características diferenciales en materia de reparación del daño antijurídico entre el CONSEJO DE ESTADO Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, según la jurisprudencia.



## Tabla de Contenido

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL EN LA EVALUACIÓN DEL DAÑO .....</b>   | <b>6</b>  |
| 1.1. Antecedentes legales y constitucionales de la responsabilidad civil del Estado .....                                | 6         |
| 1.2. Reparación Integral .....   | 6         |
| 1.3. Concepto de Reparación Integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....                                | 7         |
| 1.4. La Reparación Integral en la Legislación colombiana .....   | 9         |
| <b>2. EVALUACIÓN DE LOS PERJUICIOS POR EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ....</b>      | <b>10</b> |
| <b>3. CONCEPTOS Y MONTOS MÁXIMOS DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....</b> | <b>14</b> |
| 3.1. Consejo de Estado Colombiano. ....  | 14        |
| 3.1.1. Daño Material. ....   | 14        |
| 3.1.1.1. Daño emergente. ....  | 14        |
| 3.1.1.2. Lucro Cesante. ....   | 15        |
| 3.1.2. Daño Inmaterial. ....   | 18        |
| 3.1.2.1. Daño moral. ....  | 18        |
| 3.1.2.2. Daño a la salud. ....   | 22        |
| 3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos .....  | 24        |
| 3.2.1. Daño Material. ....   | 24        |
| 3.2.1.1. Daño emergente y lucro cesante. ....  | 25        |
| 3.2.1.2. Daño patrimonial familiar. ....   | 26        |
| 3.2.2. Daño Inmaterial. ....   | 27        |
| 3.2.2.1. Daño Inmaterial (Daño Moral). ....  | 27        |
| 3.2.2.2. Daño al Proyecto de Vida. ....  | 29        |
| 3.2.2.3. Otros Daños Extra patrimoniales. ....   | 30        |
| 3.2.2.4. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición. ....  | 32        |
| <b>4. CONCLUSIONES. ....</b>   | <b>33</b> |
| <b>5. BIBLIOGRAFÍA. ....</b>   | <b>36</b> |
| Normas y Leyes. ....   | 36        |
| Jurisprudencia. ....   | 36        |
| Doctrina. ....   | 37        |

## **Introducción**

El Estado Colombiano adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante la ley 16 de 1972, realizó el depósito de ratificación el 31 de julio de 1973, y aceptó la competencia de la Corte el 21 de julio de 1985, por este motivo al ratificar este instrumento internacional y al aceptar la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado colombiano se ha obligado de forma voluntaria a acatar las decisiones de este Tribunal, en los casos que resulte comprometida su responsabilidad.

En este escrito se pretende realizar un análisis comparativo de la reparación del daño antijurídico derivado de la responsabilidad extracontractual del estado en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se indicarán algunos planteamientos atinentes a los elementos que integran el concepto de reparación y la manera en que han sido recibidos en Colombia, se señalará el criterio de algunos estudiosos del tema al abordar el concepto de reparación, se analizará la jurisprudencia del Consejo de Estado y de La Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo concerniente a la reparación del daño, haciendo un especial énfasis en el contenido de la reparación para ambas corporaciones.

## **1. Principio de reparación integral en la evaluación del daño**

### **1.1. Antecedentes legales y constitucionales de la responsabilidad civil del Estado**

La responsabilidad civil en Colombia fue casi nula durante el primer siglo del país después de su independencia, solo regulado por alguna legislación civil poco abundante y limitada a ciertos casos, incluso, en la Constitución Política de Colombia de 1886, no existía un artículo que determinara de manera expresa la responsabilidad patrimonial del Estado, del cual la propia Corte Constitucional ha reconocido en diversas sentencias:

*“en un periodo histórico en el que imperaba el dogma de la irresponsabilidad del Estado, puesto que se consideraba contraria a la idea de soberanía, lo que se plasma en la famosa sentencia de LAFERREIRE ‘Le pape de la souveraineté est de s’imposer à tous sans compensation’”* (Corte Constitucional. Sentencia C- 644/11, 2011).

Sin embargo, se dieron algunos avances a mediados del siglo XX, así las cosas, según (Fernández Muñoz, 2016, pág. 75), desde 1939 se presentaron algunos pronunciamientos respecto a la estructuración de un sistema de responsabilidad del Estado, pero estos tenían una base en el derecho público, dado que, no era posible aplicar las normas civiles a las relaciones del Estado con los particulares, pues se llegaba a una serie de inconsistencias.

Con la promulgación de la Ley 167 de 1941, los procesos de responsabilidad de la administración pública fueron competencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual decidía sobre la responsabilidad estatal, con base en los artículos 2347, 2349 y 2356 del Código Civil.

Solo hasta 1991 con la nueva Constitución se establece la responsabilidad del Estado en sus actuaciones, por lo que en el país, la responsabilidad estatal tuvo que desarrollarse como una institución de origen jurisprudencial que, según lo dicho por la Corte, inicia su evolución.

### **1.2. Reparación Integral**

Para entender las circunstancias y las características de la reparación del daño es necesario no solo conocer el concepto de responsabilidad civil, sino el de reparación integral, los cuales se encuentran íntimamente ligados, dado que demostrada la responsabilidad, debe

cumplirse la reparación integral, sin embargo, esta reparación se debe realizar tanto en los daños materiales y patrimoniales como en los daños extra-patrimoniales, los cuales por definición son por su propia naturaleza difíciles de cuantificar dado la subjetividad de los mismos y del ordenamiento jurídico desde el cual se determine.

De otra parte, el concepto de reparación tuvo un origen en el derecho romano, donde el hecho de ser persona facultaba al individuo para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones como tal. Posteriormente, con el advenimiento del constitucionalismo y los desarrollos de los derechos humanos, se ha llegado a reconocer principios básicos como el derecho a la vida, a la propiedad etc., y los derechos personales y personalísimos como los relacionados a la dignidad e intimidad, lo mismo que los llamados derechos de segunda y tercera generación.

La reparación es definida por autores como (Domínguez Águila, 2010), quien afirma que la reparación integral, es el reconocimiento de un daño que se rezarse mediante unas acciones que reparan el dicho daño hasta el perjuicio, es decir, hasta el daño causado en su totalidad, lo que implica claramente un sistema completo de reparación del daño.

### **1.3. Concepto de Reparación Integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La noción jurídica a nivel internacional de reparación fue dada por la Corte Internacional de Justicia, denominada antiguamente como Corte Permanente de Justicia Internacional, en un fallo de 1937, en el que establece que la reparación es un principio de derecho internacional, el cual compromete al Estado infractor a la debida reparación del daño, mediante lo cual debería desaparecer las consecuencias de la infracción cometida por el Estado. (International Court of Justice, 2016)

*Constituye el principio del derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de dar reparación en la forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención, ... por cuanto el principio esencial que consagra el concepto real del hecho ilícito... es que la reparación deben en la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y*

*restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho* (Corte Permanente de Justicia Internacional, 1927).

Naciones Unidas señala que se debe entender para las cortes internacionales que el principio que prima es el de respeto a las víctimas y para ella debe implementarse sistemas de reparación (Resolución 60/147 de la Asamblea General de diciembre 16 de 2005, 2005).

En consonancia con los términos de reparación dados por Naciones Unidas, Colombia adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos por medio de la ley 16 de 1972, posteriormente lo ratificó el 31 de julio de 1973, finalmente, implementó su competencia a partir del 21 de julio de 1985; con estos antecedentes, esta Corte ha dicho que las reparaciones debidas deben darse de tal modo que se desaparezca todo efecto producido por el daño, en ese orden de ideas, la reparación debe ser proporcional al daño generado por la actuación u omisión del Estado, por tanto, no debe generarse enriquecimiento ni empobrecimiento para las víctimas o familiares, sin embargo, aún existen discrepancias al respecto<sup>1</sup>:

*“Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”.* (CIDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. , 2006)

En conclusión, la reparación integral debe ser adecuada, dentro del marco convencional, mediante todas las medidas necesarias que abarquen la totalidad de las contingencias del daño causado y adecuada en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición. La Corte ha indicado que, recursos como la acción de reparación directa o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene unos alcances mínimos y unas condiciones de acceso no apropiadas para los fines de reparación que la Convención Americana establece.

---

<sup>1</sup>*Sin embargo, el contenido y el alcance de las medidas de reparación en el derecho internacional continúan circundadas de un cierto grado de imprecisión, a pesar de la existencia de una jurisprudencia secular sobre la materia. Esto se debe en gran parte al hecho de que tal jurisprudencia se ha desarrollado a partir de analogías con soluciones del derecho privado, y, en particular, del derecho civil, en el marco de los sistemas jurídicos nacionales.* (CIDH, 1997 )

Finalmente, el núcleo del concepto de reparación para la Corte Interamericana es la *restitutio in integrum* (restablecimiento integral), *restitución en natura (en especie)*, (*Reparación Stricto Censu*), lo que implica dentro de las limitaciones reales, eliminar todas las consecuencias del daño y dejar las cosas como muy probablemente hubieran estado de no producirse tal daño, sin embargo, de no ser posible por ausencia o muerte de la víctima, es necesaria la reparación de las circunstancias que tal situación haya causado (Satisfacción-resarcimiento sustitutivo de carácter reparador).

#### **1.4. La Reparación Integral en la Legislación colombiana**

Por su parte, la primera legislación concreta respecto a la reparación integral se produjo con la sanción de la ley 446 de 1998 y 975 de 2005, la primera en su artículo 16 define lo que es daño y la forma de valorarlos y en la segunda, en su artículo 8, establece el derecho a la propia reparación, que comprende la restitución, basada en las medidas tendientes a que la víctima regrese a la situación inicial; la indemnización, que propende por una compensación de los perjuicios; la rehabilitación, que se debe realizar cuando víctima ha sufrido daños físicos y psicológicos; la satisfacción, consistente en realizar todas las acciones que restablezcan la dignidad de la persona afectada además de ser público le verdad de los hechos y finalmente, la garantía de no repetición consistente en que el Estado realice todos los actos pertinentes para que no vuelvan a presentar los daños.

En nuestra jurisprudencia nacional a pesar que desde el año 2007 se emplea el término “reparación integral” en lugar de “indemnización”, es a todas luces claro que a pesar que se cambió de denominación, la realidad jurídica es otra, pues si bien las sentencias del Consejo de Estado hablan de “reparación integral” en realidad por su contenido material lo que hacen es “indemnizar”, ya que la reparación integral comprende y describe en mayor medida lo que implica el resarcimiento o la recomposición de una daño, mientras que indemnizar solo consiste en resarcir o pagar una suma de dinero mediante el cual se compensa el daño sufrido por una persona en su esfera patrimonial y extra patrimonial.

Así pues se tiene en este primer punto, que ni el Consejo de Estado Colombiano ni la Corte Interamericana de Derechos humanos definen con exactitud el término “Reparación

Integral” sin embargo como se verá más adelante es la Corte Interamericana quien en la práctica mediante sus medidas de reparación y sus condenas económicas se acerca mucho más que el Consejo de Estado a la finalidad del principio de Reparación Integral.

## 2. EVALUACIÓN DE LOS PERJUICIOS POR EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

El consejo de Estado tiene una clasificación para determinar los perjuicios, consistente en daños materiales o patrimoniales y los daños inmateriales o perjuicio extra-patrimonial, en el primer caso, se dividen a su vez en dos, el daño emergente y el lucro cesante, el primero consiste en todas las eventualidades sobrevinientes con ocasión del daño en el presente, y el futuro, los mismos, pero en los eventos posteriores. Respecto al lucro cesante, se divide igualmente en dos, el consolidado y el futuro. Por otra parte, el daño inmaterial, se divide en daño inmaterial como tal llamado también daño moral y el daño al proyecto de vida. Todo lo cual puede resumirse en la siguiente tabla:

| <b>Daño Material (perjuicio patrimonial)</b>   | <b>Daño Inmaterial (perjuicio extra patrimonial)</b>                                    |
|--|---|
| <p><i>a) Daño emergente.</i></p> <p><i>-Consolidado o pasado</i></p> <p><i>-Futuro</i></p> <p><i>b) Lucro Cesante.</i></p> <p><i>-Consolidado o pasado</i></p> <p><i>-Futuro</i></p> | <p><i>a) Daño Inmaterial (daño moral)</i></p> <p><i>b) Daño al proyecto de Vida</i></p> |

A partir de la sentencia del 19 de octubre 2007, expediente 29273, del (Consejo de Estado, 2007), se abrieron las puertas a los criterios de reparación de la Corte Interamericana de Derechos humanos, pues si bien existen antecedentes como la sentencia del 8 de marzo de 2007 expediente 15.739 en la cual se señaló que el daño a la vida de relación desarrollado en la jurisprudencia Contencioso Administrativa, guarda semejanza con el daño al proyecto de vida acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Solo se hacían comparaciones pero no se hablaba de aplicación *stricto censu*, pues no se había analizado con rigor las disposiciones

internacionales como se hizo en la precitada sentencia ya que no se limitó a decretar la condena económica deprecada con la demanda, al respecto consideró:

*Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa.*  
(Corte Interamericana de Derechos humanos, 2007 )

Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la *restitutio in integrum* (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para, una vez constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos.

Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como, aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH).

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 internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de

medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos.

Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio.

Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones.

Así las cosas, cuando la violación recae sobre un derecho humano, entonces el Consejo de Estado además de las formas tradicionales de reparación del perjuicio, podrá adoptar medidas de justicia restaurativa tales como:

*Rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico. la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona*

*específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio” (Consejo de Estado, 2011).*

Por su parte, la Corte Interamericana considera dos medidas de resarcimiento o reparación, que son la restitución y la indemnización,

1. Restitución
2. Indemnización

Del mismo modo, cataloga el daño del mismo modo que el Consejo de Estado, considera el daño en materiales e inmateriales, pero en los materiales además del daño emergente y el lucro cesante le adiciona el daño patrimonial familiar; en los segundos, considera el daño al proyecto de vida

| 2.1. -Daños Materiales  | 2.2. -Daños Inmateriales  |
|---|---------------------------|
| *Daño Emergente<br>*Lucro cesante<br>*Daño patrimonial familiar | -Daño al proyecto de vida |

Adicionalmente, como se mencionó antes, considera las medidas de satisfacción, de rehabilitación y de no repetición:

3. Medidas de Satisfacción
4. Medidas de rehabilitación
5. Medidas de no repetición

### **3. Conceptos y montos máximos del consejo de estado colombiano y la corte interamericana de derechos humanos.**

Para que la reparación plena o integral se produzca, es necesario que cada uno de los tipos de daños encuentre su satisfacción. Es objeto de estudio del presente documento analizar una a una las formas de reparación y los montos que tanto el Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han reconocido en sus correspondientes jurisprudencias.

#### **3.1. Consejo de Estado Colombiano.**

##### **3.1.1. Daño Material.**

###### **3.1.1.1 Daño emergente.**

Por perjuicio consolidado se entiende aquel que existe, es el perjuicio cierto, que “ya se exteriorizó”, es “una realidad ya vivida”. (Henao, 1998.).

❖ ***Daño emergente consolidado***: consiste en los desembolsos, egresos, o gastos efectuados, según la naturaleza de cada caso, tales como:

✚ *Gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos.*

✚ *Gastos funerarios.*

✚ *Gastos de desplazamiento.*

Se considera perjuicio no consolidado aquella disminución del patrimonio de la víctima que sobrevendrá.

❖ ***Daño emergente futuro***: se concreta en los desembolsos, egresos o gastos aún no efectuados, tales como:

✚ *Gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos (hasta lograr el objetivo propuesto o recuperación total).*

- ✚ *Pagos a personas que deban colaborar con el lesionado.*
- ✚ *El valor de un perro guía si la víctima ha perdido la visión.*
- ✚ *Los gastos necesarios para adecuar la habitación y el entorno de un parapléjico.*
- ✚ *Contratación de una empleada doméstica para que cuide los niños. En el caso de la sentencia del 1º de octubre del 2008 proferida por la sección tercera del Consejo de Estado (exp 27.268). se concedió la pensión de vejez a la demandante como daño emergente futuro.*

### **3.1.1.2. Lucro Cesante.**

El lucro cesante corresponde a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro al patrimonio de la víctima. (Consejo de Estado. Sala tercera, 2007).

Se valora teniendo presente la repercusión sobre la capacidad temporal o permanente para realizar una actividad laboral. Hace falta profundizar en los conceptos médicos laborales, pues el informe pericial debe contener fundamentaciones en este aspecto, como la de determinar los conceptos de capacidad laboral genérica y capacidad laboral específica; la primera, considerará el criterio medio de la población, del individuo en su entorno y la naturaleza y afectación funcional del órgano lesionado, etc., y la específica o capacidad laboral o productiva del individuo en concreto antes de producirse la lesión. (Consejo de Estado. Sala tercera, 2007). Los pasos a seguir son:

1. *Establecer los ingresos del fallecido.*
2. *Actualizar esos ingresos.*
3. *Ajustar al salario el 25% de Prestaciones Sociales. (Ficción legal)*
4. *Deducir los Gastos de la Propia Subsistencia: Se tendrá el 25% de sus ingresos como el porcentaje que la propia víctima gastaba en ella misma: 25%=Casado(a);50%=Soltero (a)*

*Para actualizar los ingresos se utiliza la siguiente formula*

$$Ra = R If$$

De donde:

*Ra*= es la renta o ingreso mensual actualizado.

*R*= Es la renta o ingreso mensual al momento de los hechos.

*If*= es el índice de precios al consumidor para la fecha de la sentencia.

*ii*= Es el índice de precios al consumidor para la fecha de los hechos

❖ **Lucro Cesante Consolidado**: consiste en que “se haya concluido la falta del ingreso”

La indemnización por lucro cesante consolidado abarca desde la fecha de la muerte de la víctima hasta la fecha de la sentencia, esta indemnización se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

De donde:

*Ra*= es la renta o ingreso mensual actualizado.

*R*= Es la renta o ingreso mensual al momento de los hechos.

*i* = Es el interés puro o técnico mensual equivalente al 0.004867

*n* = Es el número de meses que comprende el periodo indemnizable, y comprende desde la fecha de los hechos hasta la sentencia.

❖ **Lucro Cesante Futuro**: Los ingresos que dejarán de percibirse, abarcan desde el día de la sentencia hasta la fecha de vida probable de la víctima.

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$i (1+i)^n$$

Donde:

**Ra**= es la renta o ingreso mensual actualizado.

**i** = Es el interés puro o técnico mensual equivalente al 0.004867

**n** = Es el número de meses que transcurrirán entre la fecha de la sentencia hasta terminar el periodo indemnizatorio o vida probable. Se obtiene restando de los meses de vida probable, los meses del consolidado

Dónde:

**Ra**= es la renta o ingreso mensual actualizado.

**R**= Es la renta o ingreso mensual al momento de los hechos.

**If**= es el índice de precios al consumidor para la fecha de la sentencia.

**ii**=Es el índice de precios al consumidor para la fecha de los hechos.

Es menester precisar que recientemente la jurisprudencia del Consejo de Estado, considera que la liquidación de la indemnización debe ser la capacidad productiva y no necesariamente el último salario o el salario mínimo.

Así lo han dispuesto la sección tercera del Consejo de Estado, y la sala plena en las sentencias del 18 de junio de 1998 Exp 10.695 y del 19 de mayo de 1998 exp S-735. En las cuales la base de la liquidación se ha estructurado considerando la trayectoria de las víctimas, la realidad y calidades espirituales y profesionales, en la sentencia de la sala plena se decidió sobre el caso del doctor Enrique Low Mutra; en cuyo caso la base de indemnización no fue el último salario del fallecido, sino lo que devengaba un alto funcionario del Estado, cargo que este había ocupado tiempo atrás. (Gil Botero, 2011).

Nos adentramos ahora en una categoría más compleja “el perjuicio extra patrimonial”, y se torna así por la dificultad de cuantificar o valorar un tipo de daño que es subjetivo, que es

espiritual, que hace parte de la esfera interna del ser humano, en los perjuicios patrimoniales se tornaba simple porque el perjuicio se lograba cuantificar con documentos que contenían cifras, o utilizando las fórmulas matemáticas, pero en esta modalidad ello no es útil.

En el daño extra patrimonial como estableceremos en este punto es donde más se nota la divergencia que existe entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Consejo de Estado a la hora de establecer los perjuicios de este tipo.

### **3.1.2 Daño Inmaterial**

#### **3.1.2.1 Daño moral.**

En relación al daño moral, el Consejo de Estado se ha referido desde principios de siglo XXI, referido al plano síquico o psicológico de sufrimiento por causa del daño material, afecciones físicas, lesiones, etc., reconoce que:

*Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien". Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado. El daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas. (Consejo de Estado sala tercera, 2003)*

El Consejo de Estado adoptó el criterio de salarios mínimos legales como forma de liquidar y mantener actualizadas las indemnizaciones por daño moral. Fundó el abandono de los topes del Código Penal apoyándose en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Desde el año 2001 se adoptó el sistema de los salarios mínimos legales mensuales como factor de actualización y límite de las condenas por daños morales, además determinó que el mayor valor a condenar por perjuicio moral debe ser el equivalente de hasta cien salarios

mínimos legales vigentes cuando el perjuicio moral —alcance su mayor intensidad. La nueva doctrina es sentada en el extracto de la sentencia que se transcribe a continuación:

*Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, que en la fecha de esta sentencia corresponde a veintiocho millones seiscientos mil pesos (\$28.600.000), cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción. (Consejo de Estado sala tercera, 2001)*

El Consejo de Estado una vez fijado el nuevo rumbo jurisprudencial advierte que el juez de lo Contencioso Administrativo ha de esmerarse en indagar no solo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad y solo debe imponer las máximas condenas: —únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables.

En el año de 1992 el Consejo de Estado extendió la presunción de la existencia del daño moral a los hermanos y colaterales de la víctima fallecida. Esta postura fue ratificada en el año 2007 cuando se condenó al estado por un caso de violación de derechos humanos. A partir de esta sentencia de 1992 se dijo que —se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

En este fallo el Consejo de Estado expandió el concepto de familia para los efectos de la reparación de perjuicios y sentó el principio de que lo anormal es lo que se debe probar y no aquello que es natural en las relaciones familiares: el afecto amor entre hermanos, padres, etc. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, 1992)

En el caso de Colombia, debe afirmarse que la jurisprudencia contencioso administrativa, con apoyo en los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de otras latitudes—específicamente Francia e Italia-, ha venido construyendo una tipología del daño inmaterial que propende la

satisfacción plena del perjuicio causado. Lo anterior no significa que no haya lugar a trabajar desde el ámbito académico y judicial para delimitar las perspectivas que deben regir la comprensión de un sistema de indemnización del perjuicio inmaterial que no sacrifique a las víctimas del daño, pero que tampoco se convierte en fuente de enriquecimiento injustificado.

Ahora bien en sentencia del (Consejo de Estado sección tercera, 2011), se optó por un nuevo método para tasar el daño moral, se trata de un “test de proporcionalidad”, que consiste en una tabla en la cual los montos de las reparaciones se clasifican según la cercanía de los familiares con las víctimas. A mayor cercanía, mayor será el valor de la compensación económica. Así mismo, las cuantías se graduaron teniendo en cuenta la realización o no de los tres elementos del principio de proporcionalidad. En esta sentencia se ha precisado:

*Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntalarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada "cierta discrecionalidad".*

*Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.*

|  |                 |   |  |
|--|-----------------|---|--|
|  | Con convivencia | Sin convivencia pero con relación cercana | Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de registro civil) |
|--|-----------------|---|--|

|                                 |          |         |         |
|---------------------------------|----------|---------|---------|
| Familiares inmediatos y cónyuge | 100 SMLV | 50 SMLV | 25 SMLV |
| Familiares derivados            | 50 SMLV  | 25SMLV  | 10 SMLV |

**Cuadro elaboración propia según (Consejo de Estado sección tercera, 2011)**

*De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. El fundamento de éste test no es otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional, dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto.*

*En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.*

*En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.*

*Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento. (Consejo de Estado sección tercera, 2011).*

Los Consejeros Enrique Gil Botero y Olga Valle de la Hoz aclararon sus votos, pues no estuvieron de acuerdo con la aplicación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. Para ambos, este método no garantiza objetividad en la tasación, ya que también es producto de la discrecionalidad judicial del consejero ponente del fallo, teoría que compartimos por cuanto consideramos que este perjuicio debe tasarse con base en criterios subjetivos de cada caso en particular y no con una tabla estándar que mide el dolor de todas las personas como si fuera el mismo en circunstancias idénticas o diferentes.

### **3.1.2.2 Daño a la salud.**

Además del daño moral, el Consejo de Estado Colombiano, ha reconocido otros perjuicios inmateriales, sin embargo las diferencias conceptuales acerca de cada uno de ellos ha acrecentado las diversas interpretaciones y por ende las controversias entre cuales deben ser aplicados. El caso más común es el denominado *Perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación o Daño a la salud*, en el que la jurisprudencia solo hasta el año 2011 pudo definir como definir e indemnizar este tipo de perjuicio:

*El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007, 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 nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), así como los inmateriales, género éste en el que se han decretado condenas por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, categoría esta última en la que desde que fue reconocida por primera vez en 1993, ha sido denominada de diversas formas, en ocasiones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de existencia”, pero con un sustrato idéntico, esto es, la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones del sujeto con su entorno.*

*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.***

*En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.*

*Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios – siempre que estén acreditados en el proceso –:*

*i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;*

*ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal (Consejo de Estado sala tercera, 2011).*

Podemos entonces concluir sobre este punto que cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud. Ahora bien sentencia ha sido tan fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano que ha resumido en 2 los perjuicios extra patrimoniales, el primero de ellos el daño moral y el segundo es precisamente el daño a la salud, de un lado el daño moral satisface

la indemnización de la órbita interna y afflictiva del ser humano y de otro lado el daño a la salud garantizaría un resarcimiento equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce al afectar la integridad psicofísica de la persona, razón por la cual este último integraría el daño corporal, psicológico, sexual y estético.

A pesar de que el mismo Consejo de Estado se contradiga al considerar que el perjuicio estético hace parte del daño moral, es pertinente anotar de manera independiente puesto que a nuestro juicio estos tipos de daños son autónomos ya que ambos producen en la persona distintas sensaciones de dolor y porque el perjuicio estético se exterioriza mientras el moral hace parte del ser humano en su alma, en su interior.

### ***Perjuicio estético***

Para el Consejo de Estado Colombiano, dentro del rubro conocido como perjuicio moral, también hace parte una modalidad de daño conocido como perjuicio estético. Esto es que además de violentarse la armonía corporal también se deteriora la armonía funcional. El perjuicio estético puede tener graves consideraciones sobre el sentir de la víctima en cuanto a su consideración sentimental; en palabras del Consejo de Estado: *“El denominado pretiumpulchritudinis o precio de belleza viene a compensar el perjuicio estético que resulta del atentado infringido a la armonía física de la víctima. Entonces la pérdida de la integridad corporal da a lugar a la reparación independientemente de los daños materiales que se haya podido causar. Así mismo el perjuicio estético stricto sensu como una cicatriz en el rostro es suficiente para dar lugar al nacimiento de una acción de reparación, pero dicho perjuicio es puramente moral, aunque puede tener repercusiones patrimoniales si la víctima fuere rechazada de su trabajo o no pudiere ejercer una actividad en razón de dicho defecto”*. (Consejo de Estado sala tercera, 2000)

## **3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos**

### **3.2.1. Daño Material.**

Se entiende, de manera general, que el daño material incluye “la pérdida de ingresos, gastos médicos, los gastos incurridos en la búsqueda de la víctima ante el encubrimiento de las

autoridades o la falta de investigación, y otros gastos de carácter pecuniario que son causados por la violación<sup>2</sup>.”Según la Corte, “*el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos*” (C.I.D.H. Acosta Calderón v. Ecuador, 2005 )

### **3.2.1.1 Daño emergente y lucro cesante.**

El daño material comprende, por un lado el lucro cesante o lucro cessans, el cual se refiere a la pérdida de ingresos de la víctima como consecuencia de la violación del derecho vulnerado<sup>3</sup> así como también el daño emergente o *damnum emergens*, que enmarca los pagos y gastos en que han incurrido la víctima o sus familiares durante la investigación de la violación. (C.I.D.H Castillo Páez v. Perú, 1998)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de justicia no distingue explícitamente entre Daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro, le da un tratamiento general sin distinguir si son consolidados o si son futuros.

#### ***Daño emergente: comprende:***

- ✚ *Gastos efectuados por los familiares de una víctima desaparecida en su búsqueda.*
- ✚ *Gastos efectuados por los familiares de la víctima por concepto de traslados efectuados para visitarla durante su encarcelamiento.*
- ✚ *Gastos médicos por servicios funerarios.*
- ✚ *Gastos médicos pasados y futuros, con el fin de rehabilitarse de las consecuencias del hecho violatorio de la convención.*

#### ***En cuanto a la determinación del lucro cesante la Corte distingue dos eventos:***

---

<sup>2</sup>Ver JO M. PASQUALUCCI, *THE PRACTICE AND PROCEDURE OF THE INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS* 255 (2003) [traducción del autor] (revisando la práctica de la Corte Interamericana en cuanto al dano de compensación de daños materiales, conocidos como perjuicios pecuniarios); ver también *Trujillo Oroza v. Bolivia*, 2002 Corte I.D.H. (ser. C) No. 92, 74(a) (27 de febrero de 2002) (incluyendo entre los gastos que incurrieron los familiares de la víctima visitas a cárceles e instituciones públicas, viajes, boletos aéreos, hospedaje, alimentación, y llamadas telefónicas).

<sup>3</sup>PASQUALUCCI, *supra* nota 67, en 256.

1. **En el caso de las víctimas sobrevivientes:** Para determinarlo es factor fundamental el tiempo que la víctima dejó de trabajar como consecuencia del hecho ilícito.
2. **En el Caso de la víctima Fallecida:** Comprende todos aquellos ingresos que esta dejó de percibir como consecuencia del hecho ilícito.

**En ambos casos debe tenerse en cuenta:**

Si la víctima laboraba al momento del hecho ilícito:

- ✓ La Corte ha tomado el salario que devengaba la víctima al momento en que ocurrieron los hechos.

En caso de que la víctima no trabajara o no se pudiera probar los ingresos:

- ✓ Se ha tomado el salario mínimo vigente en el Estado demandado como base para liquidar el lucro cesante.

*La Corte Interamericana de Derechos humanos sostiene que “el cálculo del lucro cesante se ha realizado sobre la base de doce salarios al año, más las modificaciones anuales correspondientes de acuerdo a la legislación de cada Estado. Así mismo, para su cálculo se toma en consideración el período que media entre la edad que tenía la víctima al momento en que ocurrieron los hechos y el término de expectativa de vida o esperanza de vida en el Estado en cuestión. A esa cantidad, las Corte le ha restado un 25% por concepto de gastos personales y posteriormente se le ha sumado los intereses. (Rey Cantor & Rey Anaya, 2008)*

### **3.2.1.2 Daño patrimonial familiar.**

Este tipo de daño, que se ubica dentro de los denominados daños materiales, es en este trabajo comparativo la gran diferencia entre los perjuicios materiales que reconoce la CIDH y el CE, ya que es exclusivo de la CIDH, y fue incorporado en la Sentencia de reparaciones en el caso Castillo Páez vs Perú del día 27 de noviembre de 1998, a saber:

*La Corte considera que, en términos reales, existió un daño patrimonial general ocasionado al grupo familiar por la desaparición de un miembro de ella, por motivos imputables al Estado, lo cual generó a la familia trastornos económicos y de otra índole*

*que deben ser reparados y cuyo monto determina la Corte, equitativamente, en US\$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América). (C.I.D.H Castillo Páez v. Perú, 1998)*

En igual sentido, se hizo mención en la sentencia de reparaciones en el caso Bulacio Vs Argentina del día 18 de septiembre de 2003:

*Asimismo, esta Corte observa que los familiares de la víctima perdieron sus trabajos o la posibilidad de realizar sus actividades cotidianas debido al cambio de sus circunstancias personales como consecuencia de los hechos a los que se refiere el presente caso. Además, incurrieron en gastos médicos para atender los diferentes padecimientos ocasionados por esos hechos. Ni los representantes ni la Comisión estimaron las erogaciones que todo esto supuso. La Corte considera equitativo fijar el daño patrimonial familiar en US\$21.000,00 (veintiún mil dólares de los Estados Unidos de América). Para estos casos se tuvo como criterio cuantificador de la reparación el principio de equidad. (C.I.D.H. caso Bulacio Vs Argentina, 2003)*

### **3.2.2. Daño Inmaterial.**

#### **3.2.2.1. Daño Inmaterial (Daño Moral).**

La Corte, a partir de los primeros años hasta el año 2001, se refirió al daño moral, pero a partir de ese año con el caso Cantoral Benavides, sustituyó la expresión por la de daño inmaterial “que tendrá un carácter más amplio, y que comprendería la noción tradicional de daño moral; sin embargo, este cambio, que no es meramente semántico tiene un carácter eminentemente cualitativo y apunta a abandonar una noción propia del derecho civil, para sustituirla por otra que refleje más apropiadamente el carácter de las reparaciones en el marco de los derechos humanos, tomando en cuenta al individuo como un todo y apreciando el impacto que han tenido sobre este las violaciones de sus derechos humanos.

El mencionado daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como

las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia. Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras.

En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolución de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos. Se distingue entre reparaciones pecuniarias por daño inmaterial y reparaciones no pecuniarias por daño inmaterial.

✓ ***Reparaciones pecuniarias por daño inmaterial:***

*De acuerdo con lo anterior, cuando la compensación se define, como suele hacerlo la Corte, en términos pecuniarios, es decir, cuando se condena a un Estado a pagar una suma de dinero para compensar un daño moral, no se pretende que ese pago llene un vacío de naturaleza y magnitud iguales a las del generado por los efectos del hecho dañino. Lo que se busca, modesta pero sensatamente, es paliar y aliviar, hasta donde sea posible, dichos efectos, a sabiendas de que éstos pertenecen a un orden de realidades que elude toda tasación monetaria precisa. (CIDH. caso de los Niños de la Calle, 2001)*

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la legitimación para ser beneficiarios del Daño inmaterial, cuando es la víctima quien la solicita se presume la existencia del daño moral, al igual que si es la cónyuge o compañera permanente de la víctima, sus padres e hijos quien los solicita.

✓ ***Reparaciones no pecuniarias por daño inmaterial:***

Como se ha venido anotando hasta este punto, lo primero que debe buscar la Corte es la restitución, en caso de que esta no pueda lograrse entonces se propende indemnizar, y cuando

ello no es suficiente se debe acudir a la satisfacción, que son medidas que tienden a que la víctima. Los daños inmateriales no se prueban, no necesitan ser demostrados, la Corte los falla con base en el principio de equidad.

### **3.2.2.2. Daño al Proyecto de Vida.**

El concepto de “daño al proyecto de vida” es definido como inmaterial, pero no se le da un valor económico cuantificable por lo que solo se tiene en cuenta y se repara con las denominadas “medidas de satisfacción y simbólicas”. Esto se confirma en la sentencia del 3 de diciembre de 2001 en el caso cantoral Benavidez contra Perú, de la siguiente forma:

*80. Estima la Corte que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija -así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios- en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado.*

(CIDH. caso cantoral Benavidez contra Perú, 2001 )

Tenemos entonces que la Corte no cuantifica económicamente este daño, puesto que , el daño sufrido, el cual afecta la capacidad de realización personal, puesto que afecta su libertad o capacidad para llevar a cabo el proyecto planeado.

*148. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte. (CIDH. caso Loaiza Tamayo, 1998)*

### 3.2.2.3. Otros Daños Extra patrimoniales.

A pesar de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posee una jurisprudencia abundante e importante en cuanto al tema de reparaciones, debemos observar que existen muchos votos razonados en los cuales los distintos jueces se apartan de decisiones donde la Corte no discrimina uno a uno los diferentes tipos de perjuicios si no que los integra en uno solo, así como lo afirma en su voto razonada en la sentencia del caso niños de la calle el De Roux Rengifo:

*“En el Caso de los Niños de la Calle, el Tribunal efectuó en bloque, por decirlo así, la operación de ponderar los daños morales. Dedicó un párrafo de sus consideraciones a relacionar las diversas clases de daños morales alegados por los representantes de las víctimas y la Comisión (sufrimientos físicos y psíquicos, pérdida de la vida como valor autónomo, destrucción del proyecto de vida, desprotección de los menores de edad...). Absteniéndose de pronunciarse sobre cada una de esas “facetas” del daño en cuestión, la Corte procedió a señalar que las tendría presentes, “en cuanto sea pertinente y responda a las particularidades de cada caso individual”, para fijar el valor de las respectivas compensaciones. Finalmente, determinó el valor de estas últimas, tasándolas en cuantías que, en términos generales, son superiores a los de las condenas impuestas a los Estados por concepto de reparación del daño moral. En los casos previamente fallados por el Tribunal. (CIDH. caso de los Niños de la Calle, 2001)*

En igual sentido en el Caso Bueno Alves Vs Argentina la Corte al pronunciarse sobre la petición de indemnización de “Daño Físico”, considero:

*175. Algunas alegaciones de la representante por “incapacidad sobreviniente” ya fueron consideradas por el Tribunal cuando trató el lucro cesante de la víctima. El resto de las argumentaciones tienen relación con los perjuicios inmateriales que el señor Bueno Alves y su familia padecieron a consecuencia de los hechos del presente caso. En consecuencia, este punto será resuelto por la Corte cuando analice las indemnización por daño inmaterial (infra párrs. 198 a 207).*

201. *Al respecto, la Corte no analizará los puntos ii y iii (ataque al honor y privación ilegítima de la libertad) solicitados por la representante, puesto que consideró que el Estado no había violado en perjuicio del señor Bueno Alves el derecho a la honra (supra párr. 122) y que no hay elementos para modificar lo ya resuelto por la Comisión en lo que respecta al derecho a la libertad personal (supra párr. 67). Los dos puntos restantes (daño moral y daño psicológico) deben analizarse, a criterio de la Corte, conjuntamente bajo el concepto de daños inmateriales*

Así pues podría pensarse que esta agrupación de daños en uno solo, a nuestro juicio vulneraría el principio de reparación integral, sin embargo es cierto también que la Corte cuando realiza esta ponderación en bloque reconoce cantidades económicas bastante considerables en comparación con las de nuestro Consejo de Estado, muestra de ello es la sentencia de la masacre de Mapiripán vs Colombia en la que reconoció a la madre de una de las víctimas, la señora *Teresa López Triana de Pinzón (madre) US \$200,000,00 (doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América)*.

Se tiene entonces según lo estudiado hasta ahora que en el caso de la Corte, esta agrupa distintas clases de perjuicios en un solo, o mejor podría hablarse de “clases de daños morales” , de ahí que prefiera denominar a este tipo de daño como “inmaterial” y no “moral” pues en el primero podría agrupar, entre otros :

1. Los padecimientos psíquicos y físicos sufridos por las víctimas directas e indirectas (daños morales propiamente dichos), y otros daños inmateriales, entre los cuales cabría considerar los que se señalan a continuación:
  - a) La pérdida de la vida, considerada como un valor autónomo.
  - b) La destrucción del proyecto de vida, cuando se demostrare que, mediante la inversión persistente de empeños y recursos, las víctimas habían construido uno, que se vio truncado por las violaciones de los derechos humanos que conforman los hechos del caso.
  - c) La alteración de las condiciones emocionales y afectivas de existencia que surge de la pérdida de un pariente muy próximo, la cual suele ser especialmente grave en el caso de los niños, y se prolonga en el tiempo mucho más allá del momento en que la muerte del ser querido ha dejado de generar un dolor perceptible.

#### **3.2.2.4. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición.**

Por último, la (CIDH, 1996), Derechos humanos, subcomisión de prevención de Discriminaciones y protección a las minorías:

*“Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona natural o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.*

#### 4. Conclusiones.

El estudio minucioso de un tema tan espinoso como el que se trató en este documento, conlleva a conclusiones que quizás sorprendan al lector, ya que la percepción según la jurisprudencia del Consejo de Estado es que estamos alineados con los conceptos que la Corte Interamericana ha establecido y que deberían ser aplicados en nuestro país, por ello debemos precisar con exactitud los aspectos en que se asemejan y difieren dichas corporaciones.

- ✚ Existe Similitud en el contenido del concepto de reparación integral en la Corte Interamericana y el Consejo de Estado, pues en ambas corporaciones debe ser integral, esto es que debe comprender todos los aspectos que afectaron a la víctima, las dimensiones del perjuicio y todas las categorías de daño que se presentaron. Se puede indicar además que Las reparaciones en el mundo actual, deben tender a desmonetarizarse, pues no todo daño puede ser evaluable en dinero, medidas como la garantía de no repetición, la honra de las víctimas mediante construcciones a la comunidad, la rehabilitación psicológica y física de las víctimas son conceptos que el Consejo de Estado a partir del 2007 ha empezado a utilizar en reiterada jurisprudencia , pues el fin último, es permitir que la víctima pueda retornar a la situación anterior a la que sufrió el daño y en este sentido, el dinero puede quedarse corto a la hora de reparar a las víctimas.
- ✚ Se evidencia una divergencia en la reparación del daño material en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que no existe completa uniformidad pues a juicio del ente nacional solo son perjuicios materiales el daño emergente y el lucro cesante, mientras que la Corte además de estas dos modalidades agrega uno adicional denominado “Daño Patrimonial Familiar”.
- ✚ Se presenta un desfase en la reparación del daño inmaterial antijurídico en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la Corte interamericana de derechos humanos al daño moral se le ha de denominado Daño inmaterial, porque contrario a lo que considera el Consejo de Estado Colombiano, la Corte integra en el concepto de daño inmaterial otras categorías

como los sufrimientos físicos y psíquicos, pérdida de la vida como valor autónomo, destrucción del proyecto de vida etc.

La Corte Interamericana si bien tiene una jurisprudencia conceptualmente más avanzada que la del Consejo de Estado, presenta también algunas incongruencias cuando de aplicar el principio de reparación integral se trata, sobre todo en cuanto a la indemnización de daños inmateriales pues ha querido reformar el concepto de daño moral y darle la denominación “daño inmaterial” que integraría otro tipo de daños que antes se reconocían individualmente. En similar sentido lo hace el Consejo de Estado, pues El daño fisiológico pasó al de daño a la vida de relación, para luego acoger el de alteración grave a las condiciones de existencia, el cual acaba de ser desechado por el de daño a la salud. La transformación radical está en que el derecho a la salud concentra todas las categorías dispersas que se indemnizaban bajo el concepto anterior de alteración grave de las condiciones de existencia, mientras que bajo la anterior tesis se reparaban por separado el perjuicio fisiológico y daños externos como el estético y el daño a las relaciones sexuales, familiares y sociales, el nuevo concepto erradica esa clasificación. Así pues encontramos que en realidad tanto la Corte Interamericana como el Consejo de Estado, a pesar de que como se anotara más adelante tienen el mismo concepto de reparación integral, cada vez se alejan más conceptualmente hablando, de aplicarlo, pues restringen el reconocimiento de unos daños que por su naturaleza deben ser independientes.

Tanto el Consejo de Estado como la Corte Interamericana de Derechos humanos, son conscientes de que el daño inmaterial no se agota en el daño moral, sin embargo, en la práctica se han visto muchas vicisitudes, avances y retrocesos, en la jurisprudencia de los referidos tribunales, lo que provoca que el camino de las reparaciones no sea lineal, sino con muchos altibajos y que todavía se éste en una fase primigenia de la reparación. La razón de esos vaivenes, a nuestro criterio consiste en que en el sistema interamericano, la Corte y el Consejo de Estado no ha adoptado una posición consolidada y unívoca sobre la reparación, de tal manera que un cambio en la conformación de los jueces de ese tribunal afecta directamente la posición de ambas corporaciones en relación con la

reparación. Otra razón es porque no existe una disciplina jurídica formada en materia de reparaciones en Colombia y la Corte IDH es mucho más avanzada en este aspecto.

Es fundamental también para finalizar este tipo de daño, mencionar que el Consejo de Estado en la sentencia de la sección tercera de fecha 19 de agosto del año 2011, expediente 20144 consejero ponente Jaime Orlando Santofimio, en la cual se opta por un nuevo método para tasar el daño moral, se aparta de las consideraciones que sobre al respecto ha realizado la Corte interamericana, por cuanto con el denominado “test de proporcionalidad” desconoce los preceptos subjetivos que le ha agregado esta última corporación a este tipo de daños.

- ✚ Por último, a la hora de traducir económicamente los daños que ambas corporaciones reconocen, es evidente que la Corte interamericana es mucho más amplia a la hora de indemnizar un perjuicio, lo que ocasiona que cada vez que en Colombia los demandantes insatisfechos con las sentencias que han reconocido los perjuicios acudan a este tribunal internacional con el fin de ser reparados integralmente.

## 5. Bibliografía.

### Normas y Leyes.

- ❖ ley 16 de 1972.
- ❖ Ley 446 de 1998.
- ❖ Ley 975 de 2005.

### Jurisprudencia.

- ❖ Consejo de Estado.

*Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973*

*-CE 3, 2 may.2007, e15989. M. Fajardo.*

*-CE 3, 10 julio.2003, e14083. M. Giraldo.*

*-CE3, 6 sept.2001, e15646. A. Hernández.*

*-CE 3, 19 ago. 2011, e20144. J. Santofimio.*

*-CE3, 14 Sept. 2011, e.38222. E. Gil.*

- ❖ Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*-Corte IDH. Caso Loayza Tamayo versus Perú VOTORAZONADO CONJUNTO DE LOS JUECES.A. CANÇADO TRINDADE Y A. ABREU BURELLI, párr. 6*

*-Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párr. 175.*

*-Corte IDH. Caso Páez v. Perú, 1998te I.D.H. (ser. C) No. 43, 77 (27 de noviembre de 1998)*

*-Corte IDH, caso de los Niños de la Calle, Sent. 26 de mayo de 2001, voto razonado del juez De Roux Rengifo.*

## **Doctrina.**

*-Henao, Juan Carlos. El Daño “Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés”. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 1998.*

*-Gil Botero, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Temis, 2011*

*-Rey Cantor, Ernesto. Rey Anaya, Ángela Margarita. Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos. Bogotá, Temis, 2008*