

Resarcimiento de derechos de rango constitucional*

■ Por: *Ana María Aguirre Betancur***

Recibido: octubre 19 de 2015

Aprobado: noviembre 9 de 2015

Resumen

La responsabilidad del Estado, predicada desde la Constitución de 1991 en su artículo 90, impone al Estado el deber de resarcir los daños antijurídicos que le sean imputables, lo cual debe realizarse a manera de reparación integral (indemnización y resarcimiento del daño). La reparación en Colombia venía precedida de una serie de categorías que permitían establecer el tipo de daños que podían ser reconocidos por el operador jurídico, sin embargo, en los últimos años, el Honorable Consejo de Estado desarrolló una nueva línea en materia de reparación integral que permitió la inclusión del resarcimiento del perjuicio a los bienes o derechos convencionales y constitucionales de manera autónoma e independiente, siendo quizás el cambio más importante la mutación del derecho a la salud, como categoría de reconocimiento autónomo, seguido de otra serie de bienes como la familia, la integridad personal, el buen nombre, entre otros. Lo anterior, acogiendo los postulados del derecho Internacional y teniendo como punto de partida dos sentencias históricas conocidas como las Sentencias Gemelas del 14 de septiembre de 2011.

Palabras clave: Control de convencionalidad, Daño antijurídico, Derechos constitucionales, Jurisprudencia, Reparación integral, Resarcimiento, Responsabilidad, Sentencias de unificación.

* Artículo de investigación para optar al título de especialista en Derecho Administrativo en desarrollo de la línea de investigación de Derecho Público de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, perteneciente al grupo de investigación Derecho, Globalización y Sociedad.

** Abogada de UNISABANETA, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás.
Correo electrónico: anamariaaguirre.abogada@hotmail.com

Compensation of constitutional rights

Abstract

The responsibility of the State, stated in the 1991 Constitution, in its article 90, imposes to the State the duty to compensate for the wrongful damage that is attributable to it, which must be done by way of reparation (compensation and indemnity). Reparation in Colombia was preceded by a series of categories needed to establish the kind of damage that could be recognized by the legal operator; however in recent years the Honorable State Council developed a new line in the subject of reparations that allowed the inclusion of compensation for the prejudice to assets or conventional and constitutional rights in an autonomous and independent way, being perhaps the most important change the mutation of the right to health, as category of recognition, followed by another series of goods such as family, personal integrity, a good name, among others welcoming the principles of international law, and taking as a starting point two historical sentences known as the Twin Rulings of September 14, 2011.

Key words: Constitutional rights, Control of conventionality, Indemnity, Judgments of unification, Jurisprudence, Reparations, Responsibility, Unlawful damage.

Introducción

En un Estado Social de Derecho, Democrático y Participativo, tal y como se infiere del preámbulo de la Constitución Política colombiana y como se vislumbra a lo largo de su articulado, el principio de legalidad tiende necesariamente a mutar o a ser desplazado por un principio que ha surgido desde la intención del constituyente en 1991 y que a través de la jurisprudencia nacional ha ganado su reconocimiento e importancia. Este es el “principio de constitucionalidad”, entendiéndose como la necesidad de que cualquier norma jurídica no pueda contrariar o desconocer el orden superior (Gil Botero, 2014, p. 10); lo que necesariamente conlleva a que el Estado, o más específicamente sus entidades, se vea en la obligación de proteger, garantizar y velar por el respeto de los derechos de rango constitucional y, en caso de su afectación, resarcir el daño antijurídico de manera integral.

El presente artículo tiene como objetivo principal el análisis y estudio de la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que ha dado lugar a la mutación del derecho administrativo y a su constitucionalización, enfocando la atención principalmente en el deber que tienen los jueces de reconocer de manera independiente las afectaciones a los derechos constitucionales y convencionales, reconocidos en el ordenamiento interno colombiano o adheridos a él a través del bloque de constitucionalidad.

Para su realización se tomaron en cuenta los postulados doctrinales y jurisprudenciales planteados acerca del objeto de conocimiento, y su aplicación a diferentes casos de responsabilidad extracontractual del Estado, donde se ha realizado el reconocimiento a la afectación de los derechos de rango constitucional de manera independiente al llamado daño moral, tomándose en cuenta las sentencias del Honorable

Consejo de Estado que se han suscitado a partir de la vigencia 2011, y que han introducido un cambio significativo en materia de reparación.

Las razones o motivos que llevan a formular el presente proyecto se originan en la necesidad palpable de que los operadores jurídicos apliquen la jurisprudencia de las altas cortes, la cual tiene fuerza de ley, además que se hagan conscientes de la imperativa aplicación del control de convencionalidad al momento de proferir sus providencias.

El estudio de estos temas resulta enriquecedor no solo para quienes se dedican al derecho, sino para quienes se vean afectados por las acciones u omisiones estatales, haciéndose acreedores de reconocimiento tanto a manera de indemnización como de reparación.

El artículo se encuentra estructurado en tres capítulos: “Responsabilidad del Estado por afectación a derechos constitucionales”, “Cambios y aciertos jurisprudenciales” y “Control de convencionalidad”. El estudio se realizó utilizando la metodología cualitativa de la investigación, mediante tres momentos: recolección de la información, clasificación y análisis de ella, seguimiento a la línea jurisprudencial que el Consejo de Estado ha adoptado sobre la materia y el estudio detallado de sus sentencias de unificación como fuente formal de derecho.

1. Responsabilidad del Estado por afectación a derechos constitucionales

1.1 Los principios y derechos de rango constitucional

La Constitución es “norma de normas”, así se encuentra plasmado en el artículo 4° de la Carta Magna colombiana, reconociendo el constituyente la supremacía de ella sobre las demás normas del ordenamiento jurídico inter-

no, fundando su articulado en el principio de la dignidad humana como máxima expresión de respeto y garantía, y reconociendo la importancia de los principios como normas de mandato de obligatorio cumplimiento. El Doctor Manuel Fernando Quinche se ha referido a los principios constitucionales así: “En tanto normas de mandato, los principios constitucionales resuelven casos y problemas concretos, especialmente si se trata de casos complejos, de situaciones de conflicto entre principios o entre normas de derecho fundamental” (Quinche, 2010).

Ahora bien, los derechos de carácter constitucional, como su nombre lo indica, son aquellos que están referidos de manera expresa en el articulado de la Carta Política, considerados de rango superior. Sin embargo, la misma Constitución ha regulado los derechos por categorías o niveles, entendiéndose así que no todos los derechos constitucionales son de carácter fundamental y, por tanto, no son susceptibles de ser tutelados por sí mismos, sino en conexidad con los llamados derechos fundamentales o de aplicación inmediata.

La anterior concepción ha sido objeto de cambios significativos introducidos por la interpretación de los operadores jurídicos de las altas cortes, que han permitido el reconocimiento de derechos constitucionales y la reparación del daño causado a ellos, a través de sus fallos, como es el caso del derecho a la salud, el cual ha mutado para que su reconocimiento sea autónomo mediante la tutela, eliminando la necesidad de ser invocado en conexidad con un derecho fundamental, adquiriendo este carácter de manera independiente, además de ser reconocido en materia de reparación como una afectación totalmente desligada del daño moral.

1.2 El artículo 90 de la C.P. – Postulado de responsabilidad

Al hacer referencia al concepto de responsabilidad estatal o extracontractual del Estado, es estrictamente necesario acudir al postulado del artículo 90¹ de la C.P., el cual es el punto de partida que permite identificar los presupuestos básicos para que se predique la existencia de responsabilidad por parte del Estado y, por ende, la obligación de resarcir el daño, haciendo énfasis en dos elementos estructurales: la existencia de un daño que inequívocamente debe predicarse antijurídico y que este pueda ser objeto de imputación a una entidad estatal.

Al respecto, en providencia del 14 de septiembre de 2011, la cual es considerada hito en materia de responsabilidad estatal por introducir cambios relevantes en cuanto a la reparación del daño por afectación a derechos de rango constitucional, con ponencia del Honorable Magistrado Enrique Gil Botero, se estableció:

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

La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991 diseñara y adopta-

1. ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

ra en el artículo 90 de la Carta Política un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal (Consejo de Estado, 2011).

De este modo, la jurisprudencia se ha encargado de llenar los vacíos hermenéuticos del ordenamiento jurídico colombiano, como lo es la definición de daño antijurídico, que si bien es cierto no se encuentra expresamente en la constitución o en la ley, el Consejo de Estado en su reiterada jurisprudencia se ha encargado de definirlo ampliamente:

La jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como: “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”² (Gil, 2014, p. 29).

2. Cambios y aciertos jurisprudenciales

2.1 Jurisprudencia sobre resarcimiento de derechos de rango constitucional

2.1.1 Sentencias hito

En primer lugar, vale la pena señalar que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha realizado avances esenciales de gran envergadura en materia de reparación integral y en su reiterada jurisprudencia ha creado derecho, llenando vacíos legales mediante una acertada interpretación que le da fuerza a la jurisprudencia como fuente formal del derecho, ampliando el ordenamiento jurídico a favor de las víctimas.

Con relación al resarcimiento de derechos de rango constitucional, el Consejo de Estado, bajo la ponencia del Doctor Enrique Gil Botero, de fecha 14 de septiembre de 2011, dio un giro sorprendente sobre el reconocimiento del perjuicio inmaterial, incluyendo nuevas categorías de reparación y delimitando la procedencia de las ya existentes, mediante las dos sentencias conocidas como Las Gemelas, que se convirtieron en las sentencias hito sobre el reconocimiento de las mencionadas categorías. Al respecto dijo:

Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no

2. Doctor Enrique Gil Botero, en su libro *La constitucionalización del derecho de daños*, haciendo referencia a las sentencias del 2 de marzo de 2000, exp. 11.945, 11 de noviembre de 1999, exp. 11.499 y 27 de enero de 2000, exp. 10.867.

esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Es decir, 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 que han sido empleados en otras latitudes, 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 (Consejo de Estado, Rad. 05001232500019940002001, 2011).

Si bien es cierto que la evolución respecto del reconocimiento del perjuicio inmaterial distinto al moral tuvo sus inicios poco después de la promulgación de la Constitución de 1991, es a partir de las sentencias gemelas de unificación, referenciadas como expediente No.19.031, radicación: 05001232500019940002001 y expediente No. 38.222, radicación: 051233100020070013901, que se genera el punto de partida de un nuevo sistema de reparación que incluye el reconocimiento de los derechos de carácter constitucional de manera autónoma. Se precisa:

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente

de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (Const., 1991, art. 49) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

Así mismo, como se da la compensación del derecho a la salud, se inicia el reconocimiento de una serie de afectaciones a derechos constitucionales y convencionales, los cuales deben tener un tratamiento distinto a los perjuicios inmateriales tradicionalmente aceptados y compensados por los jueces en sus providencias.

2.1.2 Línea jurisprudencial

Delimitado así el punto de partida de una nueva línea jurisprudencial unificada, que evoluciona e incluye elementos nuevos al concepto de reparación integral, perpetuada en los fallos subsiguientes, como lo es la providencia dictada 6 meses después de las ya mencionadas sentencias gemelas, por la Subsección C, de la Sala Tercera del Consejo de Estado, en la cual se delimitaron y establecieron criterios precisos para la valorización del daño a la salud, se concreta el nuevo sistema de reparación, en los siguientes términos:

1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios

mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás.

2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobby” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros). En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, en principio no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.

Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva – que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave (Consejo de Estado, Exp. 22.163, 2012).

Es así como por parte del Honorable Tribunal de cierre se establecen los tope máximos de indemnización respecto del resarcimiento por el daño causado a la salud de manera autónoma y separada del llamado daño a la vida en relación y proporcional al daño generado y debidamente probado.

Posteriormente, en providencia Rad. 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155), de 24 julio de 2013, donde actuó como Magistrado Ponente el Doctor Jaime Orlando Santofimio, la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró su jurisprudencia respecto del reconocimiento del perjuicio a la salud, estableciendo esta vez una propuesta novedosa para establecer la liquidación del mencionado daño:

|CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ |PORCENTAJE MÁXIMO DE PÉRDIDA DE |MONTO MÁXIMO DE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES |CAPACIDAD LABORAL |ASIGNADO POR LA CORPORACIÓN | |Deficiencia |50% |150 SMLMV | |Discapacidad |20% |60 SMLMV | |Minusvalía |30% |90 SMLMV | |Total pérdida de la capacidad laboral |100% |300 SMLMV |

Es pertinente precisar, que en los eventos que no repose en el material probatorio el dictamen emanado por la Junta de Calificación, en el que se especifiquen los tres criterios de clasificación de invalidez, el porcentaje que tal dictamen determine se imputará al rubro de Deficiencia, es decir, 150 SMLMV, en forma proporcional.

Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar, con fundamento en el material probatorio, la sana crítica y las reglas de la experiencia, el quantum determinado en el aspecto objetivo, de manera que se atiendan las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada, en cuyo efecto se su-

giere como límite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV.

En conclusión, se estima oportuno destacar que el daño a la salud está compuesto de dos elementos, el primero de ellos (objetivo) con una valoración de 75% como máximo reconocible, esto es, hasta 300 salarios mínimos legales, de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes y el segundo (subjetivo o dinámico), correspondiente hasta el 25%, el cual se reconocerá cuando las pruebas den lugar a ello, ascendiendo al monto de 100 salarios mínimos (Consejo de Estado, Rad: 05001233100020010079901, 2013).

Una vez tomada una posición frente al resarcimiento de perjuicios causados a los derechos de rango constitucional, en invaluable sentencia de unificación proferida el 25 de septiembre de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoció perjuicios ocasionados a otros derechos constitucionales diferentes del daño a la salud, reiterando los postulados invocados en las mencionadas sentencias Gemelas y ampliando su aplicación, de la siguiente forma:

4.2. Perjuicios por violación a bienes o intereses constitucionales

Otro de los aspectos que se censuran en el recurso de apelación, se refiere a la condena decretada por el a quo en relación con “otras afectaciones padecidas por los demandantes” –según el escrito de demanda– y que el Tribunal concedió parcialmente a título de “alteración a las condiciones de existencia”.

Sobre el particular, valga la pena resaltar que la Sala de manera reciente ha abandonado la tipología de perjuicios vinculada a conceptos abiertos, gaseosos o heterogéneos, que impiden una valoración real y objetiva del daño. Por tal motivo,

a partir de la sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, esta Sala indicó que tratándose del daño a la integridad psicofísica de la persona, se debía reconocer un perjuicio autónomo que atendiera la lesión del derecho fundamental o bien constitucionalmente que resulta afectado en sí mismo en razón del daño antijurídico [...]

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión apelada en este tópico, toda vez que al haberse acreditado que el núcleo cercano (padres y hermanos) del occiso Alex Ariol Lopera Díaz, en virtud del daño antijurídico se vieron forzados a adoptar medidas de protección familiar, desplazamiento, etc., ello significa **que los derechos constitucionales a la familia y a la libertad de fijar el domicilio y el arraigo, se vieron seriamente afectados, circunstancia por la que las sumas otorgadas por el a quo, se compadecen con la afectación autónoma de los bienes constitucionales lesionados por la configuración del daño antijurídico.** Negrilla fuera de texto. (Consejo de Estado, exps. 38222 y 19031, 2013).

La posición adoptada en la anterior providencia permitió reafirmar la perspectiva frente a la reparación del perjuicio de manera objetiva, valorando el daño real sufrido por las víctimas y la obligación del Estado de compensarlo de manera eficiente e integral.

La aplicación de esta línea se viene dando de manera sistemática en fallos más recientes, donde una vez probada la consecución del daño, el Consejo de Estado a través de sus operadores ha seguido sus lineamientos aplicando de manera proporcional los topes de indemnización, como es el caso de la Sentencia del 29

de enero de 2014, emitida por la Sección Tercera, Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón:

Conforme a lo anterior, debe señalarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad del señor Harold Alexander Gutiérrez Urrego, es del 75,15%, se le reconocerá por este concepto el valor de 300 salarios de la misma índole, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal.

A lo anterior cabe agregar que el señor Gutiérrez Urrego sufrió una pérdida anatómica (extirpación de un testículo) y, por ende, una afectación a su integridad física, la cual aunque no repercute directamente en el desarrollo de su reproductiva -pues sobre el particular no obra prueba alguna en el expediente-, lo cierto es que dicha pérdida anatómica sí afecta indirectamente su estado psicológico, autoestima y satisfacción sexual, todo lo cual sirve de fundamento adicional para reconocer la indemnización antes relacionada a su favor (Consejo de Estado, 2014).

Finalmente, en un magnífico fallo, bajo la ponencia de Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, realizó un extraordinario análisis de

los daños causados a las víctimas y de la forma de indemnización y reparación que se debía aplicar, reconociendo de manera taxativa que los actores sufrieron perjuicios que produjeron afectación a la familia, a la verdad, a un recurso judicial efectivo, y un desplazamiento forzado, además que esta vez se hizo referencia expresa a los bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, así:

15.4. Así, en los casos de perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se reafirman los criterios contenidos en la sentencia precitada³. En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa:

15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos,

3. Haciendo referencia a las Sentencias Gemelas del 14 de septiembre de 2011.

como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iii) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

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

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero *(a)* permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “*de crianza*”, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese *quantum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el *debitum iuris*. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la grave-

dad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretando las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucionales y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas (Consejo de Estado, 2014).

La anterior providencia no solo da aplicación a los postulados y lineamientos acogidos por el máximo Tribunal en fallos precedentes, sino que acoge la normativa internacional, dando aplicación a los tratados y convenios ratificados por Colombia, y amparando las formas de reparación a los perjuicios causados a los derechos contenidos en ellos, de manera autónoma y separada de las categorías tradicionalmente aplicadas.

3. Control de convencionalidad

3.1. Importancia del bloque de constitucionalidad

Bajo el postulado de prevalencia de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, consagrado en el artículo

93 de la Carta Política de 1991, y para efectos del análisis correspondiente a su aplicación en materia de responsabilidad estatal, se procede a continuación a señalar las seis obligaciones de los Estados frente a los tratados ratificados, así:

- a. La obligación de *interpretar* los derechos constitucionales, de conformidad con lo dispuesto en los pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado.
- b. La obligación de ajustar la *legislación interna*, así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales pactos.
- c. La obligación de *abstenerse* de promulgar normas que contraríen esos tratados sobre la protección de los Derechos Humanos.
- d. La obligación de *evitar* que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales desconozcan las obligaciones establecidas en los acuerdos internacionales.
- e. La obligación de *adoptar medidas y efectuar tareas* encaminadas a lograr la vigencia efectiva de los derechos y *reparar* las consecuencias que se derivan de su vulneración.
- f. La obligación de *procurar* vías ciertas, ágiles y efectivas de acceso a la justicia (Quinche, 2010, pp. 91-92)

De este modo, es de gran relevancia la labor del juez frente a la aplicación del control de convencionalidad en sus providencias, más aún en materia de responsabilidad estatal, pues se trata del respeto y garantía de los derechos humanos, reconocidos a nivel internacional y adheridos al ordenamiento interno colombiano a través del mandato del artículo 93 constitucional. Lo que hace que de manera taxativa la afectación o perjuicio sobre ellos deba ser resarcida de manera autónoma, como una categoría inde-

pendiente dentro de los perjuicios inmateriales.

En el caso colombiano, el Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo ha acatado la obligatoriedad del control de convencionalidad, incorporando en sus fallos las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dando aplicación a los tratados internacionales ratificados por Colombia, y acogiendo los criterios de indemnización y reparación integral en favor de las víctimas, condenando al Estado por los daños antijurídicos causados por su acción u omisión, y atendiendo las obligaciones impuestas por el derecho internacional, anteriormente citadas.

Conclusiones

Si bien es cierto que no todos los derechos de rango constitucional se predicen como fundamentales, las altas cortes, a través de su jurisprudencia, han permitido el reconocimiento autónomo de estos derechos cuando se encuentra acreditado un daño por parte del Estado, el cual deba ser susceptible de reparación, al establecerse los dos presupuestos básicos contenidos en el artículo 90 de la C.P. que indica que, para que haya responsabilidad estatal, el daño debe ser antijurídico e imputable al Estado, ya sea por acción u omisión de sus agentes.

A partir de los fallos históricos del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, materializados en las dos ejemplares sentencias Gemelas del 14 de septiembre de 2011, se introduce una nueva visión referente a la reparación del daño inmaterial a través del reconocimiento por perjuicios causados a bienes constitucionales, los cuales deberán ser compensados de manera autónoma e independiente.

El mayor avance en materia de resarcimiento respecto de derechos constitucionales se ha dado al reconocer la reparación por el daño ocasionado al derecho a la salud de manera au-

tónoma, estableciendo el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo los topes máximos a indemnizar y la manera de tasar el perjuicio y reconociendo el mismo como categoría independiente del daño moral. Sin embargo, no es el único derecho objeto de reparación autónoma, dándose reconocimiento a otros bienes constitucionales como son la familia, el buen nombre, la libertad de domicilio y arraigo, entre otros.

La mutación de las categorías indemnizables en materia de responsabilidad extracontractual del Estado ha traído consigo el reconocimiento y valoración del postulado del artículo 93 de la Carta Magna, al aplicar el control de convencionalidad en los casos contra el Estado, reconociendo los perjuicios causados a los derechos contenidos en los tratados internacionales de manera separada, acogiendo su carácter de constitucionales y dando relevancia a la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Manuel Fernando, Q. R. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano, De la Carta de 1991 y sus Reformas* (pág. 49). Cuarta Edición, Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Enrique, G. B. (2014). *La Constitucionalización del Derecho de Daños. Nuevo Sistema de Daños en la Responsabilidad Extracontractual del Estado* (págs. 29). Bogotá, Colombia: Temis.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia de 14 de septiembre de 2011, Radicación 05001232500019940002001, M.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia de 14 de septiembre de 2011, Radicación 0512331000200700139 01, M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de Marzo de 2012, Exp 22.163, M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, en Sentencia del veinticuatro (24) de julio de 2013, Radicación: 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155) Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013). Expediente: 050012331000200100799 01 (2001-950 y 2001-3159 acumulados) Radicación interna No.: 36.460, M.P. Enrique Gil Botero

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, en Sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00419-01(30366), Consejero ponente: Hernan Andrade Rincón.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, en Sentencia del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988), Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Quinche Ramírez, M. F. (2010). Derecho constitucional colombiano, *De la Carta de 1991 y sus reformas* (p. 49). Cuarta Edición, Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.