

# Reconceptualización del daño extrapatrimonial a partir del enfoque convencional en la reparación integral de bienes y derechos convencionalmente protegidos\*\*

## Reconceptualization of Non-Pecuniary Damage Based on the Conventional Approach in the Integral Reparation of Conventionally Protected Assets and Rights

### RESUMEN

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario –producto de la inobservancia de normas tanto nacionales como convencionales que le resultan vinculantes a Colombia– ha llevado al surgimiento correlativo del deber de reparación, lo cual implica el reconocimiento de medidas que pretendan el mayor resarcimiento del daño ocasionado mediante una reparación proporcional e integral.

El tipo de reparación que se reconozca en cada uno de los casos dependerá de la magnitud y el tipo de daño que se haya ocasionado; sin embargo, dentro de la teoría tradicional de daño y la reparación se han concebido medidas que en esencia buscan una compensación económica para resarcir daños que no tienen una naturaleza económica, tal es el caso de las medidas

\* Abogada, magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca. Doctoranda en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Docente tiempo completo e investigadora del Programa de Derecho de la Universidad Cesmag, integrante del grupo de investigación “Derecho, Innovación y Desarrollo Social - DIDS”. Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8902-9939>. Contacto: [dcamachounicesmag.edu.co](mailto:dcamachounicesmag.edu.co) / [dcamachovinueza@gmail.com](mailto:dcamachovinueza@gmail.com).

\*\* Artículo de investigación derivado del proyecto denominado “La reparación transformadora a las víctimas del conflicto armado en Colombia, como una forma de reparación de los daños ocasionados por violaciones manifiestas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”, desarrollado como tesis doctoral de la Universidad Carlos III de Madrid y del proyecto de investigación “La reparación del daño extrapatrimonial causado a los bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos por la comisión de un hecho ilícito internacional en el marco del conflicto armado colombiano”, financiado por la Universidad Cesmag.

Recibido el 24 de junio de 2024; aprobado el 6 de agosto de 2024.

Para citar el artículo: Camacho Vinueza, D. “Reconceptualización del daño extrapatrimonial a partir del enfoque convencional en la reparación integral de bienes y derechos convencionalmente protegidos”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 62, mayo-agosto de 2025, 229-263.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n62.09>

indemnizatorias por daño a la salud, daño moral, daño al proyecto de vida, entre otros. Así, pensar en una reconceptualización del daño extrapatrimonial es necesario para comprender que éste se configura cuando el menoscabo afecta dimensiones de la víctima que no pueden de ninguna manera ser compensados económicamente, sino que requieren un reconocimiento de medidas no pecuniarias que procuren el restablecimiento del núcleo esencial del derecho afectado.

#### PALABRAS CLAVE

Convencionalidad, daños extrapatrimoniales, derechos humanos, responsabilidad estatal, reparación integral

#### ABSTRACT

The recognition of State responsibility for the commission of grave violations of human rights and international humanitarian law – resulting from the non-observance of both national and conventional norms binding on Colombia – has led to the correlative emergence of the duty of reparation. This entails the recognition of measures aimed at providing the most extensive compensation for the damage caused by proportional and comprehensive reparation.

The type of reparation recognized in each case will depend on the magnitude and nature of the damage caused. However, within the traditional theory of damage and reparation, measures have been conceived that essentially seek economic compensation for damages that do not have an economic nature. This includes compensatory measures for health damage, moral damage, damage to the life project, among others. Thus, rethinking the concept of non-pecuniary damage is necessary to understand that it is constituted when the impairment affects dimensions of the victim that cannot be economically compensated in any way. Instead, they require the recognition of non-pecuniary measures aimed at restoring the essential core of the affected right.

#### KEYWORDS

Conventionality, non-pecuniary damages, human rights, State responsibility, integral reparation

#### SUMARIO

Introducción. 1. Metodología. 2. La convencionalización del derecho de daños y la responsabilidad del Estado. 3. El régimen de responsabilidad del Estado en Colombia y el hecho internacionalmente ilícito. 4. La responsabilidad del Estado por la comisión del hecho internacionalmente ilícito. 5. La clasificación

tradicional de los daños y la nueva concepción del daño extrapatrimonial a partir de la reparación. 6. El reconocimiento de derechos y bienes convencionalmente protegidos. 7. El daño extrapatrimonial contra derechos y bienes convencionalmente protegidos y su reparación. Conclusiones. Referencias

## INTRODUCCIÓN

El daño se consolida como el punto de partida para estudiar la teoría de la responsabilidad<sup>1</sup>; sea ésta de tipo civil o estatal, en ambos casos los daños se pueden ocasionar por las acciones u omisiones del ofensor, y desde el escenario contractual o extracontractual, siendo este último el que más se presenta en materia de responsabilidad del Estado cuando se causa un daño de tipo antijurídico<sup>2</sup>.

Al estudiar la responsabilidad estatal por la violación grave a los tratados internacionales, es importante partir del menoscabo que se ha causado al derecho o bien jurídicamente protegido, pues si el daño no se configura no habrá lugar a la constatación por parte del juez o instancia administrativa de la posible responsabilidad y por su parte la víctima no tendrá el derecho a una reparación<sup>3</sup>.

Se debe partir de la idea de la vinculatoriedad de los tratados internacionales para los Estados que determinan su suscripción. Así, pues, el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia indica que los tratados internacionales son fuente principal para la regulación de las relaciones jurídico-internacionales entre los sujetos de la comunidad internacional, fundados en el principio del *pacta sunt servanda*, lo cual implica su obligatorio cumplimiento tanto en derechos y como en obligaciones.

Para el caso de los tratados y convenciones de derechos humanos, éstos adquieren una especial importancia para los Estados o sujetos parte de tales normas, por ello la mayoría de los países incorpora estas normas en sus legislaciones internas en el rango supraconstitucional o constitucional<sup>4</sup>; la razón principal para ello es la estrecha relación con que cuenta este tipo de normas con el principio *pro personae*, que promueve la protección del individuo como un sujeto especial dentro de la comunidad internacional, imponiendo con ello obligaciones a los Estados, que implican desde la adecuación de las legislaciones nacionales con las internacionales hasta la garantía de la

1 Henao, J.C. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

2 Constitución Política de Colombia, 1991, art. 90.

3 Serrano, L.G. *El daño extrapatrimonial y su reparación*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2018.

4 Ramelli, A. *Diálogos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.

efectiva protección y materialización de tales derechos en el ámbito interno e internacional<sup>5</sup>.

Cuando un Estado Parte de alguno de esos tratados internacionales de derechos humanos incumple con las obligaciones –bien sea desde el ámbito nacional o internacional–, se genera una afectación a los derechos o bienes de la persona titular de ellos, que si no se repara de manera adecuada cuando se hace el reclamo internamente, podría dar lugar a la configuración de un hecho ilícito internacional<sup>6</sup>, por consiguiente a la imposición de una sanción al Estado a través de alguna corte o tribunal internacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto es precisamente lo que ha sucedido en el marco del conflicto armado colombiano, cuyos actores (grupos insurgentes y agentes del Estado) han incumplido constantemente obligaciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, lo cual ha causado una afectación a los derechos más esenciales de las víctimas, quienes deben obligatoriamente ser reparadas, para lo cual el Estado, como principal garante de estos derechos, deberá ser el primer sujeto llamado a reconocer dicha reparación. Esta reparación debe darse bajo el criterio de integralidad, es decir, adoptando medidas necesarias, suficientes y proporcionales al daño ocasionado, que permitan el resarcimiento de las lesiones en todas las esferas y dimensiones en que éstas se hayan configurado<sup>7</sup>. Para ello resulta obligatorio un estudio particular e interseccional de cada uno de los casos que se presenten, ya que las medidas de reparación, como la compensación, satisfacción, rehabilitación, garantía de no repetición, reconciliación, entre otras, no tienen un carácter universal, sino que su reconocimiento depende exclusivamente del caso concreto que se encuentre en estudio<sup>8</sup>.

Cuando se habla de la ocasión de un daño en las diferentes dimensiones de la persona se debe pensar en la manera más adecuada de resarcir ese daño, para ello hay que tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido en la Resolución 60/147 de Naciones Unidas, se debe *prima facie* optar por la restauración de los derechos lesionados; sin embargo, en aquellos casos donde esto no resulte posible, se procederá con la adopción de otro tipo de medidas. Así, se ha considerado por mucho tiempo a la compensación como la medida “por excelencia” para reparar, pues todos los perjuicios ocasionados a las personas por la configuración de un daño pueden llegar a ser cuantificables<sup>9</sup>.

5 Henderson, H. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IDH*, 39(29), 2004, 71-99.

6 Naciones Unidas, Asamblea General, Res. 56/83, 2002.

7 Camacho, D. y Cárdenas, O.A. “La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo”, *Revista Academia & Derecho* 49, 2019, 65-66.

8 Naciones Unidas, Asamblea General, Res. 60/147, 2006.

9 Tamayo, J. *et al. Nuevas reflexiones sobre el daño*, Bogotá: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado IARCE y Editorial Temis, 2017, p. 5.

No obstante, con la incorporación del concepto de *reparación integral* se ha identificado que existen perjuicios que no pueden ser susceptibles de reparación mediante la indemnización; es ahí donde el tradicional concepto de *daño* como una lesión que causa consecuencias que deben ser indemnizadas queda a un lado, dando paso al concepto de *daño extrapatrimonial* como aquel que se ocasiona contra el núcleo esencial del derecho, que para el caso de los derechos humanos tendrá estrecha relación con la dignidad humana<sup>10</sup> y que necesita una adopción de medidas integrales e interseccionales para garantizar la adecuada reparación del menoscabo en los derechos o bienes constitucional o convencionalmente protegidos; así, por ejemplo, la lesión a los derechos que se causa con un acto de desplazamiento forzado o una ejecución extrajudicial: se puede reparar diferentes tipos de perjuicios por medio de una indemnización, sin embargo, resulta necesario y proporcional la adopción de otro tipo de medidas que contribuyan a garantizar derechos como la verdad o la justicia, verbigracia la publicación de la sentencia o un acto de disculpas públicas, situaciones que en esencia no implican el reconocimiento económico a favor de la víctima, sino una actuación del Estado que pretende la restauración de la dignidad humana del lesionado.

Es precisamente ese escenario el que se pretende vislumbrar a través del presente texto, profundizando en la categoría de daños a bienes y derechos convencionalmente protegidos en virtud de las normas internacionales sobre derechos humanos, y la manera en que el Estado causante de dichos daños debe reconocer una adecuada e integral reparación que vaya más allá de lo pecuniario, que reconozca además que se han causado lesiones que en ningún caso podrán ser reparadas mediante la indemnización y que el acudir a medidas alternativas de reparación será la mejor forma de evitar una declaratoria de responsabilidad internacional por el incumplimiento de los compromisos transnacionales que adquirió el ente estatal a través de un tratado, por ende por la configuración de un hecho internacionalmente ilícito.

## 1. METODOLOGÍA

El problema de investigación al que se pretende dar respuesta en el presente trabajo de investigación es el siguiente: ¿Cómo debe entenderse el daño extrapatrimonial a derechos y bienes convencionalmente protegidos de conformidad con las medidas de reparación integral reconocidas por las normas nacionales e internacionales de derechos humanos?

Para dar respuesta a este interrogante se empleó un paradigma de carácter cualitativo, cuya finalidad es la descripción, interpretación y sistematización de las principales características de un segmento de la vida jurídica correspondiente a la clasificación del daño y la nueva concepción del daño

10 Serrano, L.G. *El daño extrapatrimonial y su reparación*, cit., 107.

extrapatrimonial a partir del proceso de convencionalización. De ahí que se empleara un enfoque histórico hermenéutico que permitiera desarrollar el proceso interpretativo partiendo de la clasificación tradicional del daño hasta el proceso actual que permite la reconceptualización de este, todo ello con un enfoque dogmático que se basa en la revisión documental, normativa y jurisprudencial tanto nacional como internacional sobre el tema de investigación.

## 2. LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Para estudiar el tema de la categoría de daño extrapatrimonial se debe partir de la teoría de la responsabilidad, pues el daño se posiciona como el elemento estructural de la responsabilidad y con ello surge el deber de reparación para la posible víctima de la violación. Para Tamayo la responsabilidad es aquella situación jurídica donde se evidencian todas las actuaciones ilícitas que pueden ocasionar una lesión a terceros, de lo cual se deriva la obligación de indemnizar dichos daños, es decir, el deber de reparación de éstos<sup>11</sup>. Esta definición responde a la teoría de la responsabilidad subjetiva; sin embargo, existe otra posición que indica que el daño se puede ocasionar sin necesidad de que se presente un actuar ilícito, sino que aquel se deriva, por ejemplo, del ejercicio de una actividad peligrosa o de riesgo que pueda en algún momento generar una lesión en un derecho, a esta teoría se le conoce como “responsabilidad objetiva”<sup>12</sup>, cuya aplicación tendrá lugar tanto en el derecho privado como en el ámbito de la responsabilidad estatal.

La teoría de la responsabilidad proviene inicialmente del derecho civil, donde las personas que ocasionaran un daño debían indemnizar por los perjuicios que se hubiesen llegado a causar, por ejemplo, cuando un sujeto incumplía un contrato con otro, el primero debía responder por las situaciones jurídicas que afectaron al segundo y le ocasionaron un menoscabo en sus derechos o bienes<sup>13</sup>; esta teoría fue recogida por el Código Civil colombiano al hablar de la responsabilidad civil contractual –como la que se presenta en el ejemplo anterior– y extracontractual<sup>14</sup> cuando el daño ocasionado no se haya producido por la ejecución o no de un contrato, sino por situaciones externas a este<sup>15</sup>.

11 Tamayo, J. *et al. Nuevas reflexiones sobre el daño*, cit., 8.

12 Fabra, J.L. “Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate”, en *Enciclopedia de Filosofía y teoría del Derecho*, Fabra, J.L. y Spector, E. (eds.), México, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 2533-2618.

13 Santaella, M.A. *La reparación administrativa de perjuicios en la responsabilidad el Estado. De una posibilidad ignorada al procedimiento administrativo de reparación de perjuicios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

14 Ley 84/1873, artículo 2341.

15 Guerra, D. y Pabón, L. “Estado del arte de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus elementos en Colombia”, *Revista Espacio* 41(8), 2020, 29-42.

Los avances que se efectuaron en derecho civil sobre la materia de estudio posteriormente se fueron extendiendo a diferentes áreas del derecho como en el caso de la responsabilidad del Estado.

En materia de responsabilidad en el derecho público, se ha determinado que ésta no sólo implica asumir la culpa, es decir, que cuando se pretende la declaración de la responsabilidad del Estado no sólo se busca que este reconozca que ha causado el daño por sus acciones u omisiones, sino que además es necesario que se efectúe una adecuada reparación de los perjuicios causados<sup>16</sup>, para ello es necesario hacer una diferencia entre los tipos de afectaciones que se hayan ocasionado y las dimensiones de las víctimas que se han impactado, de tal manera que cuando se adopten las medidas de reparación, estas sean proporcionales y suficientes para el restablecimiento o resarcimiento de los daños ocasionados a los derechos o bienes jurídicamente protegidos.

Ahora bien, el reconocimiento de responsabilidad y su reparación bajo los estándares de integralidad ha tomado mayor fuerza con la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, es decir, a partir de los procesos de convencionalización del derecho donde tanto las normas nacionales como las decisiones judiciales de los administradores de justicia internos se han visto impregnadas de reglas y directrices internacionales, en especial de aquellas que versan sobre derechos humanos<sup>17</sup>. Este fenómeno se debe a un proceso de globalización jurídica, donde los ordenamientos normativos nacionales han incorporado dentro de sus instrumentos constitucionales y legales normas supranacionales que por lo general surgen de los tratados internacionales de derechos humanos y cuya finalidad no es otra que proteger la dignidad humana como elemento esencial de los Estados sociales de derecho contemporáneos, así como los derechos fundamentales de los individuos en todos los niveles<sup>18</sup>.

En Estados como Colombia, donde además se ha vivido un conflicto armado por muchos años, con la participación de diferentes actores, la convencionalización no solo ha sido una situación jurídica de actualización del derecho, sino una verdadera necesidad para la adopción de reparaciones con ojos de integralidad e interseccionalidad, y por supuesto con aplicación eficiente del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

16 Guerra, D. y Pabón, L. “Estado del arte de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus elementos en Colombia”, cit., 30.

17 Quinche, M.F. “La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia”, *Revista Jurídicas* 13(1), 2016: 43-63.

18 Cassese, S. “Las tres etapas de la constitucionalización del derecho administrativo”, en Montaña, A. y Ospina, A. eds. *La constitucionalización del derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Cabe recordar que los derechos humanos se conciben como valores, principios o normas que se encuentran positivizados o no mediante diferentes instrumentos tanto nacionales –es el caso de la constituciones– como internacionales –el caso de los tratados y las normas de *soft law* internacional<sup>19</sup>–; en todos los escenarios, su finalidad es la servir como “verdaderas y reales garantías de los individuos”<sup>20</sup>, hasta tal punto que los poderes internos de los Estados deben tener en cuenta los mismos en todas sus actuaciones y decisiones. Por esta razón, normas internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos han tomado mucha fuerza en los ordenamientos jurídicos internos, debido a su contenido esencial y fundamental en la búsqueda de la protección de los individuos como especiales sujetos de atención, tal como lo indica Henderson:

De la lectura de [los] instrumentos internacionales resulta evidente que el objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras, debe hacerse aquella que mejor proteja al individuo o la víctima de una violación a sus derechos humanos. Este principio de interpretación *pro homine*, debe ser inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos<sup>21</sup>.

Este proceso de convencionalización del derecho trajo consigo el surgimiento de diferentes figuras y calidades para las autoridades del Estado, así, tiene lugar la figura del control de convencionalidad entendido como ese control que deben hacer los jueces y autoridades internas de los Estados para salvaguardar los derechos contenidos en las normas internacionales o convencionales, generando un trabajo mancomunado entre los tratados o normas internacionales con las normas internas de los Estados Parte de aquellos tratados<sup>22</sup>. Este control se ha posicionado en los ordenamientos jurídicos internos, hasta el punto de reconocer el surgimiento de una nueva categoría de derechos con carácter de especial protección constitucional y convencional debido su importante relación con la dignidad humana y el principio *pro homine*<sup>23</sup> propio de las

19 Camacho, D. “Influencia del *soft law* internacional en el reconocimiento de los derechos fundamentales a las víctimas de violaciones de los derechos humanos”, *Revista Academia & Derecho* 14(25), 2022, 1-31.

20 Cáceres, A.E. *La reparación integral como derecho de las víctimas*, Bogotá: Ibáñez, 2016, p. 35.

21 Henderson, H. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, cit., 91.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso Almonacid Arellano v. Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2006, párr. 129.

23 Quinche, M.F. *El control de convencionalidad*, Bogotá: Editorial Temis, 2017.

teorías más proteccionistas de los individuos<sup>24</sup>, situación que se estudiará en profundidad más adelante.

Ahora bien, retomando el contexto de conflicto en Colombia<sup>25</sup>, donde se puede hablar no solo de los actos efectuados por grupos insurgentes como las FARC-EP, ELN, EPL, M-19, Quintín Lame, entre otros grupos que han surgido a lo largo de la historia del mencionado país –algunos ya extintos y otros en proceso de disolución–, e incluso el actuar de las bandas criminales y de narcotráfico que han tenido participación dentro de los escenarios de violación de derechos en el marco del conflicto, sino también de la misma participación del Estado en hechos que han dado lugar a diferentes tipos de daños, los cuales han debido ser reparados. Todos estos actos han intensificado el actuar estatal en el deber de protección y seguridad, establecido como uno de los fines esenciales del mismo<sup>26</sup>. Esta situación de marcada violencia que aqueja a Colombia ha dado lugar, tristemente, a graves y manifiestas violaciones a los derechos humanos y con ello al incumplimiento de las obligaciones internacionalmente adquiridas a través de los tratados internacionales que sobre la materia ha ratificado el Estado.

Las violaciones a los derechos constitucional y convencionalmente protegidos que se han presentado en el marco del conflicto armado colombiano en muchas ocasiones han sido ocasionadas por el mismo Estado, bien sea por sus acciones, las cuales exceden el uso de la fuerza –e incluso tergiversan los deberes de protección que se encuentran en cabeza del Estado–, o por las omisiones que se presentan por la inobservancia de las normas nacionales e internacionales, produciendo como resultado final la violación manifiesta a los derechos humanos de las personas, que en la mayoría de los casos resultan ser integrantes de poblaciones históricamente discriminadas, como campesinos, grupos étnicos o raciales, integrantes de comunidades LGBTIQ+, mujeres, entre otros<sup>27</sup>.

Estos daños que se han ocasionado a manos del Estado afectan diferentes dimensiones del individuo, por ejemplo, su patrimonio, su salud tanto física como mental (salud integral), sus expectativas de desarrollo de un plan de vida, su moral, las relaciones sociales y su concepción como sujeto dentro de un determinado grupo, entre otros escenarios<sup>28</sup>; todos estos daños deben ser reparados, pues de no hacerlo la violación permanecerá en el tiempo generando

24 Esquivel, L.D. “El control difuso de convencionalidad y la tesis de la supremacía convencional”, *Derecho y Cambio Social*, 13(44), 2016, 1-12.

25 Saumeth, E. *Historia de la guerrilla en Colombia*, Brasil: Universidad Federal de Juiz de Fora, s. f.

26 Constitución Política de Colombia, 1991, art. 2.

27 Limas, T. y Camacho, D. “Mujeres de paz: el papel de la mujer víctima de graves violaciones de los derechos humanos en la construcción de memoria”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año 2021*, 2021, 503-531.

28 Fernández, C. *Deslinde conceptual del “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral*, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

impunidad y evitando la efectividad de la justicia como principio trascendental y democrático dentro de los Estados de derecho contemporáneos<sup>29</sup>.

Resulta de especial atención e interés que ese proceso de reparación debe darse desde una óptica diferencial e interseccional, pues cada caso cuenta con ciertas particularidades que no deben ser generalizadas, sino estudiadas de manera aislada bajo unos parámetros normativos y de interpretación que tenga como punto de encuentro la protección y efectividad de los derechos fundamentales y humanos. Esta situación obedece a que no todos los daños y perjuicios se sufren de la misma manera por todos los individuos, por ello se requiere un trato especial para las víctimas de las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos como es el caso de lo que ocurre en el marco del conflicto armado colombiano.

Así mismo, cada forma de reparación debe tener en cuenta las condiciones de la víctima, del hecho dañoso y del mismo ofensor, pues esto permitirá dimensionar por una parte el tipo de medidas que permiten reparar los daños patrimoniales mediante la indemnización y, por una parte, las medidas que deberán ir más allá de la simple compensación en pro de la redignificación de la víctima.

Como se puede apreciar, el proceso de convencionalización en materia de responsabilidad resulta más que evidente y en algunos casos necesario, en especial cuando lo que se quiere es implementar una justicia restaurativa y no distributiva, donde la reparación y el resarcimiento de los daños promueven la tutela efectiva de los derechos de la víctima. El tema de la responsabilidad deja de ser algo que se fundamenta únicamente en las normas legales como los códigos<sup>30</sup>, e incluso deja de ser un tema que le importe solo a la Constitución del Estado y pasa a ser un asunto de las normas convencionales y las garantías que estas establecen frente al reconocimiento del daño y al deber de repararlo con la adopción de una serie de medidas que resulten suficientes y proporcionales para el caso concreto de violación de derechos.

### 3. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA Y EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO

Cuando se estudia el régimen de responsabilidad y los títulos de imputación al Estado en Colombia se debe obligatoriamente partir del contenido del artículo 90 de la Constitución, en cuyo inciso primero indica: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”<sup>31</sup>.

29 Comisión Colombiana de Juristas, *Principios internacionales sobre impunidad y reparación*, Bogotá: Opciones Gráficas Editores, 2007.

30 Gil, E. *La Constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá: Temis, 2014.

31 Constitución Política de Colombia, 1991, art. 90.

De esta norma –que tradicionalmente se conoce como la cláusula de responsabilidad del Estado<sup>32</sup>– se pueden extraer varios aspectos que permiten identificar las razones por las cuales el Estado podría llegar a ser responsable por la violación de los derechos. El primer elemento destacable es el concepto de *daño antijurídico*. Sobre este particular se ha desarrollado un sin número de estudios tanto doctrinales como jurisprudenciales que pretenden esclarecer lo que se debe entender por “antijurídico”, llegando a la conclusión de que ese tipo de daños son aquellos que la persona no está en la obligación jurídica de soportar<sup>33</sup>.

Esto implica la existencia de cierto tipo de daños que los individuos si estarían en la obligación de soportar, y éstos serían aquellos que se producen por el cumplimiento mismo de los fines del Estado, por ejemplo, el mantenimiento a las plantas de energía eléctrica que implica una suspensión temporal en la prestación del servicio (para lo cual se han indicado ciertas normas, como la notificación previa y que la misma debe ser temporal), o la adecuación de una vía que podría generar incomodidades a los transeúntes, o la muestra cultural que se desarrolla por las calles de una ciudad e implica el cierre temporal de algunas vías, entre otras situaciones que podrían evidenciar el actuar del Estado donde se presenta una incomodidad a las personas que puede por ejemplo afectar derechos individuales, como la libre locomoción, el libre desarrollo de la personalidad, el disfrute de servicios públicos domiciliarios, entre otros. Sin embargo, al ser situaciones temporales que cumplen con ciertas características, desarrolla mejoras en la prestación de un bien o servicio y se basan en el interés y beneficio general, se deben soportar por los sujetos que hacen parte de una determinada comunidad.

Este tipo de restricciones temporales a los derechos individuales, que en el fondo no podrían configurar un daño antijurídico porque evidencian realmente el actuar del Estado en aras de la protección efectiva de los derechos e incluso como una forma de evitar un daño mayor o colectivo, se pudo ver en el marco de la pandemia por covid-19, donde los Estados restringieron los derechos enmarcados en la libertad al decretar los estados de emergencia y evitar el contacto físico en la mayor medida posible; no obstante, estas restricciones fueron necesarias, temporales y objetivas conforme la situación que se vivía a nivel mundial<sup>34</sup>.

32 Guerra, D. y Pabón, L. “Estado del arte de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus elementos en Colombia”, cit., 32.

33 Morillo, S. “Daño y daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la noción de derecho subjetivo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo* (28), 2022, 319-358.

34 Camacho, D. “El derecho a la conectividad y su relación con el principio interamericano de desarrollo progresivo: La nueva realidad tras la pandemia por covid-19”, *Revista Justicia*, 28(43), 2023, 157-170.

Ahora bien, cuando la cláusula constitucional de responsabilidad hace referencia al daño antijurídico y este se entiende como aquel que no se está en la obligación de soportar, esto implica situaciones extraordinarias que producen efectivamente un daño o una lesión en algún derecho o libertad, por ejemplo, la reparación de la vía es una incomodidad que se debe soportar, pero cuando el Estado omite la señalización que indica el desarrollo de dicha obra causando una lesión a un transeúnte que pudo conocer de la obra desarrollada por el Estado, esta situación pasa de ser una simple incomodidad y se convierte en un atentado contra los derechos de la persona afectada por la omisión de la entidad pública, en este caso se estaría ante un daño de tipo antijurídico<sup>35</sup>.

Sobre este tema el Consejo de Estado colombiano ha estudiado en varios de sus pronunciamientos el concepto de *daño antijurídico*, destacando la posición que adopta en el año 2012 en la sentencia exp. 21747, donde determina que para que este tipo de lesión se presente deben concurrir dos elementos necesarios, así:

[El daño antijurídico es una] entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: (1) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v. gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y (2) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada.<sup>36</sup>

Para que se demuestre el daño con carácter antijurídico no basta con la configuración del hecho que pueda eventualmente producir una lesión, sino que además es necesario que tal situación ocasione un perjuicio, es decir una consecuencia jurídica que implique la vulneración de un derecho que se encuentre en cabeza de un individuo<sup>37</sup>.

Con este concepto se da paso entonces al segundo elemento que se contempla en el artículo 90 de la Constitución, y es que dicha responsabilidad se podrá ocasionar por las acciones u omisiones del Estado. La primera de ellas implica que el Estado efectúa algunas actuaciones que generan la violación a los derechos, como una ejecución extrajudicial o la privación injusta de la libertad, donde el Estado mediante los agentes incurre en la violación de derechos; por su parte, cuando se habla de la omisión se hace referencia a lo que el Estado deja de hacer y en razón de ello se configuran cierto tipo de daños, verbigracia, la indebida prestación de la seguridad o el impedimento al acceso a la justicia, lo cual genera un incumplimiento de las obligaciones

35 Armenta, A.M. “El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: el título jurídico de la imputación”, *Revista Via Iuris* (6), 2009, 88-112.

36 Consejo de Estado, sentencia exp. 21747, 2012, pp. 63-64.

37 Rueda, D. *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cometarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015.

que el ente estatal ha adquirido por medio de las normas internas e incluso de normas internacionales, produciendo así un menoscabo en los derechos de las personas que han sufrido el daño<sup>38</sup>.

Así, cuando se habla de la responsabilidad del Estado bajo el régimen normativo colombiano se debe tener presente que aquella se podrá configurar siempre y cuando (1) el daño que se haya ocasionado sea cierto, verificable y antijurídico, esto es que haya afectado intereses jurídicamente protegidos, y (2) que la configuración de dicha situación se derive de las actuaciones u omisiones del Estado mediante sus agentes en el ejercicio propio de sus funciones.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA COMISIÓN DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO

El régimen de responsabilidad que se desarrolla a partir del precepto constitucional del artículo 90 puede dar lugar a una condena contra el Estado, la cual se haría efectiva dentro del territorio y la sanción la impondría una autoridad administrativa o judicial del orden interno, principalmente por el incumplimiento de las obligaciones estatales contenidas en las normas nacionales; sin embargo, esta responsabilidad se puede presentar por la violación no solo de normas internas, sino también de normas internacionales debido al ya mencionado proceso de convencionalización que se ha presentado en el derecho colombiano.

El Estado puede ser declarado responsable por incumplir los mandatos convencionales, en especial cuando estos tienen relación con los derechos humanos, donde el compromiso internacional adquirido por el ente estatal implica la protección, promoción y garantía de los derechos y libertades esenciales de los individuos que se encuentran bajo su cuidado y administración, tanto en contextos de paz como en escenarios de conflicto que se puedan desarrollar en el interior del Estado o en contextos externos a éste.

Por consiguiente, la responsabilidad del Estado por la configuración de un daño contra cualquier individuo puede darse desde una instancia nacional, cuando los tribunales internos determinan que el incumplimiento de una norma internacional dio lugar a la configuración de dicho daño y por ende trastocó además de las normas supranacionales también las normas internas, con lo cual genera una violación a los derechos o libertades de la víctima. Cuando se presenta esa simbiosis entre las normas nacionales e internacionales es cuando el juez se reconoce como un juez convencional y cuando se aplica el control difuso de convencionalidad, concebido como un deber interno de los Estados que se materializa mediante sus autoridades judiciales y administrativas, consistente en velar por el cumplimiento del DIDH incluso

38 Camacho, D. y Cárdenas, O.A. “La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo”, cit., 64.

en las instancias internas del país<sup>39</sup> y en algunos casos de manera preferente a normas nacionales que puedan ser contrarias a los compromisos convencionales. Esta idea fue ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, donde el alto tribunal interamericano indica que cuando un Estado ha ratificado la Convención obliga se obliga a su aplicación sin que pueda presentarse acuerdo en contrario a las disposiciones convencionales incluso en las mismas normas nacionales.<sup>40</sup>

Por ende, la responsabilidad del Estado por la comisión de un daño puede darse desde el ámbito nacional por el incumplimiento de compromisos internacionales, sin embargo, en este escenario aún el Estado puede por un lado administrar una justicia interna –lo cual implicaría la imposición de sanciones más leves que las que se pueden establecer desde una instancia internacional– y además prevenir la vulneración masiva de normas del DIDH que pudiese dar lugar a la declaración internacional de responsabilidad.

Ahora, cuando esta reparación y protección efectiva de los derechos de la víctima no se reconoce de manera real e integral en la sede interna del Estado, éste puede ser declarado responsable internacionalmente por la configuración de un hecho internacionalmente ilícito, el cual, en pocas palabras, se traduce como el incumplimiento de los deberes internacionales que ha adquirido un Estado a través de un tratado internacional que involucre derechos individuales o colectivos, como es el caso de aquellos que versan sobre derechos humanos.

La responsabilidad internacional se entiende jurídicamente como un principio de las relaciones interestatales a nivel internacional<sup>41</sup>, pues el cumplimiento de los compromisos que un Estado ha adquirido con otro u otros Estados se hace por la voluntad de mantener unas adecuadas relaciones transnacionales y como una forma de luchar de manera conjunta por objetivos comunes que resulten de interés de la comunidad internacional; de ahí que cuando el Estado no adopte las medidas necesarias para evitar la configuración de graves violaciones a los derechos humanos desde la sede nacional, dará lugar al hecho internacionalmente ilícito.

El hecho internacionalmente ilícito requiere para su existencia dos elementos (al igual que cuando se hablaba de la responsabilidad nacional): por un lado, debe existir una conducta que le sea atribuible al Estado, es decir, una acción o una omisión que configure un daño a uno o varios individuos; por otra parte, implica que la conducta efectuada por el Estado constituya una

39 Quinche, M.F. *El control de convencionalidad*, cit., 110.

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2006, párr. 128.

41 Aizenstatd, N.A. “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XII, 2012, 3-23.

violación a una norma del derecho internacional, es decir, se haya presentado un incumplimiento de los compromisos que el Estado adquirió por medio de un tratado o costumbre internacional<sup>42</sup>; cuando esto se presenta, el hecho internacionalmente ilícito se configura dando lugar a la responsabilidad del Estado y con ello al deber de reparar a las víctimas, pero en este caso bajo los estándares internacionales que establecen tanto las normas convencionales como la jurisprudencia consolidada de las cortes internacionales.

Finalmente, el hecho internacionalmente ilícito se presenta por la vulneración de normas internacionales que si bien no están escritas se han consolidado como costumbres universales a través de las normas de *ius cogens*, las cuales prevalecen incluso sobre las normas convencionales<sup>43</sup>. De esta forma, cuando un Estado ha cometido una grave violación a los derechos humanos configurando en la legislación interna un daño antijurídico, el cual no ha sido debidamente reparado, generando una continua violación a los derechos y libertades, se termina por atentar contra la dignidad humana, el orden internacional, la paz, entre otros tópicos de interés de la comunidad internacional, con ello, termina por violentar normas de *ius cogens* dando lugar a la responsabilidad internacional por el hecho ilícito.

##### 5. LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LOS DAÑOS Y LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A PARTIR DE LA REPARACIÓN

El daño se constituye como el pilar fundamental de la teoría de la responsabilidad, de ahí que cuando se busca determinar al responsable y reconocer una adecuada reparación, lo primero que se debe verificar es si existe o no un daño sobre un derecho o bien jurídicamente protegido, pues de no haberlo o de no poderse determinar de manera clara y cierta<sup>44</sup> no resulta posible la declaratoria de responsabilidad y la consecuente reparación hacia la víctima<sup>45</sup>.

Así, el daño se entiende desde el ámbito jurídico como la lesión, el menoscabo o la afectación que sufre un individuo o individuos de alguno de sus derechos o bienes que se encuentran protegidos o regulados por medio de las normas; por ello, su configuración implica una violación directa al

42 Naciones Unidas, Asamblea General, Res. 56/83, cit., art. 2.

43 Saco, V. "Aspectos prácticos de la aplicación de la Responsabilidad Internacional del Estado: Estudio de los elementos del hecho internacionalmente ilícito", *Derecho & Sociedad* (31), 2008, 307-314.

44 Tamayo, J. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, Bogotá: Legis, 2009. "El daño indemnizable debe ser cierto y, en principio, salvo contadas excepciones, corresponde al demandante probarlo. Si no existe esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva.", p. 336.

45 Henao, J.C. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad del Estado en derecho colombiano y francés*, cit., 36.

ordenamiento jurídico y genera como consecuencia un derecho en favor de la víctima de recibir un resarcimiento por las consecuencias que se hayan ocasionado con ocasión del menoscabo<sup>46</sup>.

Esta lesión en los derechos se produce por una acción o una omisión que al igual que el daño debe ser cierta, es decir, que debe haber una certeza de su ocurrencia<sup>47</sup>, pues no se puede hablar de daños sobre situaciones que aún no se han presentado<sup>48</sup>; esto permitirá identificar al sujeto que estará en la obligación de reparar las consecuencias que se han producido por la comisión del daño. De esta manera la acción u omisión serán el detonante del daño (hecho dañoso) que a su vez producirá una serie de consecuencias que se conocerán como los perjuicios, los cuales son susceptibles de reparación, ya que permiten identificar la dimensión exacta del derecho que fue afectado.

Tradicionalmente los conceptos de *daño* y *perjuicio* han sido tratados de manera indistinta por algunos doctrinantes e incluso por tribunales como es el caso del Consejo de Estado colombiano; sin embargo, para el presente estudio se acepta la teoría defendida por autores como Juan Carlos Henao, los hermanos Mazeaud, Francis-Paul Bénéoit, Marcel Sousse, entre otros, quienes indican que es necesario hacer una diferenciación entre los mencionados conceptos.

Así las cosas, cuando se habla de *daño* se está haciendo referencia a la causa de la lesión<sup>49</sup>, por ejemplo, la muerte de un ser querido en medio de una ejecución extrajudicial que a su vez se convierte en el hecho dañoso en manos del Estado, quien no cumple con la función de seguridad y, por el contrario, termina por cometer una grave violación a los derechos del individuo. Por su parte, al hablar de *perjuicios* se hace referencia a la consecuencia de dicho daño, en el caso planteado podría ser, por ejemplo, el daño moral que le ha causado a los familiares de la persona ejecutada el perder a un ser querido, o el daño económico que se ha ocasionado a dichos familiares por no continuar recibiendo los ingresos que sustentaban el hogar y que se encontraban en manos de causante. Así, se da lugar a la relación daño-consecuencia, siendo la consecuencia la que efectivamente se puede reparar ya que se puede identificar de manera clara dónde se ha presentado el menoscabo hacia la víctima<sup>50</sup>.

46 Naveira, M. M., 2004. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, tesis doctoral, Universidade da Coruña.

47 Tamayo, J. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, cit., 337.

48 Si bien no existen daños sobre hechos futuros, en materia de tutela en el caso colombiano si se puede llegar a proteger ciertos derechos fundamentales cuando los mismos se ven amenazados, sin embargo, esto no reconoce un daño por hecho futuro o sobre supuestos, sino una medida de prevención en la configuración de un daño. Si se habla de derechos fundamentales estos tienen relación directa con los derechos humanos, de ahí que esta medida de prevención va de la mano de lo que se plantea por Naciones Unidas en cuanto a este tipo de derechos esenciales.

49 Bénéoit, F.P. *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)*, París: Fonds communs de placement dans l'innovation, 1957.

50 Henao, J.C. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad del Estado en derecho colombiano y francés*, cit., 77.

Ahora bien, cuando se habla de la clasificación de los daños, lo que realmente se ha hecho por parte de la doctrina y la jurisprudencia es identificar los escenarios generales en los que se efectúa la lesión del derecho o el bien, dando así lugar a la concepción tradicional de daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales, con ello se han categorizado diferentes tipos de perjuicios, lo cual, a su vez, ha permitido identificar la manera adecuada de reparación de todas las dimensiones que se vean afectadas de la víctima.

Esta clasificación tradicional de los daños parte de la premisa de que los daños patrimoniales serán aquellos que afecten un bien económico de la víctima bien sea de manera directa cuando, por ejemplo, se trata de los recursos que dejó de percibir una persona que sufrió una lesión por verse imposibilitada para continuar con sus labores diarias de trabajo (lucro cesante<sup>51</sup>); o cuando los daños se presentan sobre un bien que no tiene naturaleza económica pero genera consecuencias que sí son de ese tipo, verbigracia los gastos médicos en los que debió incurrir una persona para mejorar su estado de salud después de haberse visto lesionado alguno de sus derechos (daño emergente<sup>52</sup>), en este caso la afectación se presenta sobre la salud y el bienestar de la persona, pero las consecuencias implican una situación de tipo económico que perjudica directamente a la víctima<sup>53</sup>. En este caso se habla de *daños patrimoniales* porque el perjuicio que se causa es medible en dinero de manera certera, pues existirá un valor exacto que permita determinar claramente la afectación al patrimonio que se ha ocasionado a la víctima y con ello la cuantía que debe ser reparada<sup>54</sup>.

Ahora, cuando se habla de *daños extrapatrimoniales* se hace referencia a aquellos que se presentan en la esfera de la persona<sup>55</sup>, es decir, los que no implican una afectación directa al patrimonio sino a las sensaciones personales, que al igual que los daños patrimoniales vez pueden tener su origen en una afectación directa a una emoción, como, por ejemplo, el dolor de perder a un ser querido o de sufrir una afección en la integridad personal o familiar, donde el origen del daño no es precisamente por el daño causado a un bien sino por una situación que va más allá de lo material; o, por su parte, pueden tener un origen patrimonial que a su vez genere una lesión de tipo extrapatrimonial,

51 Tamayo, J. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, cit., 474. “Hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar al curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la persona.”

52 Tamayo, J. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, cit., 474. “Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima”.

53 Rueda, D. *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cometarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado*, cit., 42.

54 Torres, M.A. “¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)?”, *Diálogo con la Jurisprudencia* (244), 2019, 87-117.

55 Fernández, C. *Deslinde conceptual del “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*. Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, 17.

verbigracia cuando se presenta un atentado terrorista que termina por destruir la vivienda de una familia donde si bien hay un daño en un bien material, el sentimiento de zozobra y pérdida se presenta en una esfera emocional de las víctimas de dicha situación<sup>56</sup>.

En el caso de los daños extrapatrimoniales se ha logrado identificar diferentes tipos de perjuicios (incluso más que los que se presentan en el daño patrimonial), así, se puede hablar de (1) el daño moral entendido como el sufrimiento o pena que siente una persona producto de una situación dañosa como la pérdida de un ser querido; (2) el daño a la salud, que implica el menoscabo que han sufrido uno o varios individuos en su salud integral, esto es en las esferas físicas tanto funcionales como estéticas, psicológicas, la capacidad de relación con otros sujetos y las alteraciones que la persona haya sufrido a sus condiciones de existencia; (3) el daño al proyecto de vida, el cual se desarrolla principalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>57</sup> y posteriormente se adopta por los tribunales nacionales como es el caso del Consejo de Estado; este tipo de perjuicio contempla los daños que se hayan ocasionado al individuo respecto de sus expectativas de realización personal, es decir, se evidencia en aquellas posibilidades que se perdieron producto del daño ocasionado; y (4) el daño a los bienes convencionalmente protegidos se puede considerar como una parte de los daños extrapatrimoniales, donde el daño afecta derechos tan fundamentales que su trasgresión termina por violentar incluso normas convencionales contenidas en los tratados de derechos humanos<sup>58</sup>, sobre los cuales se profundizará en el siguiente epígrafe.

Este tipo de daños a la persona vulnera el núcleo esencial del derecho, que no puede ser reparado con la simple indemnización, y para ello será necesario entonces la aplicación de otras formas de reparación no pecuniarias que promuevan la redignificación de los derechos que se han visto afectados

56 Rueda, D. *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cometarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado*, cit., 53.

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso Loayza Tamayo v. Perú, Reparaciones y costas, párr. 147, 1998. Al respecto se puede revisar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Loayza Tamayo vs. Perú, donde explica que el daño al proyecto de vida tiene relación con la afectación que tiene la víctima en la esfera de su realización personal, así: “Se trata de una noción distinta del ‘daño emergente’ y el ‘lucro cesante’. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el ‘daño emergente’. Por lo que hace al ‘lucro cesante’, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.”

58 Rueda, D. *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cometarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado*, cit., 102-103.

por los daños. Así, por ejemplo, se pueden identificar en este caso medidas simbólicas, como la publicación de la sentencia, la construcción de un monumento en honor a la víctima, la creación de centros de memoria histórica y colectiva, los actos de disculpas públicas, entre otras<sup>59</sup>, de tal forma que se reincorpore a la persona o personas violentadas en sus derechos como sujetos con plenos derechos dentro de una sociedad<sup>60</sup>. Sobre este tema, Koteich, define el daño extrapatrimonial a la persona así:

Este daño extrapatrimonial tradicionalmente ha sido definido, en términos etimológicos estrictos, como aquel perjuicio que no puede clasificarse entre los patrimoniales o económicos: pero si quisiéramos ensayar una definición más precisa, podríamos decir que el mismo está constituido por los efectos perjudiciales de un hecho lesivo que no tienen una entidad tangible (como el dolor, el sufrimiento moral, los complejos), o que, teniéndola, no admiten una equivalencia exacta en dinero (como el daño a la salud o el perjuicios fisiológico); con prescindencia en ambos casos de los eventuales efectos patrimoniales negativos.<sup>61</sup>

El poder identificar si el daño causado se trata de uno de tipo patrimonial o extrapatrimonial ha sido importante en la medida en que se busca la reparación de este, ya que tradicionalmente se diría que aquellos que tienen una naturaleza patrimonial deberían ser compensados por medio de medidas económicas, y aquellos que no tienen dicha naturaleza se deberían reparar por medio de medidas no pecuniarias de reparación. Sin embargo, la práctica de la reparación –especialmente en sede judicial– ha demostrado que si bien los daños extrapatrimoniales no afectan directamente el patrimonio también deben repararse por medio de medidas económicas; así, por ejemplo, el daño moral por la pérdida de un miembro inferior en el caso de las minas antipersona o el daño a la salud que esta misma situación puede ocasionar se han reparado mediante una indemnización en favor de la víctima, la cual busca minimizar las consecuencias emocionales causadas por el hecho dañosos.

De esta manera, a pesar de la naturaleza del daño, la forma de reparación de cualquiera que sea el perjuicio configurado podrá ser económica –después de intentar la restauración tal como lo indica Naciones Unidas en la Resolución 60/147 de 2006–, tenga o no su fuente en un daño de tipo monetario. Adicionalmente, la convencionalización del daño –así como la influencia de instrumentos internacionales de *soft law*– permite identificar que los daños

59 Limas, T y Camacho D. “Mujeres de paz: el papel de la mujer víctima de graves violaciones de los derechos humanos en la construcción de memoria”, cit., 513.

60 Sierra, Y. “Litigio artístico para Ayotzinapa”, en José Falconi *et al.* (eds.). *Reparación simbólica: cultura y arte para nueve casos de violaciones de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022, 97-114.

61 Koteich, M. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 20.

patrimoniales serán todos aquellos que generen perjuicios que puedan ser reparados mediante la compensación<sup>62</sup>; así, entonces, se puede, por ejemplo, identificar los perjuicios fisiológicos o a la salud, morales, económicos propiamente como daño emergente y lucro cesante, entre otros, los cuales pueden ser reparados mediante reconocimiento de una indemnización.

La nueva concepción de los daños extrapatrimoniales implica comprenderlos como una afectación al núcleo esencial del derecho (tal como lo plantea la teoría clásica), pero la forma correcta de reparación de ellos no puede ser la indemnización sino el reconocimiento efectivo de medidas no pecuniarias; en otras palabras, la clasificación de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales no debe darse por el origen del daño (material o inmaterial), sino por la forma de reparación. Desde esta perspectiva, los daños patrimoniales serán aquellos susceptibles de repararse por medio de medidas pecuniarias tengan o no su origen en la afectación del patrimonio de la víctima, es decir, todo lo que sea posible indemnizar se podrá concebir como daño patrimonial. Por su parte, el daño extrapatrimonial debe concebirse como aquel que afecta una entidad intangible de la persona,<sup>63</sup> es decir, el núcleo fundamental de sus derechos individuales o colectivos, según el tipo de víctima que se presente.

Cuando se habla de la nueva concepción de los daños extrapatrimoniales de acuerdo con la forma de reparación, se debe entender que cuando la afectación causada al individuo por acciones u omisiones lesione un derecho esencial, la reparación que debe reconocerse deberá buscar la redignificación del individuo, es decir, el resarcimiento inmaterial y la reconstrucción de los derechos que fueron afectados, para lo cual se requiere un reconocimiento integral de la reparación que incluya necesariamente medidas no pecuniarias como las disculpas públicas, la construcción de monumentos que a su vez garantizan la memoria histórica, la capacitación en temas de derechos humanos a quienes ocasionaron el daño como medida de garantía de no repetición, entre otras, que sumadas a la indemnización se convierten en medidas más idóneas para buscar una adecuada reparación del daño extrapatrimonial<sup>64</sup>.

Este reconocimiento de reparación integral para los daños extrapatrimoniales con aplicación necesaria de medidas alternativas a la indemnización no es sino la materialización de la influencia del DIDH en el derecho interno, pues se reconoce que este tipo de perjuicios no son susceptibles de restitución, ya que el daño causado afecta tan gravemente el derecho de la víctima que retornar al momento antes de la configuración del mismo es realmente imposible, de ahí que la reparación no pecuniaria tiene un fin restaurativo, es decir que busca eliminar los escenarios intangibles que vulneraron los

62 Camacho, D. y Cárdenas, O.A. "La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo", cit., 66.

63 Koteich, M. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, cit., 20.

64 Koteich, M. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, cit., 291.

derechos; y, por su parte, las medidas pecuniarias tienen un fin satisfactorio mas no compensatorio, pues el dolor no es susceptible de una cuantificación monetaria que supla de manera completa el daño causado a una dimensión extrapatrimonial<sup>65</sup>.

#### 6. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y BIENES CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS

Como ya se ha dicho, cuando se habla de responsabilidad que puede llegar a tener el Estado, el daño ocasionado debe generar una afectación sustancial a los derechos de los que resulta titular una persona o un grupo de ellas, para ello se debe tener claro que dentro del abanico de derechos que contempla el ordenamiento jurídico colombiano existen derechos de diferentes categorías o generaciones; están, por ejemplo, los derechos y libertades fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y los derechos colectivos, y para cada uno de ellos el actuar del Estado implica el ejercicio de cierto tipo de actuaciones que promuevan su disfrute y protección, e igualmente el titular de ellos diferirá dependiendo de la situación.

Esta situación resulta relevante ya que al conocer el tipo de derecho que se ha afectado se puede, por un lado, identificar los mecanismos administrativos y judiciales con que cuenta la víctima para reclamar la protección de sus derechos, así como, por otra parte, el sujeto a reparar e incluso el tipo de daño que se ha causado, esto es, patrimonial o extrapatrimonial. Cuando se identifica el derecho afectado, su categoría y demás situaciones jurídicas relacionadas, se puede verificar si resulta o no posible su protección por tratarse o no de un bien o derecho jurídicamente relevante y por ende susceptible de reparación en caso de que sea violentado. En pocas palabras, si el bien o derecho que se alega ha sido objeto de violación estaba protegido por una norma jurídica y el Estado ha incurrido en una situación que efectivamente ha causado una lesión, resulta más sencillo para la autoridad administrativa u operador judicial reconocer la responsabilidad y la consecuente reparación.

Con el fenómeno de la convencionalidad se ha dado paso a la creación –principalmente por vía jurisprudencial– de una nueva categoría de derechos que tienen especial relación con los derechos humanos, tratándose de los derechos y bienes convencionalmente protegidos, los cuales surgen al incorporar el control de convencionalidad como un deber propio de los jueces nacionales que implica la aplicación y observancia de las normas nacionales con las internacionales de derechos humanos en aras de promover la protección de tales

65 Rueda, D. *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cometarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado*, cit., 128.

derechos<sup>66</sup>, de ahí que su vulneración implique la configuración de graves y manifiestas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en el caso de los conflictos armados<sup>67</sup>.

Sobre este tema es indispensable acudir a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente la sentencia del caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”<sup>68</sup>, donde se establece que los jueces nacionales deben aplicar las normas de derechos humanos; especialmente en el caso de los Estados del Sistema Interamericano, ese deber recaerá en la aplicación de la Convención dentro de sus decisiones nacionales con el fin de proteger y garantizar los derechos contenidos en estas normas de tipo vinculante para los Estados<sup>69</sup> y evitar la configuración de un hecho ilícito internacional que eventualmente pueda llegar a producir una condena internacional para el Estado, así lo indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[...]

124. La Corte es consciente que [*sic*] los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque [*sic*] los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas [*sic*] por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>70</sup>

Cuando los jueces internos como el Consejo de Estado o la Corte Constitucional colombianos acogen este deber derivado de las obligaciones adquiridas a través de los tratados internacional, se invisten del papel de jueces

66 Sánchez, P.A. *et al.*, “El control de convencionalidad: aplicación de las medidas internacionales en el ordenamiento interno como estándar de protección a los derechos de las víctimas”, *Opinión Jurídica*, 18(37), 2019, 231-250.

67 Araque, J.E. *El daño a bienes y derechos convencional y constitucionalmente protegidos*. 1ª edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2022.

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso Almonacid Arellano v. Perú, cit., párr. 129.

69 Ortega, W. “Almonacid Arellano, Palamara y Norín Catrimán. Tres momentos del arduo camino de legitimación del diálogo convencional”, *Opinión Jurídica*, 19 (39), 2020, 111-129.

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso Almonacid Arellano v. Perú, cit., párr. 6.

convencionales<sup>71</sup>, cuyo deber será no sólo la protección y aplicación de las normas nacionales, sino la interpretación de estas conforme la obligación que requieren los instrumentos de derecho internacional que promueven la garantía de los derechos humanos<sup>72</sup>.

Así las cosas, al hacer referencia a los derechos y bienes convencionalmente protegidos se hace alusión a ese conjunto de derechos que tiene como núcleo esencial la dignidad humana propia de los derechos humanos y por tanto de especial protección por parte de los Estados. De esta manera, no debería analizarse los tratados internacionales y las normas internas como ordenamientos jurídicos aislados, sino como un conjunto de normas que promueven la garantía de las situaciones más esenciales para los individuos que conforman el Estado<sup>73</sup>; esta situación lleva al reconocimiento de la teoría monista entre la relación del derecho nacional e internacional, y en casos como el de Colombia promovería la aplicación de esas cláusulas de interpretación y jerarquía contenidas en la Constitución<sup>74</sup> que promueven la unión de estos dos conjuntos normativos en aras de ampliar el abanico de derechos constitucionales. Así lo ha manifestado Contesse (2018):

In Latin America, most national constitutions, especially after the wave of constitutional reforms in the late twentieth century, adhere to monism – that is, by the act of ratifying international human rights treaties state authorities must follow them without the need for an act of incorporation, such as legislation, which is a feature of dualist regimes, like the United States. The decision whether a state adheres to monism or dualism is of course one of domestic law. In monist regimes, conventionality control can be justified on the fact that those nations have chosen to expressly make international human rights norms part of their domestic law. Therefore, when domestic courts apply international law, courts are just using all the norms that their constitution demands them to use – both national and international. In the court’s articulation of conventionality control, however, it is the Inter-American Court – not domestic courts – that decides that domestic authorities are bound by international law.<sup>75</sup>

71 Santofimio, J.O. *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras*. 2.ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

72 García, R.A. “El control de convencionalidad - Conventionality Control: Cinco Interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119 (119), 2020, 13-52.

73 Higuera, D.M. “Control de Convencionalidad. Estándares internacionales de derechos humanos como criterio de validez en los procesos de paz”, *Revista Argentina de Justicia Constitucional* (5), 2018, 2248-4078.

74 Acosta, P.A. “Zombies vs. Frankenstein”: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”, *Revista de Estudios Constitucionales*, 14(1), 2016, 15-60.

75 Contesse, J. “The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine”, en *The International Journal of Human Rights*, 22(9), 2018, 1168-1191, p. 1172.

Todo esto ha sido analizado por el Consejo de Estado, quien a través de su reiterada jurisprudencia –especialmente desde el año 2014 cuando se reconoce como juez convencional<sup>76</sup>– incorpora el concepto de derechos y bienes constitucional y convencionalmente protegidos aduciendo que estos deben ser entendidos como “derechos fundamentales consagrados en la Constitución, en la jurisprudencia constitucional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos y derechos fundamentales”<sup>77</sup>, que cuentan además con una especial protección constitucional teniendo en cuenta que los tratados de derechos humanos ingresan al bloque de constitucionalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política<sup>78</sup>, y que además deben ser considerados como criterios de interpretación de las normas tanto constitucionales como legales.

El reconocimiento de este tipo de derechos y bienes convencionalmente protegidos da lugar a la existencia un nuevo escenario susceptible de protección por parte de los Estados que tiene inmerso el cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos a través de los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que su vulneración o la configuración de un daño en contra de ellos dará lugar a una grave lesión a los derechos humanos, que debe ser reparado desde una óptica de integralidad y especialmente con medidas que busquen la restauración efectiva de los derechos esenciales que fueron violentados.

#### 7. EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL CONTRA DERECHOS Y BIENES CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS Y SU REPARACIÓN

Tras la importancia del constitucionalismo moderno y la teoría del *ius constitutionale commune* derivado de la incorporación de las normas de derechos humanos a los ordenamientos jurídicos internos<sup>79</sup> –para el caso de Colombia, la misma Convención Americana de Derechos Humanos y todo el *corpus iuris* interamericano que se deriva de esta norma–, el estudio de la teoría del daño y la consecuente responsabilidad se ha visto permeada de un proceso igualmente de constitucionalización<sup>80</sup> y convencionalización.

76 Araque, J.E. *El daño a bienes y derechos convencional y constitucionalmente protegidos*, cit., 124.

77 Consejo de Estado, sentencia exp. 19979, 2014, p. 107.

78 Constitución Política de Colombia, cit., art. 93.

79 Piovesan, F. “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, Armin von Bogdandy et al. (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina textos básicos para su comprensión*. México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, 61-84.

80 Gil, E. *La Constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*, cit., 19.

La cláusula de responsabilidad del Estado, que fue estudiada en epígrafes anteriores, cuenta con una serie de principios orientadores e interpretativos que se han incorporado a las normas con ese papel, debido a la importancia de los derechos humanos y la formación de esa unidad jurídica entre las normas del derecho nacional e internacional<sup>81</sup>; así, esa responsabilidad ya no se puede observar únicamente como la generación de daños que afectan tan solo el patrimonio de la víctima, sino que además pueden llegar a afectar otro tipo de dimensiones o esferas que involucran igualmente derechos fundamentales y humanos.

Surgen entonces los daños contra derechos y bienes convencionalmente protegidos, que al analizarlos serán sin duda algunos daños extrapatrimoniales, pues la lesión se configura en la dignidad humana, por lo que cualquier menoscabo que sobre dichos derechos o bienes se pueda llegar a ocasionar deberá repararse con medidas de carácter integral, que pueden implicar la indemnización, pero en muchos casos eso no bastará y se deberá optar por otro tipo de medidas que traten de reparar esa parte intangible o incuantificable del derecho<sup>82</sup>.

Todo el análisis efectuado respecto del daño y la teoría de la responsabilidad del Estado bien sea por las acciones u omisiones de este desemboca en la reparación de las víctimas. Para el caso de los bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos, implica la adopción proporcional, diferencial e interseccional de medidas que procuren por una parte generar una compensación económica, pero también que promuevan de alguna forma el restablecimiento o la redignificación de la víctima que ha sufrido el menoscabo en el núcleo intangible del derecho<sup>83</sup>.

La configuración de un daño en manos del Estado y la posterior declaración de responsabilidad lleva al surgimiento de una serie de obligaciones nuevas en manos del ente estatal, las cuales tienen relación con las que se han establecido previamente en los tratados internacionales y en las normas fundamentales de los Estados; así, la Corte Constitucional ha indicado que el Estado debe garantizar los derechos esenciales de las víctimas y para ello deberá adoptar una serie de medidas que se resumen de la siguiente forma:

[E]l amplio y decidido reconocimiento de los derechos de las víctimas permite identificar un haz de posiciones y relaciones iusfundamentales que asignan al

81 Contesse, J. “The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine”, cit., 2.

82 Gómez, J. J. *Reparación del daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y/o constitucional amparados*, tesis doctoral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

83 Bolaños, T. y Filsí, I. *Enfoque Diferencial e Interseccional (Differentiated and Intersectional Approach)*, Bogotá: Fundación Max Planck para la Paz Internacional y el Estado de Derecho – Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2017.

Estado la obligación de que, a través de los procedimientos constitucionales, adopte normas (1) que regulen los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, así como las condiciones que permiten su exigibilidad; (2) que establezcan las condiciones para la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables y hagan posible la búsqueda de la verdad; (3) que impongan a quienes causen un daño la obligación de reparar y, subsidiariamente y de manera excepcional, a que el Estado asuma dicha obligación; y (4) que establezcan instituciones judiciales o administrativas, así como procedimientos efectivos ante unas y otras, para propiciar la búsqueda de la verdad y obtener la reparación en sus diversos componente.<sup>84</sup>

De esta forma, surge el principio de integralidad en la reparación de las víctimas, que implica eliminar las consecuencias causadas por el daño (perjuicios), restableciendo los derechos que resulte posible, y en caso de no permitirse dicha situación, se debe proceder con la adopción de todas las medidas necesarias tanto pecuniarias como no pecuniarias que promuevan la protección de los derechos y bienes afectados<sup>85</sup>.

El derecho de las víctimas de graves, manifiestas y sistemáticas violaciones a los derechos y bienes constitucional y convencionalmente protegidos ha tenido un avance significativo en las normas de derecho internacional, pues en normas como la Convención Americana o en instrumentos de *soft law* internacional como la Resolución 60/147 de 2006 se establece el derecho que tienen las víctimas de obtener una pronta e integral reparación, cuyo fin es la promoción de la justicia que resulta tan importante en los Estados de derecho contemporáneos, así como “satisfacer los principios de dignidad, no discriminación y no estigmatización [otorgando] un tratamiento justo e igualitario a las víctimas de violaciones de derechos humanos”<sup>86</sup>.

Ahora bien, cuando se habla de esa integralidad, es importante identificar el papel protagónico que tienen los jueces nacionales, quienes a través de un claro y marcado diálogo judicial con los jueces de las cortes y los tribunales internacionales deben identificar los estándares generales que implica el reconocimiento efectivo y célere de la reparación a víctimas de violaciones a sus derechos humanos<sup>87</sup>. De esta manera, nuevamente se pone en evidencia la indiscutible relación y casi que interdependencia entre el derecho nacional y el derecho internacional, pues si bien cada uno de ellos puede establecer su propio modelo de reparación, en la práctica ambos deben trabajar como

84 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-588, 2019, p. 50.

85 Bolaños, T. y Biel, I. “La justicia transicional como proceso de transformación hacia la paz”, *Derecho PUCP* (83) 2019, 415-442.

86 Granda, G.A. y Herrera, C. “Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación”, *Revista Ius Humani*, 9 (1), 2020, 251-268, p. 258.

87 Vivas, T.G. “Corte Constitucional de Colombia: tres décadas de un juez constitucional en constante diálogo judicial transnacional”, *Novum Jus*, 17 (3), 2023, 431-454.

una unidad que busca la efectividad en la protección de los derechos fundamentales y esenciales<sup>88</sup>.

Cuando la cohesión entre modelos de reparación nacional e internacional se genera, se produce una reparación integral, la cual contempla una serie de medidas que van desde la compensación como regla de indemnización de todos los perjuicios derivados de daño patrimonial<sup>89</sup>, y otras medidas que se conocen como simbólicas o no pecuniarias cuya finalidad es establecer una condena de principio, ya que evita la monetización del dolor o las lágrimas, puesto que el daño se ha ocasionado al núcleo esencial del derecho, es decir que ha configurado un daño extrapatrimonial.

En este sentido, tanto la Resolución 60/147 de Naciones Unidas como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho interno colombiano han coincidido en clasificar las medidas de reparación de la siguiente manera:

1. *Restitución*: Es la medida de reparación por excelencia, pues busca que la víctima regrese o retome el derecho o libertad lesionada al estado en el que se encontraba antes de que se configurara el daño, de ahí que se deba procurar la aplicación de esta medida siempre que sea posible<sup>90</sup>.
2. *Compensación o indemnización*: Consiste en reparar el daño ocasionado a través de una compensación económica que tase la magnitud de la lesión en cualquiera de las esferas que se haya generado el daño y reconocer a la víctima el equivalente en dinero por esta situación. La indemnización se debe reconocer después de haber realizado una restitución del derecho o de al menos haberlo intentado<sup>91</sup>.
3. *Satisfacción*: Son en esencia medidas de reparación no pecuniaria ya que no implican un reconocimiento económico a favor de la víctima. Estas medidas están estrechamente relacionadas con la garantía del derecho a la verdad y buscan mediante un acto simbólico el resarcimiento del daño causado al derecho o libertad menoscabada<sup>92</sup>, en este caso se puede hablar, por ejemplo, de medidas como la publicación de la sentencia, la construcción de monumentos o centros de memoria, los actos de disculpas públicas, entre otros.

88 Granda, G.A. y Herrera, C. "Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación", cit., 266.

89 Koteich, M. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, cit., 128-129.

90 Naveira, M. "La valoración del daño resarcible", *Anuario da Faculdade de Direito*, 7 (2003): 597-616.

91 Granda, G.A. y Herrera, C. "Reparación integral: principios aplicables", cit., 266.

92 Uprimny, R. y Saffón, M. P. "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", en *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Díaz, C., Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (eds.), Bogotá, 2009, Opciones Gráficas Editores, 31-70.

4. *Rehabilitación*: Estas medidas<sup>93</sup> se reconocen especialmente cuando se ha causado un daño a la salud y consisten en el desarrollo de estrategias, planes o programas que procuren el bienestar físico, mental, social, familiar o jurídico de la víctima<sup>94</sup>.
5. *Garantía de no repetición*: Estas medidas, además de tener una finalidad individual dirigida a la reparación de la víctima, tienen un fin colectivo, pues consisten en la consolidación de estrategias que procuren que los hechos que dieron lugar a la violación de derechos no se vuelvan a presentar en el futuro, por lo tanto tienen una esencia de transformación de las condiciones que dieron lugar al daño, con lo que se promueve un cambio tanto en quien ha sufrido la lesión como en la comunidad en general.

En este orden de ideas, es importante abordar finalmente los modelos de reparación que permiten el cumplimiento de integralidad de esta y la finalidad que cumplen dentro del proceso de responsabilidad.

Existe una reparación que tradicionalmente se conoce como individual, pues medidas como la compensación, el restablecimiento, la restitución, entre otras, afectan directamente los intereses de la víctima<sup>95</sup>, por supuesto que esto es necesario y de obligatorio cumplimiento por parte del Estado, ya que la persona o el grupo de personas que se vieron directamente afectadas deben recibir una reparación acorde y proporcional al daño causado.

Sin embargo, existe una categoría que se relaciona más con una reparación colectiva, pues, por ejemplo, medidas como las de no repetición, donde se contemplaría, verbigracia, la creación de centros de memoria histórica, o la capacitación a las autoridades del Estado en temas de derechos humanos, o la adopción de medidas que toma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son situaciones jurídicas que impactan mayormente a la comunidad<sup>96</sup>, pues si bien por una parte se está diciendo a la víctima directa que los hechos que dieron lugar a su menoscabo en los derechos no volverán a ocurrir, se genera de manera paralela una garantía a la comunidad en general de que el Estado adoptará mejores alternativas para que a esas personas que no se vieron afectadas no se conviertan en víctimas del ente estatal.

Esto permite identificar una situación especial en los casos donde se presentan graves violaciones a los derechos y bienes convencionalmente protegidos

93 Becerra, Z. L. “Algunas consideraciones en torno al modelo de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2, 2014, 57-77.

94 Ron, X. “La reparación integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *JUEES*, 2 (1), 2022, 35-55.

95 Bolaños, T. y Biel, I. “La justicia transicional como proceso de transformación hacia la paz”, cit., 425.

96 Granda, G. A. y Herrera, C. “Reparación integral: principios aplicables”, cit., 262.

(derechos humanos), y es que la reparación en sí misma tiene dos fines, uno individual dirigido a la víctima directa o indirecta del caso concreto donde se busca restaurar los derechos individuales que fueron violentados por el hecho dañoso, así como que la víctima recupere la confianza en la sociedad y en las instituciones que en esta oportunidad promovieron su reparación integral<sup>97</sup>. El otro fin tiene un carácter colectivo o social, pues especialmente medidas no pecuniarias, como las de garantía de no repetición y satisfacción que promueven la verdad de los hechos y evitar que este tipo de sucesos vuelvan a ocurrir, generan en el colectivo social una apropiación de normas que promueven la protección de derechos, así como un reproche social contra los ofensores, que a su vez permite la construcción de una memoria tanto histórica como colectiva<sup>98</sup> que garantizará que los hechos no vuelvan a presentarse, o de hacerlo, que se consideren inadecuados, con lo cual la reparación a las víctimas será un hecho que se suponga y se exija por la sociedad en general.

De esta forma, el cumplimiento de los derechos humanos, la incorporación de esas obligaciones internacionales en las legislaciones internas y el reconocimiento de que los jueces nacionales no actúan de manera aislada a los de las cortes o tribunales internacionales generarán el reconocimiento de una reparación integral para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

## CONCLUSIONES

Los daños se pueden ocasionar por las acciones u omisiones a los derechos jurídicamente protegidos, lo cual implica que estos deben tener una protección previa por las normas que conforman el ordenamiento jurídico. El Estado adquiere una responsabilidad cuando ha incumplido con los mandatos normativos que le imponen tanto las normas nacionales como aquellas obligaciones que se establecen a través de los tratados internacionales, especialmente aquellos que versan sobre derechos humanos, normas que tienen como fin la protección de la persona como un sujeto que hace parte de una comunidad en la que interactúa con otros individuos y con el mismo ente estatal; de ahí que el Estado debe ser garante pleno del ejercicio de los derechos de los individuos que se encuentran bajo su cuidado.

En el caso colombiano, el Estado responderá por aquellos daños que se consideran antijurídicos, es decir, por las afectaciones que se ocasionen a los individuos y que éstos no estaban en el deber jurídico de soportar; esto lleva a concluir que habrá ciertas situaciones que pueden incomodar el ejercicio de los derechos y libertades de las personas, pero que en esencia no podrían

97 Ron, X. “La reparación integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., 52.

98 Sierra, Y. “Litigio artístico para Ayotzinapa”, cit., 125.

ser considerados daños sino situaciones excepcionales que deben tener una reglamentación y ser temporales, situaciones que además permiten el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

En efecto, al hablar de *daño* se debe hacer referencia a que este consiste en aquella situación que causa un detrimento, lesión o menoscabo a una o varias personas en sus bienes y derechos jurídicamente protegidos; para el caso del daño antijurídico que permite en el escenario colombiano el reconocimiento de una responsabilidad del Estado, es necesario que este daño produzca unas consecuencias jurídicas, es decir, que las lesiones se pueden demostrar en el menoscabo real y cierto de los derechos de la persona, dando paso a la teoría del daño-consecuencia, importante para la determinación de la reparación a la víctima del menoscabo dependiendo de la esfera que se haya afectado, esto es, si es de tipo patrimonial o extrapatrimonial.

Si bien el escenario ideal para el Estado es que no se comentan violaciones a los derechos de los individuos, cuando esto ocurre surge un deber en cabeza del mismo ente estatal que se consolida a través del reconocimiento de una reparación integral a favor de las víctimas del daño. Esta reparación tiene un carácter de integralidad porque se conforma por medidas pecuniarias y no pecuniarias, es decir medidas que implican un reconocimiento económico a favor de la víctima y otras que se consideran alternativas y cuya finalidad es la de restaurar el núcleo de los derechos que han sido lesionados.

Ahora bien, para saber cuáles de esas medidas corresponde al Estado adoptar para cada uno de los casos que se puedan presentar, es necesario identificar el tipo de daño ante el cual se está. En este sentido, se puede hablar de daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales, cuya definición tradicional indicaba que los primeros son aquellos que afectan el patrimonio de la víctima y los segundos los que versan sobre el dolor de las personas que sufrieron la lesión a sus derechos. No obstante, se plantea que la definición clásica de los daños no se ajusta a la realidad del proceso de reparación, pues los daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales son susceptibles de repararse mediante indemnizaciones –y esa ha sido la regla general en el reconocimiento el resarcimiento del daño–, por lo que se debe entender como daños extrapatrimoniales aquellos cuya reparación debe darse con medidas no pecuniarias que promuevan la restauración de la parte intangible del derecho y que no implican una entrega de un monto a la víctima, sino situaciones que procuran la garantía de los derechos como la verdad, la justicia y la garantía de no repetición.

Justamente el comprender que la reparación se conforma tanto por medidas no pecuniarias como pecuniarias es lo que le da el carácter de integral tal como lo ha planteado el derecho internacional de los derechos humanos, lo que permite el resarcimiento de todas las dimensiones que fueron afectadas en los derechos de las víctimas e impone a los jueces y autoridades administrativas la aplicación de normas convencionales en el proceso de reparación para que la misma se ajuste de una manera real al caso concreto.

La importancia de la convencionalización del derecho dio lugar entonces al surgimiento de un tipo de bienes y derechos protegidos especialmente por estas normas, cuya vulneración no solo implicaría el reconocimiento de una responsabilidad interna del Estado sino que también podría dar lugar a una responsabilidad internacional por la configuración de un hecho internacionalmente ilícito, el cual se refiere justamente al incumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado a través de los tratados internacionales, en este caso de derechos humanos.

Cuando esta situación se presenta surgirán los daños a los bienes y derechos convencionalmente protegidos, los cuales deben ser considerados daños extrapatrimoniales pues la afectación al derecho se presenta en el núcleo más esencial del mismo, y en el caso de los derechos humanos se podría decir que dicha lesión radica en la dignidad humana; de ahí que cuando se busca reparar de manera integral este tipo de daños, que además se constituyen en graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (en el caso de conflictos), se debe optar por medidas alternas a la indemnización, es decir, de tipo no pecuniarias, que promuevan la restauración del derecho afectado y que la víctima recobre su dignidad y la confianza en las instituciones del Estado.

De esta manera, al hablar de la integralidad de la reparación de daños a bienes y derechos convencionalmente protegidos se debe reconocer que la lesión se presenta en una esfera más allá de lo que resulta susceptible de indemnización, por lo que el Estado debe ser un garante de los derechos de las víctimas con medidas idóneas, proporcionales y reales, que promuevan una justicia restaurativa, que además permitan la construcción de una memoria colectiva en la sociedad y por ende la garantía de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.

#### REFERENCIAS

- Acosta, P.A. “‘Zombies vs. Frankenstein’: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, 14 (1), 2016, 15-60.
- Aizenstatd, N.A. “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, 3-23.
- Araque, J.E. *El daño a bienes o derechos convencional o constitucionalmente protegidos*, 1.ª edición. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2022.
- Armenta, A.M. “El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: el título jurídico de la imputación”, en *Revista Via Iuris* (6), 2009, 88-112.
- Becerra, Z.L. “Algunas consideraciones en torno al modelo de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Dereito: Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2, 2014, 57-77.

- Bénoit, F.P. *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)*. Paris: Fonds communs de placement dans l'innovation, 1957.
- Bolaños, T. y Fils, I. *Enfoque diferencial e interseccional (Differentiated and Intersectional Approach)*. Bogotá, Fundación Max Planck para la Paz Internacional y el Estado de Derecho – Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2017.
- Bolaños, T.G. y Biel, I. “La justicia transicional como proceso de transformaciones hacia la paz”, en *Derecho PUCP* (83), 2019, 415-442.
- Cáceres, A.E. *La reparación integral como derecho de las víctimas*. Bogotá, Ibáñez, 2016.
- Camacho, D. “El derecho a la conectividad y su relación con el principio interamericano de desarrollo progresivo: La nueva realidad tras la pandemia por covid-19”, en *Justicia*, 28 (43), 2023, 157-170.
- Camacho, D. “Influencia del *soft law* internacional en el reconocimiento de los derechos fundamentales a las víctimas de violaciones de los derechos humanos”, en *Revista Academia & Derecho*, 14 (25), 2022, 1-31.
- Camacho, D. y Cárdenas, O.A. “La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo”, en *Revista Academia & Derecho* (9), 2019, 49-86.
- Cassese, S. “Las tres etapas de la constitucionalización del derecho administrativo”, en Montaña Plata, Alberto y Ospina, Andrés (eds.). *La constitucionalización del derecho administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 281-305.
- Comisión Colombiana de Juristas. *Principios internacionales sobre impunidad y reparación*. Bogotá, Opciones Gráficas Editores, 2007.
- Contesse, J. “The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine”, en *The International Journal of Human Rights*, 22 (9), 2018, 1168-1191.
- Esquivel, L.D. “El control difuso de convencionalidad y la tesis de la supremacía convencional”, en *Derecho y Cambio Social*, 13 (44), 2016, 1-12.
- Fabra, J.L. “Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate”, en *Enciclopedia de Filosofía y teoría del Derecho*, editores Fabra J.L. y Spector E., México, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 2533-2618.
- Fernández, C. *Deslinde conceptual del “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*. Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- García, R.A. “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119 (119), 2020, 13-52.
- Gil, E. *La constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad del Estado*. Bogotá: Temis, 2014.

- Gómez, J.J. *Reparación del daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y/o constitucional amparados*, tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia, 2021.
- Granda, G.A. y Herrera, C. “Reparación integral: principios y modalidades de reparación”, en *Ius Humani*, 9 (1), 2020, 251-268.
- Guerra, D. y Pabón, L. “Estado del arte de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus elementos en Colombia”, en *Revista Espacio*, 41 (8), 2020, 29-42.
- Henoa, J.C. *El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Henderson, H. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia de principio *pro homine*”, en *Revista IDH*, 39 (29), 2004, 71-99.
- Higuera, D.M. “Control de Convencionalidad. Estándares internacionales de derechos humanos como criterio de validez en los procesos de paz”, en *Revista Argentina de Justicia Constitucional* (5), 2018, 2248-4078.
- Koteich, M. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Limas, T. y Camacho, D. “Mujeres de paz: el papel de la mujer víctima de graves violaciones de los derechos humanos en la construcción de memoria”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año 2021*, 2021, 503-531.
- Morillo, S. “Daño y daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la noción de derecho subjetivo”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* (28), 2022, 319-358.
- Naveira, M.M. “El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual”, tesis doctoral, Universidad da Coruña, 2004.
- Naveira M. “La valoración del daño resarcible”, *Anuario da Facultade de Dereito*, 7 (2003): 597-616.
- Ortega, W. “Almonacid Arellano, Palamara y Norín Catrimán. Tres momentos del arduo camino de legitimación del diálogo convencional”, en *Opinión Jurídica*, 19 (39), 2020, 111-129.
- Piovesan, F. “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en Armin von Bogdandy; Antoniazzi, Mariela; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, 61-84.
- Quinche, M.F. “La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia”, en *Jurídicas*, 13 (1), 2016, 43-63.
- Quinche, M.F. *El control de convencionalidad*. Bogotá, Editorial Temis, 2017.
- Ramelli, A. *Diálogos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*. Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019.

- Ron, X. “La reparación integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *JUEES*, 2 (1), 2022, 35-55.
- Rueda, D. *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Comentarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado*. Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2015.
- Saco, V. “Aspectos prácticos de la aplicación de la Responsabilidad Internacional del Estado: Estudio de los elementos del hecho internacionalmente ilícito”, en *Derecho & Sociedad* (31), 2008, 307-314
- Sánchez, P.A, Higuera, D.M. y Torres, C. “El control de convencionalidad: aplicación de las medidas internacionales en el ordenamiento interno como estándar de protección a los derechos de las víctimas”, en *Opinión Jurídica*, 18 (37), 2019, 231-250.
- Santaella, M.J. *La reparación administrativa de perjuicios en la responsabilidad del Estado. De una posibilidad ignorada a procedimiento administrativo de reparación de perjuicios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.
- Santofimio, J.O. *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras*. 2.ª edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Saumeth, E. *Historia de la guerrilla en Colombia*. Brasil, Universidad Federal de Juiz de Fora, s. f.
- Serrano, L.G. *El daño extrapatrimonial y su reparación*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2018.
- Sierra, Y. “Litigio artístico para Ayotzinapa”, en José Falconi, Liliana Mendoza y Yolanda Sierra (eds). *Reparación simbólica: cultura y arte para nueve casos de violaciones de los derechos humanos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 97-144.
- Tamayo, J. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II. Bogotá, Legis, 2009.
- Tamayo, J., Botero, L.F., Polanía, N. y Rojas, S. *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogotá: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Bogotá, IARCE y Editorial Temis, 2017.
- Torres, M.A. “¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)?”, en *Diálogo con la jurisprudencia* (244), 2019, 87-117.
- Uprimny, R. y Saffón, M.P. “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Díaz C., Sánchez, N.C. y Uprimny, R. (eds.), Bogotá, Opciones Gráficas Editores, 2009, 31-70.
- Vivas, T.G. “Corte Constitucional de Colombia: tres décadas de un juez constitucional en constante diálogo judicial transnacional”, en *Novum Jus*, 17 (3), 2023, 431-454.

### *Jurisprudencia*

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia exp.21747 del 2 de marzo de 2012. C. P. Olga Melina Valle de la Hoz.

Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia exp.29979 del 20 de octubre de 2014. C. P. Enrique de Jesús Gil Botero.

Corte Constitucional colombiana, sentencia C-588 de 5 de diciembre de 2019. M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

### *Normativa*

Congreso de la República de Colombia, Ley 84, “Código Civil”, 26 de mayo de 1873.

Constitución Política de Colombia, 26 de junio de 1991.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147 de 21 de marzo de 2006, por la cual se establecen los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a violaciones manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Sexagésimo periodo de sesiones, tema 71 a) del programa.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/56/83 de 28 de enero de 2002, por la cual se aprueba “La responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”.



**Disponible en:**

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337683228009>

Cómo citar el artículo

Número completo

Más información del artículo

Página de la revista en redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de revistas científicas de Acceso Abierto diamante  
Infraestructura abierta no comercial propiedad de la  
academia

Damela Camacho Vinueza

**Reconceptualización del daño extrapatrimonial a partir  
del enfoque convencional en la reparación integral de  
bienes y derechos convencionalmente protegidos\*\***

**Reconceptualization of Non-Pecuniary Damage Based on  
the Conventional Approach in the Integral Reparation of  
Conventionally Protected Assets and Rights**

*Revista Derecho del Estado*

núm. 62, p. 229 - 263, 2025

Universidad Externado de Colombia,

**ISSN:** 0122-9893

**ISSN-E:** 2346-2051

**DOI:** <https://doi.org/10.18601/01229893.n62.09>