



Revista Digital de Derecho Administrativo  
ISSN: 2145-2946  
Universidad Externado de Colombia

MORILLO-CARRILLO, SEBASTIÁN  
Daño y daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual  
del Estado a partir de la noción de derecho subjetivo  
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 28, 2022, pp. 319-357  
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.11>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503873276011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

# Daño y daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la noción de derecho subjetivo

SEBASTIÁN MORILLO CARRILLO<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente trabajo cuestiona el tradicional entendimiento de los conceptos de *daño* y *daño antijurídico* a partir de las nociones de interés o bien jurídicamente tutelado. Bajo este enfoque, se busca mostrar cómo la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia ubica en el núcleo de la tutela resarcitoria la noción de derecho subjetivo, y cómo los avances de la teoría jurídica aplicados a la responsabilidad extracontractual del Estado pueden tener esta última noción como un buen sustituto. A partir de estas consideraciones, se propone al lector una reinterpretación del daño y del daño antijurídico, así como una mirada renovada de instituciones como el daño moral y la pérdida de oportunidad y de la distinción habitual entre daño y perjuicio.

<sup>1</sup> Abogado y magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Profesional abogado en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Bogotá, Colombia. Correo-e: smmorilloc@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8396-386X>. Fecha de recepción: 12 de febrero de 2022. Fecha de modificación: 19 de abril de 2022. Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2022. Para citar el artículo: MORILLO CARRILLO, SEBASTIÁN, "Daño y daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la noción de derecho subjetivo", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, 2022, pp. 319-357. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.11>

**Palabras clave:** responsabilidad extracontractual del Estado, daño, daño antijurídico, pérdida de la oportunidad, derecho subjetivo, daño moral, perjuicio.

## Damage and Unlawful Damage in The State's Tort Liability from the Notion of Subjective Rights

### ABSTRACT

This paper questions the traditional understanding of the concepts of damage and unlawful damage based on the notions of interest or legally protected asset. In this sense, it is argued that the influence of the Inter-American System of Human Rights in Colombia has placed the notion of subjective rights at the core of the compensatory protection; and how the advances in legal theory applied to the non-contractual liability of the State can use this notion as a good substitute. Based on this understanding, a reinterpretation of the concepts of damage and unlawful damage is proposed, as well as a renewed look at moral damage, loss of opportunity, and the common distinction between damage and harm.

**Keywords:** Tort Liability of the State, Damage, Unlawful Damage, Loss of Opportunity, Subjective Right, Non-pecuniary Damage.

### INTRODUCCIÓN

Desde la mitad de la segunda década de este siglo y a raíz de la influencia creciente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el concepto de derecho subjetivo ha empezado a cobrar relevancia en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En 2014, el Consejo de Estado introdujo por ejemplo una nueva categoría de daño: el *daño a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados*, la cual se sumaba a las ya conocidas de daño emergente, lucro cesante, daño moral, pérdida de oportunidad y daño a la salud<sup>2</sup>. Sin embargo, cuando se piensa en tales categorías

2 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988); y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).

en conjunto, surge la pregunta sobre qué es lo que la tutela resarcitoria de la responsabilidad extracontractual pretende reparar.

Al respecto, conviene recordar a De Cupis cuando indica que el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica<sup>3</sup>. Por tanto, uno de los aforismos más frecuentes en la materia de responsabilidad extracontractual manifiesta que lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Con base en tales postulados, la doctrina tradicional indica que la tutela jurídica de la responsabilidad resarcitoria se despliega para reparar intereses o bienes jurídicamente protegidos que sufrieron un menoscabo a partir de un evento dañoso. Ahora bien, la nueva tipología de daño de la responsabilidad extracontractual del Estado también vincula a los derechos subjetivos con el objeto del daño.

Lo anterior nos lleva a indagar cuál de los conceptos anteriores (interés, bien jurídico o derecho subjetivo) resulta idóneo para demarcar los contornos del daño y la reparación que proporciona la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Anticipando la respuesta, se plantea que, atendiendo a los avances de la teoría jurídica contemporánea, es posible considerar que la tutela resarcitoria que despliega la responsabilidad extracontractual del Estado debe girar en torno a la noción de derecho subjetivo, sin importar la categoría del daño de que se trate.

Sin embargo, optar por una posición como la anterior implica replantear los tradicionales entendimientos de daño y daño antijurídico, así como cuestionarse sobre el contenido del daño moral y la existencia de la perdida de oportunidad como una categoría de daño. En este sentido, se exploran las consecuencias de que la responsabilidad extracontractual del Estado gire en torno a la noción de derecho subjetivo y se plantea una renovada mirada sobre los mencionados asuntos.

Para cumplir con el objetivo propuesto, se acudió a la revisión de doctrina nacional y extranjera sobre la materia y al análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, se propone el siguiente plan de redacción: (1) en un primer momento se hace una reconstrucción de los hechos pertinentes para la evolución jurisprudencial que desembocó en la consolidación de la categoría de daño de afectaciones relevantes a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos. (2) Luego, con el fin de plantear al lector un análisis crítico, se pasa revista de las distintas posiciones de la doctrina nacional y extranjera sobre el contenido del daño y su relación con las nociones de interés, bien juiciable tutelado y derecho subjetivo. (3) Asimismo, se aborda el problema del contenido del daño a partir de elementos de la teoría del derecho, particularmente de la concepción de derechos

3 ADRIANO DE CUPIS, *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch, 1996. p. 107.

subjetivos como posiciones jurídicas. (4) Se hace también una reconstrucción del debate sobre la distinción entre daño y perjuicio y algunos comentarios sobre del aporte a la discusión del uso de la noción de derecho subjetivo. (5) A esto se suma el estudio y cuestionamiento de la tradicional definición de daño antijurídico que se ha extendido en nuestro país. (6) Por último, y tomando como base la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo y las ideas planteadas a lo largo del texto se examinan los efectos del empleo de la noción de derecho subjetivo en dos categorías o tipologías de daño: (6.1) el daño moral y (6.2) la pérdida de la oportunidad.

## 1. EL ACERCAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRAContractUAL DEL ESTADO CON LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO

Un punto de inflexión en el acercamiento de la noción de derecho subjetivo y la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el Caso de la Masacre de Ituango vs. Colombia en 2006<sup>[4]</sup>.

En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) solicitó un peritaje para establecer si dentro del sistema jurídico colombiano existía un recurso procesal efectivo para la reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. El peritaje fue rendido por el profesor Rodrigo Uprimny<sup>5</sup>, quien manifestó que el recurso judicial disponible para la reparación de víctimas del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano era el de "reparación directa". Pero también señaló que tal mecanismo judicial no era un sustituto idóneo de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por tener una serie de limitaciones, entre ellas que el fundamento de la declaración de responsabilidad del Estado no se encuentra en la vulneración de derechos constitucionales o de aquellos contenidos en tratados de derechos humanos, sino que se encuentra en el daño antijurídico, siendo definido este como aquel que la víctima no tiene el deber de soportar<sup>6</sup>. Por consiguiente, "cuando el Consejo de Estado en una sentencia declara a la Nación responsable por la muerte de determinada persona, no puede entenderse que es una declaración de responsabilidad del Estado por violar el derecho a la vida, pues, por ejemplo, puede tratarse de un desafortunado accidente de tránsito, en donde el Estado debe reparar

4 Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia del 1.<sup>o</sup> de julio de 2006, serie C, n.<sup>o</sup> 148.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

pero no hay un sentido estricto de violación al derecho a la vida"<sup>7</sup>. Con fundamento en tal peritaje, la Corte IDH indicó que: "Como bien fue precisado por los peritos Rodrigo Uprimny y Torres Corredor (supra párr. 111.d.1 y 111.d.2), es la producción de un daño antijurídico y no la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de estándares y obligaciones en materia de derechos humanos lo que decreta en su sentencia una autoridad judicial en lo contencioso administrativo"<sup>8</sup>.

Luego de esta sentencia, el Consejo de Estado inició un proceso de transformación con el fin de superar la anterior y otras limitaciones identificadas por la Corte IDH respecto a la reparación de víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Con esto se buscaba evitar condenas internacionales en contra de Colombia, por carecer de un recurso judicial efectivo y adecuado en materia de reparación por vulneración de derechos humanos<sup>9</sup>. Uno de los cambios que propició se vio reflejado en las llamadas "sentencias gemelas" del 14 de septiembre de 2011, en las que, además de unificar su posición frente al denominado daño a la salud, se abrió la puerta a la reparación, como daño autónomo, de cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado, que no estuviera comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica"<sup>10</sup>. Lo anterior llevó a que tres años después, mediante dos sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014<sup>[11]</sup>, se reconociera

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 ENRIQUE GIL BOTERO, *La constitucionalización del derecho de daños: Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá: Editorial Temis, 2014, p. 52.

10 "En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, Rad. 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031). Véase también Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, Rad. 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222).

11 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). Véase también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).

una nueva categoría autónoma de daño inmaterial, denominada *daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos*.

Los hechos que dieron lugar a una de las primeras providencias que abordó esta categoría de daño giraron en torno al asesinato y la desaparición forzada de varios miembros de una familia del municipio de Apartadó, en el departamento de Antioquia, a manos del Ejército Nacional de Colombia. Frente a estos sucesos el Consejo de Estado encontró que la actividad del Ejército no solamente vulneró derechos fundamentales contenidos en la Carta Política, sino que además vulneró los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, entre los daños que se condena a reparar se encuentra el *daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados*. De acuerdo con esa corporación, la tipología de daño mencionada consiste en un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación relevante a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Adicionalmente, se trata de un daño autónomo, con lo cual, el reconocimiento y reparación de este tipo de daño no están condicionados a la configuración de otras categorías de daño tradicionalmente reconocidas, como los perjuicios materiales, el daño a la salud o el daño moral<sup>12</sup>.

Ahora bien, la sentencia mencionada no solamente se limitó a caracterizar la nueva tipología de daños, sino que, además, estableció cuáles son los criterios para su reparación, entre los que destacan, por un lado, el de restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales afectados para que las víctimas puedan volver a disfrutar de sus derechos; y por otro, instituye al juez de la responsabilidad extracontractual como un reparador integral de derechos vulnerados<sup>13</sup>. Con esto, los derechos

12 "i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial. ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales. iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral". Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).

13 "i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; [...] vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados". *Ibid.*

constitucionales entraron a hacer parte de la tutela resarcitoria de la responsabilidad extracontractual del Estado y, por tanto, se encuentran en el núcleo del objeto del daño.

Conviene llamar la atención sobre un punto importante: el Consejo de Estado, en la evolución jurisprudencial que derivó en la creación de la nueva categoría de daño inmaterial, ha usado los términos *interés, bien y derecho* para señalar que pueden ser objeto de reparación. Sin embargo, no se ha detenido en establecer en qué se diferencian estos conceptos unos de otros.

## 2. EL CONTENIDO DEL DAÑO: ¿BIENES, INTERESES O DERECHOS?

Algunos de los comentarios que ha merecido la nueva categoría de daños por parte de la doctrina refieren que adolece de una gran vaguedad, especialmente en cuanto a su objeto. Del mismo modo, se considera que no hay contornos claros ni una definición precisa que facilite su comprensión<sup>14</sup>. Es por esto que se cree que se trata de una mega categoría o de una "bolsa en la cual se incluyen todos los daños extrapatrimoniales diferentes al moral y del daño a la salud"<sup>15</sup>. Esto, por cuanto se argumenta que todo daño supone la violación de un derecho constitucional, algunos de los cuales corresponden a derechos fundamentales<sup>16</sup>. No obstante, la posición que se pretende exponer en este documento se aleja de las críticas reseñadas, toda vez que, a partir de la noción de *derecho subjetivo*, es posible lograr una mayor precisión del daño y daño antijurídico y una mejor delimitación de la tutela resarcitoria de la responsabilidad extracontractual del Estado. Esto se debe a que la noción de *derecho subjetivo* permite un entendimiento normativo de la responsabilidad extracontractual del Estado, a través de la cualificación del objeto del daño y por ende del objeto de la tutela jurídica resarcitoria, a la vez que aleja los riesgos de la proliferación de rubros indemnizables, que genera la vaguedad de conceptos de uso recurrente como *interés* o *bien jurídicamente protegido*<sup>17</sup>. Es

14 MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 44.

15 DIANA RUEDA PRADA. *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: Comentarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado*, Bogotá: Editorial Ibáñez, 2015, p 110.

16 MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*, op. cit., p. 45.

17 La determinación de la existencia del daño a partir de nociones como *interés legítimo* o *bien jurídicamente protegido* depende mucho de la discrecionalidad del intérprete, en tanto que permiten alegar con facilidad la existencia de un daño ante cualquier situación

por esto que el análisis de los derechos presuntamente afectados en un caso en concreto, sean estos constitucionales o no, facilita un estudio más riguroso sobre la existencia del daño y su alcance, al igual que ayuda a tomar mejores decisiones respecto al contenido de la reparación. Por ende, se trata aquí de mostrar las dificultades y las falencias técnicas que se encuentran detrás del uso tradicional de los conceptos de *bienes jurídicamente tutelados*, *interés jurídicamente tutelado* o *interés legítimo* para explicar el contenido conceptual del daño. De igual forma, se intentará poner en evidencia la utilidad de la noción de derecho subjetivo para un entendimiento más armónico y preciso de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia.

## 2.1. LA VAGUEDAD DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICAMENTE PROTEGIDO COMO OBJETO DEL DAÑO Y DE LA TUTELA RESARCITORIA

Para la doctrina, el daño puede ser entendido de dos maneras: como lesión de un bien o como lesión de un interés<sup>18</sup>. Sin embargo, los límites entre uno y otro concepto no son del todo claros. A esta falta de precisión se suma el hecho de que nociones como bien jurídico protegido pueden a su vez aparecer como bastante etéreos. Como muestra de esas dificultades se pasa a reseñar las definiciones que sobre tales conceptos han arriesgado algunos de los autores más importantes en la materia.

En este sentido, autores como De Cupis afirman que el término *bien* se remonta al derecho romano, encontrándose contenida en el Digesto. Por *bien*, indica, debe entenderse todo aquello que resulta idóneo para satisfacer una necesidad humana<sup>19</sup>. No obstante, según el mismo autor, lo que la tutela jurídica protege del daño no son los bienes en sí mismos considerados, sino el *interés* o la posibilidad de que una necesidad humana sea satisfecha mediante un bien<sup>20</sup>. Adicionalmente, señala que cuando la tutela resarcitoria de un interés particular se encuentra en manos de su titular y actúa a su merced, es decir, este puede exigir la tutela resarcitoria o no, tal interés se

que se presente como injusta, sin que necesariamente lo sea. Es así, por ejemplo, que en algunos países se ha pretendido que se repare, sin mucho éxito, afectaciones a la felicidad o a una vida libre de frustraciones. Por su parte, la noción de derecho subjetivo brinda un entendimiento más normativo y requiere un mayor esfuerzo de argumentación a la hora de sustentar la existencia del daño, dado que no bastan hechos brutos, como, por ejemplo, algún padecimiento físico, para acreditar la afectación de un derecho. Aunque es apenas obvio que tales sentimientos son insumos para pretender una protección jurídica, estos están sometidos a un análisis de criterios normativos institucionales para determinar la existencia de posiciones jurídicas o normativas.

- 18 JUAN MANUEL PREVOT, *La obligación de seguridad*, 2.º ed., Bogotá: Editorial Temis, 2012, p. 28.
- 19 ADRIANO DE CUPIS, *El daño*, op. cit. pp. 115-118.
- 20 *Ibid.*

encuentra tutelado como un derecho subjetivo<sup>21</sup>. Se observa de esta manera una correlación, más no una identidad, entre bienes e intereses jurídicamente tutelados, dentro de los cuales se encuentran los derechos subjetivos.

Posición distinta es la de Barros Bourie, quien plantea que el *bien jurídico* es todo interés legítimo y relevante que resulte digno de tutela. Aun así, sostiene que no todo interés legítimo digno de la tutela resarcitoria conforma un derecho subjetivo. De ahí que el *daño* pueda ser definido como "todo menoscabo que experimente un individuo en su personalidad y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial"<sup>22</sup>. Bajo tal entendido, no resulta necesario acreditar la vulneración de un derecho subjetivo para obtener una tutela resarcitoria. Así las cosas, el daño es toda afectación a un interés legítimo, coincide este o no con un derecho subjetivo. Pese a ello, el autor reconoce que tal concepción apareja el riesgo de asociar al daño que pueden calificarse con simples molestias o turbaciones, con lo cual la noción normativa de daño no tendría límites controlables<sup>23</sup>.

Otro punto de vista sobre la relación de bienes jurídicos y derechos es la de Hernández Terán, quien señala que la finalidad de todo derecho es la protección de un bien jurídico determinado. En ese sentido, este último puede ser entendido como elementos materiales o inmateriales que los derechos protegen, para que puedan ser disfrutado de forma pacífica y resguardado por acciones judiciales en caso de perturbaciones<sup>24</sup>.

De lo anterior se extrae al menos tres acepciones de *bien jurídico*: (1) como todo aquello que permite la satisfacción de una necesidad, (2) como interés legítimo y (3) como objeto de protección de los derechos. Las diferencias entre los conceptos expuestos denotan el grado de indeterminación del término, por lo que su uso en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado implica una predisposición al ensanchamiento sin límites del objeto del daño y la falta de precisión a la hora de determinar qué es aquello que se pretende cobijar bajo la tutela resarcitoria.

21 *Ibid.*

22 ENRIQUE BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 221.

23 "[...] la definición de daño como la lesión a un interés tiende a acercar el concepto normativo de daño a las situaciones de hecho que calificamos como molestia, menoscabo o turbación. Como se podrá comprender, el riesgo correlativo de una definición amplia de daño es la expansión sin límites controlables de la responsabilidad". *Ibid.* p. 222.

24 MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ TERÁN, *El contenido esencial de los derechos y su aplicación jurisprudencial*, Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2015, p. 111.

## 2.2. LA OBSOLESCENCIA DEL INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO Y DEL INTERÉS LEGÍTIMO COMO OBJETO DEL DAÑO Y DE LA TUTELA

De lo ya visto asoman dos nuevas nociones: el interés jurídicamente protegido y el interés legítimo. Dichas nociones han tenido amplia acogida por la doctrina nacional a la hora de postular una definición de daño. Sin embargo, algunos autores nacionales usan el término *interés* como sinónimo del concepto de *derecho subjetivo*, y otros, por el contrario, lo usan como un concepto distinto y paralelo.

Dentro del primer grupo, por ejemplo, Martínez Rave define el *daño* como "la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo: basta que sea un interés patrimonial del ofendido, el que se afecte para que exista el daño"<sup>25</sup>. Por otra parte, más recientemente Henao postuló que "dañó es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos"<sup>26</sup>.

Dentro del segundo grupo, se encuentran por ejemplo la definición de *daño planteada* por González Briceño: "la alteración negativa e ilícita de los bienes e intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de la víctima como consecuencia del hecho dañoso"<sup>27</sup>. También es posible mencionar aquella propuesta por Tamayo Jaramillo en su *Tratado sobre la responsabilidad civil*, la cual se encuentra en concordancia con la noción de interés señalada por De Cupis, como "daño civil es el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial"<sup>28</sup>. Este autor también ha señalado que es un error considerar que solamente son indemnizables los daños extrapatrimoniales que se derivan de la vulneración de derechos humanos o constitucionales, pues basta con que se afecte un beneficio o ventaja que la vida le brinda a una persona. En suma, todo bien de la vida que no se encuentre prohibido<sup>29</sup>.

25 GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 256.

26 JUAN CARLOS HENAO, "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", en Juan Carlos Henao y Andrés Ospina (eds.), *La responsabilidad extracontractual del Estado. ¿Qué? ¿Por qué? ¿Hasta dónde?* XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 35.

27 ÁLVARO GONZÁLEZ BRICEÑO, "El daño o perjuicio", en Marcela Castro Cifuentes (coord.), *Derecho de las obligaciones*, t. II, Bogotá: Editorial Temis, 2010, p. 52.

28 JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Bogotá: Legis, 2007, p. 326.

29 JAVIER TAMAYO JARAMILLO, "Qué es el daño", en Javier Tamayo Jaramillo (ed.), *Nuevas reflexiones sobre el daño*, Bogotá: Legis, p. 5.

Por su parte, Gil Botero sostiene no solo que el daño comporta la vulneración de un interés legítimo, sino que tal concepción brinda una mayor tutela que considerar al daño como afectación de un derecho subjetivo<sup>30</sup>. Entre aquellos casos que el autor colombiano cita como ejemplos de las limitaciones a la reparación de que tendría entender el daño como afectación a un derecho subjetivo se encuentra el de la muerte o lesión de uno de los integrantes de una pareja homosexual o el daño que sufren quienes se benefician de la ayuda de un tercero a quien se le da muerte. En tales hipótesis, "no podrían exigir judicialmente la reparación por carecer de un derecho subjetivo, pero de manera diáfana emerge un interés legítimo que se ha afectado"<sup>31</sup> y que requiere ser reparado en virtud de la equidad.

De lo expuesto por este último autor se infiere que el interés legítimo hace referencia a una situación jurídica precaria que se ubica en una posición intermedia entre el derecho subjetivo y el mero interés o el interés jurídicamente no tutelado. Ante tal panorama, el uso de la noción de interés legítimo como elemento central del daño brinda la sensación de una mayor protección y garantismo sobre las distintas afectaciones que puede sufrir una persona. No obstante la apariencia de mayor tutela jurídica, existen objeciones a tal noción. La primera de ellas es la dificultad para establecer contornos claros entre los intereses legítimos y los derechos subjetivos, e incluso los problemas que implica diferenciar conceptualmente entre interés jurídicamente tutelado y derecho subjetivo. Al respecto, es importante recordar que Ihering planteó en 1865 en su libro *El espíritu del derecho romano* que los derechos son intereses jurídicamente protegidos y el derecho (subjetivo) es la seguridad jurídica del goce<sup>32</sup>.

Comparativamente, en el derecho italiano, el interés legítimo puede hacer referencia al menos a dos situaciones: (1) a un interés ocasionalmente protegido o (2) a un derecho debilitado o degradado<sup>33</sup>; pero en todo caso, a la hora de ubicar conceptualmente tal término, señala que "es bastante claro que el 'interés legítimo' solo puede ser el nombre de un peculiar derecho subjetivo entendido en sentido amplio"<sup>34</sup>. En el derecho español se considera a su vez al interés legítimo como un derecho subjetivo atípico que se puede

30 "Entender el daño en el horizonte de quebrantamiento a un interés legítimo, permite tener una visión omnicomprensiva del fenómeno dañoso, más allá de las limitaciones que suponía circunscribirlo al estrecho ámbito del derecho subjetivo y que implicaba desconocer realidades que clamaban por su resarcimiento". ENRIQUE GIL BOTERO, *Tra-*  
*tado de responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020, p. 94.

31 *Ibid.*, p. 50.

32 RUDOLF VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*, Bogotá: Leyer, 2005, p. 695.

33 RICCARDO GUASTINI, *La sintaxis del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 100-103.

34 *Ibid.*, p. 101.

denominar *reaccional e impugnatorio*, y que nace para el ciudadano cuando la Administración con su actuar ilegal afecta la órbita de sus intereses materiales o morales<sup>35</sup>. Posturas que suman a la ya difícil determinación del concepto en el derecho nacional.

Otra de las críticas que se puede elevar frente a la noción de interés legítimo es la obsolescencia de su uso para brindar una mayor tutela jurídica sobre el administrativo frente a las actuaciones de la administración. En efecto, el concepto de interés legítimo durante el siglo XIX permitió que los ciudadanos afectados por decisiones administrativas pudieran tener la capacidad de exigir el control y legalidad sobre un número más amplio de actos de la administración. No obstante, tales teorías tradicionales se encuentran en crisis tras la entrada en escena del discurso de los derechos constitucionales y de los derechos humanos<sup>36</sup>. Actualmente, puede ser difícil encontrar un interés legítimo que no implique un derecho humano reconocido por tratados internacionales, por la constitución o la ley, o que no resulte de la concreción de los dos primeros. En ese sentido, si un interés es jurídicamente relevante, seguramente será posible encajarlo dentro de los derechos que ya se tienen reconocidos. También se considera que, en virtud de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad en materia de derechos humanos, no sería posible reducir estos últimos a meros intereses legítimos, es decir, darles un tratamiento como si se tratara de normas de menor importancia que los derechos subjetivos<sup>37</sup>. De ahí que se propenda a que la noción de interés legítimo se interprete en términos de derechos (en consonancia con los conceptos de derechos constitucionales y humanos) y más precisamente con las violaciones o afectaciones a derechos. De este modo, tener un interés legítimo no es otra cosa que el equivalente a que se ha afectado un derecho<sup>38</sup>.

A partir de un análisis histórico del concepto de *interés legítimo* en el ámbito del derecho administrativo, se indica además que su nacimiento en el derecho europeo continental no tuvo como fin el de enriquecer la teoría de las situaciones activas heredadas del derecho civil; sino que, en el marco de planteamientos anti individualista y totalitarios, este surge con el propósito de excluir las consecuencias jurídicas de llamar derecho a ciertas obligaciones que recaen sobre la Administración, consecuencias tales como

35 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Bogotá: Temis, 2008, p. 41.

36 JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México: Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2017, p. 116.

37 *Ibid.*, p. 106.

38 *Ibid.*, p. 112.

solicitar su observancia o la de exigir una protección judicial plena<sup>39</sup>. En este orden de ideas, entender que alguien es titular de un derecho implica la posibilidad de una tutela plena y eficaz, a diferencia de considerar que es titular de un interés legítimo cuyo correlato es una justicia frágil y parcial. La tutela plena conlleva que el juez no solamente pueda declararla existencia de los derechos, sino que pueda tutelarlos cautelarmente y mediante órdenes coercitivas directas.

Pese al uso original de la noción de interés legítimo, esta se identificó posteriormente en el derecho español (al igual que en nuestro sistema jurídico colombiano) como catalizadora de mayor protección sobre el individuo. Esto para autores como Medina Alcoz tenía sentido en el marco del Estado de derecho, pero en el actual paradigma constitucional parece subjetivizar tal institución convirtiéndolo en un modelo de *Estado de derechos*, en el que la proliferación de estos y la búsqueda de una tutela judicial efectiva frente a la actividad de la Administración, conlleva pensar que la noción de interés legítimo no logra nada que no proporcione el concepto de derecho subjetivo<sup>40</sup> y que se trata de un fósil o la huella de lago que desapareció<sup>41</sup>. La anterior refleja también una realidad en el ordenamiento jurídico colombiano, donde la noción de interés legítimo como elemento estructurante del daño no parece brindar algo adicional o superior a lo que puede aportar el concepto de derecho subjetivo.

Una tercera objeción que se puede elevar al uso de la noción de interés legítimo o de interés jurídicamente tutelado en el momento de establecer el objeto del daño (la cual también se enunció frente a la posibilidad de entender como objeto del daño a los bienes jurídicamente protegidos) consiste en que su indeterminación conceptual es un elemento amplificador de la responsabilidad extracontractual, cuyos únicos límites parecen encontrarse en la fantasía del intérprete judicial<sup>42</sup>. Hoy, todo interés, por serio, noble o frívolo que sea, aspiraría a una tutela resarcitoria<sup>43</sup>.

39 LUIS MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 245 -247.

40 *Ibid.* p. 248.

41 “¿Qué es el interés legítimo? En el derecho administrativo español actual es un fósil, un vestigio, la huella de algo que ha desaparecido. Del ‘interés legítimo’ queda solo el nombre; el ordenamiento jurídico mantiene el significante, pero le ha hurtado su significado histórico al independizar la tutela judicial efectiva de la finalidad protegida por las normas jurídico-administrativas”. *Ibid.*, p. 272.

42 EDGAR CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona: El daño a la salud en la experiencia italiana, un modelo para América Latina?*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 39-43.

43 *Ibid.* p. 41.

Un elemento tan ambiguo como el *interés legítimo* o el *interés jurídicamente protegido* genera la proliferación de rubros indemnizables, trayendo consigo el peligro de indemnizar daños bagatelares o microdaños que se acercan mucho a la simple noción de molestia o fastidio. Tal como ha sucedido, por ejemplo, en algunos países con la solicitud de indemnización por afectación a la felicidad o a la de una vida libre de frustraciones<sup>44</sup>.

Ejemplo nacional de estas dificultades son las categorías de daños inmateriales que el Consejo de Estado ensayó hasta 2011<sup>[45]</sup>. Estas categorías parecían estar guiadas bajo el precepto del daño como afectación de un bien jurídico tutelado o en última instancia a un interés legítimo y, por supuesto, no en la afectación de un derecho subjetivo como tal. De esta manera, el denominado *perjuicio biológico* no consideraba el daño en un sentido jurídico como vulneración al derecho a la integridad física, sino que se volcaba sobre la entidad biológica del *cuerpo de la persona*; de igual forma, el perjuicio de agrado o de desagrado sobre *las dificultades en la realización de actividades cotidianas*, de modo similar la alteración a las condiciones de existencia, o afectación a la vida de relación, carecían de un contenido normativo y se acercaban a un menoscabo, turbación o molestia<sup>46</sup>. Incluso el daño a la salud, por su denominación parece referirse más al *bien jurídico salud* que al derecho constitucional a la salud<sup>47</sup>.

Las anteriores objeciones pueden analizarse brevemente si se vuelve por un momento a los ejemplos brindado por autores como Gil Botero, esto es,

44 MILAGROS KOTEICH KHATIB, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 76-80.

45 Véase, por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de mayo de 1993, Rad 7428. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de noviembre de 1997, Rad. 10421. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, Rad. 11842. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, Rad. 19001-23-31-000-2003-00385-01(AG).

46 ENRIQUE BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

47 Cuando el Consejo de Estado decidió realizar el trasplante jurídico de esta tipología de daño, no cuestionó el *nomen iuris* de la nueva categoría de daño, como tampoco el fundamento constitucional que se le iba a otorgar, con lo cual se generó cierta incoherencia. El derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política colombiana consiste en el derecho al acceso a los servicios de salud. Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007, este derecho fundamental puede entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel de salud posible. De ahí que pueda considerarse que más que un daño a tal derecho fundamental, lo que la tipología de daño "daño a la salud" intenta reparar es la afectación al derecho a la integridad personal, derecho consagrado en el artículo 5.<sup>º</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos, integrado por vía del bloque de constitucionalidad y recogido en el artículo 12 de la Constitución Nacional.

el de la muerte o lesión de uno de los integrantes de una pareja homosexual o el daño que sufren quienes se benefician de la ayuda de un tercero a quien se le da muerte. En el primer caso, reducir la condición de las parejas homosexuales a simples intereses jurídicos y no a plenos derechos subjetivos perpetua el trato discriminatorio frente a estas formas de familia, pues se considera que se trata de situaciones jurídicas de segunda categoría que no merecen una tutela judicial plena como los derechos subjetivos. El segundo caso refleja el riesgo que recae sobre la responsabilidad extracontractual de una ampliación sin límites de rubros indemnizables. Una persona que brinda ayuda económica a otros individuos sin que nada lo obligue a ello, en cualquier momento puede dejar de hacerlo, y las personas a quienes ayuda no se encontrarán facultados a demandar para que el apoyo económico continúe. En ese orden de ideas, se trata de una solidaridad entre los individuos que no resulta exigible jurídicamente, y mal haría la responsabilidad extracontractual en volverla forzosa para el Estado a raíz de la causación de un daño.

### 2.3. LOS DERECHOS SUBJETIVOS COMO NUEVO CENTRO DEL OBJETO DEL DAÑO Y DE LA TUTELA RESARCITORIA

Una manera de brindar mayor claridad y precisión a la responsabilidad extracontractual del Estado es erigir al concepto de derecho en el centro del objeto del daño; sea que se trate de derechos con contenido económico o no. Esto permite un entendimiento normativo de la responsabilidad extracontractual del Estado a través de la cualificación del objeto del daño y, por ende, del objeto de la tutela jurídica resarcitoria. Con ese fin, se trata entonces de elevar los sentimientos, intereses o necesidades a posiciones normativas, es decir, tornar hechos brutos, en hechos normativos<sup>48</sup>.

Ahora bien, entender el objeto del daño en términos de derechos no es nada nuevo en la doctrina civilista nacional. Esta postura es defendida por Valencia Zea y Ortiz Monsalve<sup>49</sup>, quienes manifiestan que aquellos que consideran que el daño no supone necesariamente la lesión de un derecho subjetivo, parten de una concepción anticuada de la naturaleza de la reparación de daños en el derecho civil o de una concepción estrecha de los derechos

48 RODOLFO ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2.º ed., Bogotá: Legis, 2012, p. 309.

49 "No es suficiente la noción según la cual el daño es la supresión o disminución de cualquiera de los bienes que sirven al hombre para la satisfacción de sus necesidades, porque la palabra bien es vaga, y si agregamos que debe tratarse de un bien protegido por el ordenamiento jurídico, estamos diciendo que debe referirse a un derecho subjetivo, pues estos no son otra cosa sino bienes o intereses jurídicamente protegidos". ARTURO VALENCIA ZEA y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. III, Bogotá: Editorial Temis, 2010, pp. 227- 228.

subjetivos. Estos autores anotan que la víctima que pretenda una reparación debe acreditar la lesión de un derecho; sin embargo, no siempre se tratará de un derecho adquirido. El daño también supone la no adquisición de un derecho que legítimamente podría adquirirse<sup>50</sup>. Asimismo, se señala que el daño es la lesión de una derecho que puede tener contenido económico y hacer parte de su patrimonio o un derecho que carezca de tal contenido como la salud o la integridad corporal<sup>51</sup>.

Estas posturas civilistas no resultan extrañas, como tampoco es insólito que a partir de su proceso de constitucionalización, el derecho administrativo vuelva sus ojos nuevamente hacia ese concepto como configurador de la responsabilidad extracontractual, dado que la noción de derecho subjetivo fue asumida en primer lugar por el derecho civil y transferida posteriormente al derecho constitucional como elemento constitutivo de la sociedad, en donde se ha expandido más allá de sus límites tradicionales<sup>52</sup>. Pero a partir del recorrido doctrinal y conceptual expuesto, se considera que las nociones de bien jurídico, interés jurídico e interés legítimo, por su vaguedad e imprecisión y por la tendencia a generar una hipertrofia de la responsabilidad extracontractual, no resultan idóneas para asumir el papel de objeto del daño.

Tal posibilidad era aceptable en el Estado decimonónico como una forma de brindar mayor protección al ciudadano, cuyos derechos se restringían a unos pocos, generalmente a la propiedad y a algunas libertades tradicionales<sup>53</sup>. Hoy día nos encontramos frente al derecho de los derechos, es decir, a un derecho marcado por el lenguaje de los derechos, el cual tiene como consecuencia una multiplicación de los derechos jurídicos, no solamente a través del ejercicio del legislador, sino también a partir de la actividad judicial<sup>54</sup>. Bajo esos parámetros, la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado y la formulación de la nueva categoría de daño permiten hacer expresa la relación intrínseca entre el concepto de *derecho*

50 *Ibid.*, p. 229. Lo que sin duda se relaciona con la verosimilitud (más que certeza), como elemento necesario para la reparación del daño.

51 “[...] el daño para el Código Civil es la lesión de un derecho, de un derecho de aquellos que por tener contenido económico integran el patrimonio de una persona, en particular la violación, detrimento, o menoscabo de un derecho real o de un derecho personal o de crédito, pero se da también cuando se lesionan los derechos que tienen toda persona sobre su vida, salud, integridad corporal”. HERNANDO TAPIAS ROCHA, “La Concepción del daño en el Código de Bello”, en Fabricio Mantilla, *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, p. 207.

52 GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 11.<sup>º</sup> ed., Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 82.

53 JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 99-100.

54 JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos: Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 153- 154.

(derecho subjetivo) y el concepto de *daño*, pues centra al primero en el núcleo del objeto del segundo. Siguiendo a Rodolfo Arango, es posible afirmar que una teoría de los derechos subjetivos tiene la vocación de convertirse en una teoría de los daños probables y actuales<sup>55</sup>. En ese contexto, la nueva categoría de daño (daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegido) pone de presente que el objeto del daño y de la contemporánea responsabilidad extracontractual del Estado son los derechos y no los bienes o los intereses jurídicos. Sin embargo, es siempre necesario tener en cuenta que no toda afectación a un derecho constituye su vulneración, especialmente si se tiene en cuenta que los derechos pueden operar no solo como reglas, sino también como principios (especialmente los derechos fundamentales y los derechos humanos). Esto lleva a que su alcance se determine a partir de una situación concreta, en la cual con seguridad deberá hacerse una ponderación respecto a otros derechos o fines sociales<sup>56</sup>.

### 3. LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO Y SU CORRELACIÓN CON EL CONCEPTO DE DAÑO

Alrededor de la noción de daño orbita la responsabilidad extracontractual y la tutela resarcitoria que esa institución despliega sobre los sujetos de derechos que han sufrido el daño. Por lo que el replanteamiento de este tipo de responsabilidad en el marco de un derecho administrativo en constante proceso de constitucionalización y convencionalización implica necesariamente su entendimiento a partir del lenguaje de los derechos y la formulación de una noción de daño que se compagine con tal punto de vista. De esta manera, se considera que es posible entender *daño* como toda privación, vulneración o afectación al goce pacífico de un derecho subjetivo individual o colectivo, independientemente de que se trate de derechos con contenido económico o de aquellos que carezcan de tal.

En cuanto al concepto de derecho subjetivo que fundamenta la propuesta de entendimiento del daño, este puede ser definido como relación o posición jurídica. Esta noción de derecho subjetivo indaga por las propiedades normativas de las personas y las acciones, y por las relaciones normativas entre las personas o entre las personas y el Estado<sup>57</sup>. A manera de ejemplo, cuando se indica que una persona tiene derecho a expresar libremente su

55 RODOLFO ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 352.

56 JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, op. cit., p. 116.

57 ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993, p 178.

opinión, es posible afirmar que esa persona se encuentra frente al Estado y los demás individuos de la sociedad en una posición en la que le es posible expresarse libremente.

Autores como Arango explican, por su parte, que un derecho subjetivo como posición normativa o posición jurídica implica necesariamente la existencia, entre otras cosas, de una norma jurídica y de una obligación jurídica. Si bien todo derecho descansará en una norma jurídica válida, no toda norma jurídica consagra un derecho. De igual manera sucede con las obligaciones, en la medida en que no toda obligación derivada de una norma jurídica impone un derecho, tal como sucede con algunas de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone al Estado en la búsqueda de un beneficio para el interés general<sup>58</sup>.

Aquí es necesario precisar que los derechos subjetivos no se limitan a aquellas posiciones jurídicas que se derivan de manera expresa de obligaciones contenidas en normas jurídicas, sino que serán también todas aquellas posiciones jurídicas que se le pueda adscribir a un enunciado normativo o a una red de enunciados normativos por medio de razones válidas; esto es, las que puedan ganarse con la ayuda de la argumentación jurídica<sup>59</sup>. De esta manera, la posición jurídica, pese a suponer la existencia de una norma jurídica y de una obligación jurídica (que obliga a otro a dar, hacer o dejar de hacer algo), no se agota en estos elementos, sino que vincula el poder jurídico de perseguir un interés propio.

En relación con lo que puede entenderse por una posición jurídica, se entiende que "desde una perspectiva lógica, una posición es la relación deónica (OsaG) de acuerdo con la cual el individuo (a) está en la situación de poder exigir algo (G) de otro (s). En sentido sustancial o de contenido, una posición jurídica es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida *prima facie* por que dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo. En sentido político, una posición significa que el individuo es tomado en serio"<sup>60</sup>. Sin embargo, un derecho subjetivo puede implicar la conjunción de una serie de relaciones o posiciones jurídicas<sup>61</sup>. Las posiciones jurídicas generalmente adoptarán las siguientes formas: (1) derecho a algo, (2) libertad, (3) competencia e (4) inmunidad, la cuales guardan una íntima relación con los correlativos: (1) deberes, (2) no-derechos, (3) sujetaciones y (4) no-competencias<sup>62</sup>.

58 RODOLFO ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 9-14.

59 *Ibid.*, p. 21.

60 *Ibid.*, p. 20.

61 JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos*, op. cit., p. 34.

62 "El derecho a algo es una posición Jurídica en la que el titular (en adelante: T) tiene un derecho a que el destinatario (en adelante: D) haga u omita algo (en adelante X). De

En línea con lo anterior, el daño también podrá entenderse como la afectación negativa o privación de una o varias posiciones jurídicas de las que sea titular un individuo o un colectivo. Pero no cualquier perturbación que sufra una persona podrá considerarse daño. Al respecto, "el que no todos los fenómenos del orden físico obtengan relevancia jurídica, es un principio general válido también en lo concerniente al daño. El derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación"<sup>63</sup>.

A su turno, sería sumamente peligroso considerar que cualquier miedo, frustración, riesgo o molestia a los derechos ajenos pueda ser considerado daño, pues esto llevaría a la petrificación de la libertad o del accionar del Estado, ante el temor de que cualquier acción pueda conducir al pago de una indemnización o al cumplimiento de otro tipo de medida jurídicamente relevante<sup>64</sup>. Así mismo, estimar que cualquier mala suerte puede dar lugar a demandar a un tercero para atribuirle nuestras desgracias socava la idea sobre la que se asienta cualquier modelo de Estado<sup>65</sup>. En efecto, existen una serie de cargas y perturbaciones que una persona debe soportar y que, para el derecho, al menos para el derecho de daños resultan irrelevantes, porque de lo contrario sería imposible la vida en sociedad.

No sería entonces posible considerar daño el sufrimiento por un amor no correspondido o el que puede ocasionar en algunos hinchas la no clasificación de la selección nacional de futbol a un campeonato del mundo. Estas situaciones no pueden considerarse un daño, por cuando no sería factible alegar que existe una posición o relación jurídica que implique una protección al individuo frente a estos avatares de la vida. Caso contrario sucede con el dolor que causa la muerte de un ser querido a raíz de, por ejemplo, un mal manejo o custodia de las armas que pertenecen al Estado. Evento en el cual puede señalarse que el Estado vulneró una posición jurídica de indemnidad,

manera correlativa, D tiene un deber de hacer un omitir X frente a T. La libertad es una posición jurídica en la T es libre frente a D para hacer X. De manera Correlativa, D carece de un derecho a algo para impedir que T haga u omita X. La competencia es una posición jurídica en la que, mediante una acción o un conjunto de acciones de T, puede modificarse la situación jurídica de D. De manera correlativa, D tiene una sujeción. D está sujeto a que su situación jurídica pueda modificarse como consecuencia de la acción o las acciones de T. La inmunidad es una posición jurídica en la que la situación jurídica de T no puede ser modificada por las acciones de D. De manera correlativa, D carece de competencia para modificar, mediante sus acciones, la situación jurídica de T". CARLOS BERNAL PULIDO, *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica: Escritos de derecho constitucional y teoría jurídica*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 27.

63 ADRIANO DE CUPIS, *El daño*, op. cit. p. 84.

64 LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL, "El concepto del daño", en Javier Tamayo Jaramillo (ed.), *Nuevas reflexiones sobre el daño*, Bogotá: Legis, 2017, p. 106.

65 *Ibid.*

causando sufrimiento y vulnerando la integridad espiritual de la persona, es decir, causando un daño moral<sup>66</sup>.

Adicionalmente, no todo daño resulta resarcible. Es decir que no toda alteración negativa o privación de una posición jurídica hace emerger para la víctima el derecho a ser reparado y la correlativa obligación para un tercero de reparar al sujeto dañado. Puede suceder que la víctima tenga que soportar el daño sufrido, por ejemplo, por tratarse de una situación de culpa exclusiva de la víctima<sup>67</sup>.

También es posible que el daño provenga de la actuación de terceros y aun así la víctima deba soportarlo. Gran parte del ordenamiento jurídico consiste en reglas que le permiten a la gente dañar a los otros, aunque también existe un perímetro de obligaciones y prohibiciones que ponen límites importantes al daño que está permitido<sup>68</sup>. Para exemplificar tal situación puede tomarse el caso de los dos boxeadores: cada contendiente goza de la libertad de dar a su oponente golpes reglamentarios y ambos carecen del derecho a exigir que el otro se abstenga a su vez de golpearlo. Sin perjuicio del perímetro de protección de derechos y deberes que cada uno ostenta dadas las reglas del boxeo, tales como el derecho a no recibir golpes bajos y el deber correlativo de no propinarlos<sup>69</sup>. Este es un ejemplo claro de que el sistema jurídico permite ciertas afectaciones, interferencias o limitaciones a los derechos subjetivos, y que por encontrarse permitidos deberán ser soportados por el titular del derecho subjetivo afectado, sin que ello implique necesariamente el surgimiento de un derecho a ser reparado y la correlativa obligación de un tercero de reparar.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, no es extraño que este interfiera en derechos subjetivos con sus actuaciones lícitas<sup>70</sup>.

66 Véase, por ejemplo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 30 de julio de 2021, Radicación: 76001-23-31-000-2006-02553-01(47236).

67 Véase, por ejemplo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 22 de noviembre de 2021, Radicación 68001-23-31-000-2012-00235-01(56684).

68 JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos*, op. cit., p. 34

69 Frente a este ejemplo, Cruz Parcero concluye que "por un lado, el hecho de que la libertad de uno sólo implica el no-derecho de otro y, en ese sentido, queda un margen en el que cierto daño o interferencia está permitido; por el otro, que en un sistema jurídico habrá siempre un perímetro de deberes y prohibiciones que acotan el daño o interferencia". JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos*, op. cit., p. 35.

70 Muestra de lo anterior son las limitaciones que el Estado impone sobre algunos bienes inmuebles en virtud de la función social y ecológica de la propiedad. En ese sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que la modificación de los usos del suelo no constituye un daño antijurídico, en tanto que se trata de una carga que los particulares se encuentran en el deber de soportar. Por ejemplo, si bien la declaratoria de reserva

Afectaciones que, en principio, deberán ser soportadas por los particulares, salvo que se trate de la concreción de un riesgo creado, un desequilibrio en las cargas públicas o que el propio ordenamiento jurídico señale que un tipo determinado de intervención en un derecho subjetivo en particular genere una obligación secundaria de compensación, tal como sucede con la expropiación.

Aceptar la posibilidad de que una persona pueda soportar una alteración a su posición o relación jurídica se compagina con el criterio expuesto de vieja data por la Corte Constitucional colombiana respecto a que no existen derechos absolutos. En la sentencia C-189 de 1994, ese tribunal consideró en un Estado social de derecho no puede haber derechos absolutos, puesto que "el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juricidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un antiderecho, pues ese solo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello de los derechos de los otros y a los de la misma sociedad"<sup>71</sup>. Posteriormente, aclaró que si bien no hay derechos absolutos, las limitaciones a derechos fundamentales, para no entenderse como violaciones a los mismos deben ser proporcionales<sup>72</sup>.

Ahora bien, establecer a los derechos subjetivos como núcleo del daño tampoco implica que solo haya lugar a reparar derechos consolidados; también habrá lugar a reparar por la privación de aquellos derechos o posiciones jurídicas a los que de manera verosímil la víctima hubiera podido acceder si no hubiera acontecido el evento dañoso. En ese sentido, el daño no solo comporta la afectación de un derecho consolidado, también la no adquisición de un derecho que legítimamente hubiere podido gozarse. En otras palabras, no solamente se repara las posiciones jurídicas perdidas o

forestal sobre un predio puede afectar significativamente los derechos de propietario, en tanto limita el uso y goce del bien inmueble, el Consejo de Estado ha considera que esto no implica un vaciamiento total del derecho de propiedad, puesto "que el ordenamiento jurídico mantiene la posibilidad de un aprovechamiento económico del bien, sujeto a la autorización de la autoridad administrativa competente. Por lo tanto, no está llamada a comprometer la responsabilidad del Estado". Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 18 de noviembre de 2021, Rad. 25000-23-26-000-2007-00294-01(44670).

71 Corte Constitucional, sentencia C-189 del 19 de abril 1994, Expediente D-422.

72 "El disfrute de los derechos fundamentales no es absoluto, pues como las demás garantías suponen la posibilidad de ser limitados siempre y cuando se respete su núcleo esencial. En este sentido, se ha puesto de presente que en tanto las restricciones a los derechos constitucionales propendan por una finalidad cimentada en un bien constitucional de igual o de superior jerarquía al que es materia de regulación legal y se cumpla con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, ellas no se oponen a la Constitución". Corte Constitucional, sentencia C-449 del 3 de junio de 2003, Expediente D-4336.

afectadas, sino que se repara al sujeto por aquellas posiciones jurídicas en las que con verosimilitud se hubiera podido encontrar o aquellas a las que hubiera podido acceder si no hubiera acaecido el daño.

La doctrina contemporánea cuestiona el elemento *certeza* como requisito de la existencia y reparación de un daño, puesto que frente al único daño del que se puede tener certeza es del daño consolidado, todos los demás daños son probables. Así que cuando se repara un daño futuro, no resulta adecuado sostener que se lo repara porque existe certeza sobre su futura ocurrencia, sino más bien porque es verosímil, es decir, existen razones válidas para creer que sucederá<sup>73</sup>. De forma general, al explicar qué puede considerarse un daño cierto se afirma que es aquel que no es eventual o hipotético, es decir, no se trata, en todo caso, de un daño respecto del que existe una gran incertidumbre sobre su ocurrencia. La verosimilitud también se opone a lo eventual o hipotético, pero no desde la premisa de la una falsa certeza, sino desde las probabilidades y las reglas de la experiencia<sup>74</sup>. Frente al daño futuro, conviene precisar que en este tipo de situaciones, no obstante tener certeza de la ocurrencia del evento dañoso, por haber ocurrido ya, de lo que no existe absoluta certeza, y por lo cual es necesario aplicar el criterio de verosimilitud, es sobre si esa situación dañosa, proyectada hacia el futuro, implica o no la privación del acceso a un derecho para la víctima. Lo máximo a lo que podrá aspirarse es a constatar la existencia de buenas razones para creer que esa posición jurídica se hubiera materializado intacta para la víctima si no hubiere acaecido sobre ella el evento dañoso.

#### 4. ¿DAÑO, PERJUICIO O REPARACIÓN DEL DERECHO?

La diferencia respecto de las nociones de daño y de perjuicio puede sintetizarse así: "es posible que la acción lesiva cause un atentado contra la vida o la integridad personal de alguien, o la destrucción o deterioro de una cosa, a causa de lo cual se generan daños o perjuicios patrimoniales o

73 PEDRO ZAPATA GARCÍA, *Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Barcelona: Universitat de Barcelona, 2018, pp. 142 -143.

74 Sobre el particular anota lo siguiente el profesor Zapata: "De la certeza del daño como condición de existencia debemos transitar hacia la verosimilitud del daño. Y es que si el conocimiento humano es imperfecto, si las capacidades son limitadas, es químérico asegurar la certeza de un daño que al momento de pronunciarse sobre su resarcimiento aún no se ha producido. Cuando los avances científicos, en especial lo [sic] provenientes de la física cuántica, muestran que nuestro mundo no está gobernado por leyes causales, sino probabilísticas, a los juristas no les es dado ignorar que la certeza de los hechos no es absoluta ni objetiva. El daño futuro por ejemplo no es, por definición, un daño cierto, sino un daño que, dadas las condiciones actuales, tenemos buenas razones para creer que sucederá". *Ibid.*, p. 142.

extrapatrimoniales a un tercero. Los primeros según la teoría dualista, serían el daño; los segundos serían los perjuicios"<sup>75</sup>. Esta distinción corresponde con aquella que existe entre el daño evento y el daño consecuencia. Con el primero se hace referencia a la pérdida del bien o la lesión del interés, mientras que el segundo se refiere a aquellos resultados dañinos o consecuencias que se derivan del daño evento.

A partir de lo anterior, se ha difundido que lo que le corresponde a la responsabilidad extracontractual es la reparación de los perjuicios y no de la lesión en sí misma considerada. Lo anterior encontraba apoyo en las dificultades que implica la reparación del daño evento, entre ellas la de encontrar un daño en el concepto *preium doloris* (daño moral)<sup>76</sup>. Esto, ya que era difícil identificar la identidad que sufría la afectación en esta tipología de daño y resultaba entonces lógico considerar que el dolor o la congoja que sufría una persona era la consecuencia negativa o perjuicio que se generaba a partir de sufrir una determinada lesión, y como tal debía ser reparado. La distinción entre daño y perjuicio, o daño evento y daño consecuencia, sirve de fundamento para que algún sector de la doctrina establezca una clasificación de los daños en función del lugar que "impacta" (por ejemplo, daño a la persona o daño a las cosas<sup>77</sup> o daños al patrimonio<sup>78</sup>) y una clasificación de perjuicios a partir de su naturaleza (patrimoniales o extrapatrimoniales)<sup>79</sup>.

No obstante, la introducción del denominado daño a la salud puso de nuevo sobre la mesa la discusión sobre si lo que se repara es el daño evento o el daño consecuencia. Por cuanto no era igual reparar la afectación a la integridad física (pérdida de una mano o un brazo, por ejemplo) que reparar las consecuencias que de tal afectación física se generen<sup>80</sup>. Al respecto, autores como Cárdenas Mesa señalan que el daño a la salud en Colombia constituye una posición ecléctica entre el daño evento y el daño consecuencia por cuanto "engloba la pérdida de la armonía corporal, así como las consecuencias provenientes de las afectaciones a la integridad psico-física del individuo"<sup>81</sup>. Otros indican que el daño a la salud no se tiene en cuenta, o lo hace en un mínimo grado, las consecuencias externas del daño en sí

75 JAVIER TAMAYO JARAMILLO, "Qué es el daño", *op. cit.*, p. 13.

76 EDGAR CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, *op. cit.*, p. 48.

77 De esa manera quedó redactado el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

78 EDGAR CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, *op. cit.*, p. 45.

79 JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, "De las distintas formas de concebir la tipología de perjuicios", *op. cit.*, pp. 156-157.

80 ENRIQUE GIL BOTERO, "El daño a la salud en Colombia. Retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2012, p. 92; y EDGAR CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, *op. cit.*, p. 47.

81 JOHN ARTURO CÁRDENAS MESA, "La reparación del daño evento en Colombia", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 4, n.º 123, 2015, p. 358.

mismo considerado, es decir, casi no vincula el daño consecuencia<sup>82</sup>. Otro sector de la doctrina considera que establecer una diferencia entre daño y perjuicio no resulta de gran utilidad a la hora de establecer las medidas de reparación. Se menciona, por ejemplo, que el daño en su sentido técnico implica todas aquellas consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión de un interés. Según esta postura, lo importante no sería el fenómeno físico externo o el hecho dañoso, sino las consecuencias que de él se derivan. Por tanto, la pecuniariedad o no del daño no se determinaría a partir del lugar donde golpea el evento dañoso, sino del carácter patrimonial o no patrimonial de las consecuencias<sup>83</sup>.

Con base en lo anterior, se debe partir de diferenciar entre daño en sentido físico y daño en sentido jurídico. Siguiendo este enfoque, el daño material o físico será ese cambio en el estado de cosas. Así por ejemplo, la destrucción de un bien mueble constituye un daño físico que solo tendrá relevancia jurídica siempre que el bien haga parte del patrimonio de algún sujeto de derecho, es decir, que se afecte con ello el derecho de propiedad, o implique la vulneración de algún otro derecho para un sujeto<sup>84</sup>. Por tanto, el daño será toda afectación de un bien jurídico de un tercero<sup>85</sup>. Se sostiene que no es posible que existan dos conceptos jurídicos diferentes, daño en sentido jurídico y perjuicio en sentido jurídico, y concluye que daño y perjuicio son lo mismo y que a menudo pueden existir daño sin que exista daño físico, o en un sentido contrario, existir un daño físico sin que exista daño en sentido jurídico<sup>86</sup>. En un sentido similar, se considera que la diferencia entre daño y perjuicio además de no tener asidero en el complejo de normas que integran nuestro sistema jurídico, tampoco resulta conceptualmente relevante, en tanto existe una bifurcación fenoménica entre el daño como hecho físico y el daño como hecho jurídico<sup>87</sup>. Solo algunos hechos físicos trascienden y se convierten en hechos jurídicos, estos son los de amenaza, alteración o privación de un interés humano relevante<sup>88</sup>.

A pesar de los reparos ya expuestos sobre las nociones de bienes jurídicos y de interés jurídicos, se comparte con los autores que el daño en sentido jurídico no resulta diferenciable del perjuicio. Además, si se entiende el daño como vulneración de un derecho subjetivo, la bifurcación entre daño

82 ENRIQUE GIL BOTERO, "El daño a la salud en Colombia-retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento", *op. cit.*, p. 92.

83 EDGAR CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, *op. cit.*, pp. 48-49.

84 JAVIER TAMAYO JARAMILLO, "Qué es el daño", *op. cit.*, p. 14.

85 *Ibid.*, p. 14.

86 *Ibid.*, p. 15.

87 LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL, "El concepto del daño", *op. cit.*, pp. 137-140.

88 *Ibid.*

y perjuicio pierde todavía más su utilidad. Puesto que ante la vulneración de un derecho lo que se busca es su reparación integral permitiendo que el sujeto de derecho pueda gozar nuevamente de él, compensando su pérdida o la imposibilidad de haberlo ejercido. La afectación primigenia de un derecho o una posición jurídica puede derivar en la afectación o privación de otros derechos u otras posiciones jurídicas, como ondas en el agua que se expanden. Esas afectaciones secundarias, consecuencia de aquel daño primigenio, también son daños en sí mismo considerados y procede, en principio, su reparación. Habrá entonces tantos daños como posiciones jurídicas alteradas, afectadas o privadas.

Es de suma importancia, bajo esta concepción, diferenciar entre el derecho vulnerado en primera instancia por el hecho dañoso, o el daño directo, y aquellos derechos que indirectamente se vean afectados<sup>89</sup>. Por ejemplo, la pérdida por parte de una persona de su brazo implica un daño directo a su derecho a la integridad física, pero si ese daño afecta su capacidad de adquisición económica hacia el futuro, habrá una afectación a su patrimonio, entendido este como el conjunto de derechos de contenido económico que lo conforma o que con verosimilitud podrían haberlo conformado de no haber accedido el daño. De ahí que sea distinta la reparación (*in natura* o pecuniaria por vía de compensación) del derecho a la integridad física, de la reparación económica de la afectación al patrimonio.

## 5. ¿QUÉ PUEDE ENTENDERSE POR DAÑO ANTIJURÍDICO EN COLOMBIA?

El término *daño antijurídico*, trasplantado desde la doctrina española<sup>90</sup>, se encuentra contenido en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Aunque la Corte Constitucional ha señalado que se trata de un término constitucional parcialmente indeterminado<sup>91</sup>, ha hecho carrera en la doctrina y la jurisprudencia el siguiente entendimiento: *daño antijurídico es aquel que la víctima no se encuentra en el deber de soportar*.

89 Esto resulta relevante a la hora de determinar con exactitud qué es lo que se pretende reparar y a cuál o cuáles mecanismos de reparación acudir: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción o garantías de no repetición.

90 Más precisamente un trasplante desde la obra del profesor García de Enterría. Al respecto véase: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, "La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia", en *La responsabilidad patrimonial del Estado: Memorias del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, pp. 105-147.

91 Corte Constitucional, sentencia C-333 del 1.<sup>o</sup> de agosto de 1996, Expediente D-1111.

Aunque la anterior definición pueda resultar contundente, no por ello dejar de ser oscura<sup>92</sup>, ¿cuáles son esos daños que no se encuentra en el deber de soportar un particular y cómo identificarlos?, ¿cuáles son aquellas razones que nos llevan a afirmar que un determinado daño no deba ser soportado por la víctima?

La aplicación irreflexiva de esa concepción del daño antijurídico se ha convertido en un comodín argumentativo a la hora de endilgarle al Estado la responsabilidad de resarcir un daño cuando no existe los elementos necesarios para una imputación fáctica y jurídica<sup>93</sup>. Esto ha generado un tratamiento antitécnico sobre la responsabilidad, así como una gran confusión y vaguedad en la enseñanza y aprendizaje de esta materia. Ante el desconcierto que genera la vaguedad de afirmar que un daño antijurídico es aquel que no se está en el deber de soportar, en lo que sigue se propone una delimitación de tal término. Con tal objetivo, es oportuno preguntarse si existe un daño que sea por naturaleza antijurídico, es decir, si la antijuridicidad nace con el daño o la antijuridicidad es una calificación que se hace posteriormente al adelantarse el juicio de responsabilidad. ¿La existencia del daño antijurídico se predica al principio o al final del juicio de responsabilidad? La propuesta que aquí se plantea consiste en señalar que la existencia de un daño antijurídico no es el primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que es la última conclusión a la que se arriba.

Se parte de señalar que la sola existencia del daño es insuficiente para determinar si una persona se encuentra en la obligación o no de soportarlo. Establecer quién debe soportar el daño en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado debe pasar por analizar si el daño puede ser atribuible al Estado, es decir, examinar si el daño fue producto de una conducta

92 "Buena parte de los problemas de la dimensión teórica que se le ha intentado dar a la jurisprudencia del Consejo de Estado se debe a la dificultad de conceptualizar adecuadamente el daño antijurídico. Existe un aparente consenso, para no entrar en mayores elucubraciones teóricas acerca de esa definición, en que un daño antijurídico es aquel daño que no se tiene el deber jurídico de soportar. Fórmula tan pegajosa como críptica e imprecisa. Pegajosa por su aparente simplicidad y por lo concreto de su formulación, pero críptica e imprecisa porque son muchos los elementos que se mantienen sin definir. En efecto, qué quiere decir deber jurídico de soportar un daño. En el ordenamiento jurídico nacional, ya se vio, se ha confundido daño con daño antijurídico, pero, daño antijurídico con daño especial. Así, por ejemplo, se ha considerado que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, pero también se ha dicho que daño antijurídico es aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar porque vulnera el equilibrio de las cargas públicas". JULIÁN ANDRÉS PIMENTO ECHEVERRI, "Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado", *Revista de Derecho Público*, n.º 36, 2016, pp. 27-28. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.14>.

93 *Ibid.*, pp. 29-30.

o de la omisión del aparato estatal. Arribar a una conclusión de tal naturaleza pasa por establecer si el daño puede ser atribuible al Estado, es decir, examinar si el daño fue producto de una conducta o de la omisión del aparato estatal, si existe un fundamento jurídico válido que autorice o admita el daño (la proporcionalidad de la actuación en algunos eventos o algunos de los eximentes de responsabilidad) o si, por el contrario, existe un fundamento jurídico válido que sustente la reparación del daño (falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional o solidaridad). Plantear lo contrario, es decir, que la calificación del daño como antijurídico es posible antes del análisis del resto de los elementos de la responsabilidad, daría lugar a que sea indiferente si fue un tercero o el Estado quien ocasionó el daño, pues la víctima no debe soportarlo y por tanto debe tener garantizada su reparación. Adicionalmente, casos en los que se constate una culpa exclusiva de la víctima, darían lugar a una gran paradoja, la de haber sufrido un daño que no se tiene el deber de soportar y a la vez tener que asumir sus consecuencias, pues ni el Estado ni un tercero resultan responsables.

Un daño que a simple vista puede parecernos antijurídico, puede no resultar lo al final del juicio de responsabilidad, así como un daño que podríamos apresurarnos a calificar como no antijurídico puede resultar en una condena al Estado; aún más, puede que al final del juicio de responsabilidad se encuentre con una concurrencia de culpas y por ende con un daño antijurídico, pero que se está parcialmente en el deber de soportar. En ese sentido, doctrinantes como García Amado, criticando la noción de daño antijurídico en el ámbito español, señalan que: "la Administración no responde porque el daño sea antijurídico, sino que el daño es antijurídico porque la Administración responde. En consecuencia, el de la antijuridicidad del daño (así entendido, al modo de tantos administrativistas y en la estela de García de Enterría) no es requisito de la responsabilidad de la Administración, sino secuela de la misma o calificativo de ella derivado"<sup>94</sup>. La anterior crítica también resulta aplicable en el contexto colombiano, y al respecto, es importante considerar

94 JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, "Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual", *Almacén de Derecho. Legislación*, 16 de enero de 2019. Disponible en: <https://almacenedderecho.org/sobre-la-antijuridicidad-como-requisito-para-la-responsabilidad-de-la-administración-por-dáño-extracontractual/>. En Colombia, el profesor el Pedro Zapata plantea lo que sigue: "El calificar el daño como antijurídico no terminará por aportar mayores elementos, pues que el daño al final deba o no soportarse, porque existan razones jurídicas para ello, es una solución que, a modo de lógica secuencial, solo termina siendo posible decidir al final del estudio de todos los elementos de la responsabilidad. [...] Un daño que en principio se entendía como antijurídico deja de serlo por la manera en la que opera la responsabilidad, que hace que una vez identificado se abra la puerta para abordar el resto de los elementos". PEDRO ZAPATA GARCÍA, *Fundamentos, límites y convergencias*, op. cit., p. 145.

que la responsabilidad extracontractual es una institución que se encarga de asignar o distribuir las cargas del daño. De ahí que la conclusión sobre si la víctima debe soportar el daño, o si es un tercero o la sociedad quien debe soportar tal carga no se deriva de la sola existencia del daño. Para ello, como ya se mencionó, es necesario contar con una serie de elementos fácticos y jurídicos para realizar un juicio de responsabilidad, al final del cual se concluirá quién o quiénes deberán acarrear con la carga del daño.

La Corte Constitucional ha apoyado en ocasiones la idea de que la antijuridicidad del daño no es innata a este y que se puede considerar que un daño es antijurídico cuando se subsume en la falla del servicio, en el riesgo excepcional o el daño especial: "en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado"<sup>95</sup>. Así, ha señalado que "La antijuricidad del daño, en consecuencia, ocurre, en principio, cuando la actuación del Estado no se encuentra justificada, bien sea porque (i) no existe un título jurídico válido que autorice o admita el daño causado, –caso en el que el Estado no está legitimado para producir la afectación correspondiente–, o (ii) cuando el daño excede las cargas que normalmente un individuo en la sociedad está obligado a soportar"<sup>96</sup>. De esta forma, la noción de antijuridicidad no debería considerarse un elemento del daño, sino como parte de la etapa de atribución<sup>97</sup>, en tanto que cuando se afirma que la víctima no está en el deber jurídico de soportar el daño se entiende implícitamente que otro (el Estado en esta materia) es el llamado a soportarlo. Y como sustento de tal afirmación resulta indispensable acudir a los títulos de imputación como factores de atribución de la responsabilidad a ese otro<sup>98</sup>. A pesar de los anteriores repa-

95 Corte Constitucional, sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001, Expediente D-3404

96 Corte Constitucional, sentencia C-957 del 10 de diciembre de 2014, Expediente D-10279; Corte Constitucional, sentencia C-286 del 3 de mayo de 2017, Expediente D-11669.

97 "[...] en mi criterio, la antijuridicidad pertenece a la etapa de la atribución del daño y no a sus elementos. En efecto, en el momento en que el daño antijurídico se define como aquel daño que la víctima no está en el deber jurídico de soportar se entiende implícitamente que otro –el Estado en este juicio– es el llamado a soportarlo". JULIÁN ANDRÉS PIMENTO ECHEVERRI, *Responsabilidad del Estado por (de)limitación de la propiedad privada*, Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021, p. 127.

98 En ese sentido, el profesor Juan Carlos Cassagne anota: "resulta indudable la conveniencia de utilizar la falta de servicio como factor de atribución dado que la antijuridicidad del daño es solo un aspecto del daño que, en la versión de la doctrina administrativista, ha sido definida como una condición negativa que no alcanza a configurar un factor de atribución y, menos aún, un elemento común de la responsabilidad estatal, además de las críticas señaladas acerca de la inutilidad y contradicciones que exhibe el concepto de antijuridicidad". JUAN CARLOS CASSAGNE, "Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial

ros, el término *daño antijurídico* ha sido recogido por nuestro ordenamiento constitucional, razón por la cual es válido el esfuerzo de una interpretación y un tratamiento que cuando menos no resulte contradictorios.

Es por esto que se propone entender al daño antijurídico como aquel frente al cual existen razones jurídicas o normativas, y de justicia correctiva o distributiva válidas para su reparación o compensación por parte del Estado, es decir, razones válidas para considerar que la víctima no se encuentra en el deber de soportar tal afectación a sus derechos. En esa medida, el daño antijurídico no es más que el daño que ha de ser reparado o el daño resarcible. Siendo que solamente podrá existir una calificación sobre la antijuridicidad del daño al final del juicio de responsabilidad, una vez se analicen todos los elementos de la responsabilidad, incluido el fundamento del deber de reparar. En otras palabras, una vez acaecido el daño (vulneración, privación, obstaculización del goce pacífico o limitación de un derecho subjetivo) sobre un sujeto de derechos, a la responsabilidad extracontractual del Estado le corresponde determinar quién habrá de soportar el daño, si la víctima, un tercero (Estado en la materia que nos ocupa) o ambos. Los criterios usados para realizar esas asignaciones en la responsabilidad extracontractual del Estado y de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, son los relativos a la falla del servicio, el riesgo excepcional, daño especial y la solidaridad, lo cuales se ven influenciados por las nociones de justicia correctiva y justicia distributiva. El daño que bajo los anteriores criterios consista en un daño que la víctima no esté en el deber de soportar o en el que no esté parcialmente en el deber de soportar será el daño antijurídico.

## 6. LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO EN EL DAÑO MORAL Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

La noción de *derecho subjetivo* como núcleo de la tutela resarcitoria lleva a cuestionarnos sobre algunas de las categorías de daños que actualmente son de común reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado, particularmente respecto al daño moral y la pérdida de oportunidad. Esto debido a que puede no ser evidente la vulneración de un derecho subjetivo en tales tipologías, con lo cual su existencia o su autonomía como categoría de daño podría verse comprometida.

En lo que respecta al daño moral, esta es una categoría de daño que resulta fácilmente asociable a la integridad espiritual, siendo esta una faceta del derecho a la integridad personal. En tal sentido es posible considerar que

del Estado", *Revista de Administración Pública*, n.º 214, 2021, pp. 11-42. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.01>.

cuando existe un daño moral hay un derecho subjetivo que fue vulnerado. Caso distinto es el de la pérdida de la oportunidad, figura frente a la cual en este artículo se expondrá algunos planteamientos que pueden derivar en la viabilidad de su supresión, sin que con ello se genere una merma en la tutela resarcitoria que brinda la responsabilidad extracontractual del Estado.

### 6.1. DAÑO MORAL: DE SENTIMIENTOS A POSICIONES JURÍDICAS

A partir de fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 proferido por la Corte Suprema de Justicia se incursionó en el daño no patrimonial, especialmente por la vía del daño moral<sup>99</sup>. Tal daño ha sido tradicionalmente entendido como el dolor, la congoja, el sufrimiento y la aflicción que resultan compensables a través de una suma de dinero o por otra forma decidida por el juez<sup>100</sup>. Su reparación a través de una compensación ha sido conocida tradicionalmente como *pretium doloris*<sup>101</sup> o el precio del dolor<sup>102</sup>. No obstante, es inevitable preguntarse por qué algunos dolores implican una obligación de reparación para un tercero mientras que otros no.

La propia decisión de reparar el dolor, la congoja o la aflicción no estuvo exenta de controversias. En Francia, por ejemplo, predominaba la premisa de que "las lágrimas no se monetan"<sup>103</sup> y solo hasta los años sesenta del siglo pasado se admitió en ese país la posibilidad de reconocer en el dolor o la aflicción sufrida un daño reparable mediante compensación en dinero<sup>104</sup>.

Los fundamentos sobre los que se soporta el deber de reparar el daño moral han sido principalmente de dos tipos. El primero histórico, buscando antecedentes en las formas de reparación de daños no patrimoniales en el derecho romano y en la evolución del derecho civil<sup>105</sup>, y el segundo se debe a criterios de validez moral. Bien lo sintetiza Henao de la siguiente manera: "es la pena mejor con pan que sin pan"<sup>106</sup>.

Bajo criterios morales, la reparación de ciertos sufrimientos aparece como un elemental sentido de la justicia. Por ejemplo: cómo no repara el dolor de una madre que pierde a su hijo a raíz de una ejecución extrajudicial, o de

99 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de julio de 1922, *Gaceta Judicial*, n.º XXIX.

100 JUAN CARLOS HENAO, *El daño*, op. cit., p. 244.

101 FELIPE NAVIA ARROYO, *Del daño moral al daño fisiológico. ¿Una evolución real?*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p 40.

102 Definición que trae el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española. Consultable en: <https://dej.rae.es/lema/pretium-doloris>.

103 JUAN CARLOS HENAO, *El daño*, op. cit., pp. 230- 233.

104 *Ibid.*

105 FELIPE NAVIA ARROYO, *Del daño moral al daño fisiológico*, op. cit., pp. 17-29.

106 JUAN CARLOS HENAO, *El daño*, op. cit., p. 232.

aquella persona que sufre al ver mermada su salud por un disparo realizado con un arma oficial. No obstante, si se parte de la premisa de que la noción de derecho subjetivo se encuentra en el núcleo del daño y de la tutela resarcitoria, es importante el sustento normativo a la obligación de reparar ciertos sufrimientos. De esta manera, no basta sentir dolor o hambre para ser titular de derecho a la salud o a la alimentación, y que tales sentimientos constituyen insumos para justificar posiciones jurídicas o normativas, pero se trata de hechos brutos, que necesitan ser entendidos bajo criterios institucionales<sup>107</sup>. Por ende, no basta haber sentido tristeza, congoja o dolor parar ser acreedor a una reparación. De ahí que consideremos que, en materia de reparación del daño moral, lo que se intenta reparar mediante compensación es una posición jurídica que ha sido afectada por ciertos acontecimientos, muchos de los cuales han sido identificados por los jueces en la construcción de la jurisprudencia. Esa posición corresponde con el derecho a la integridad espiritual, faceta o plano que compone la integridad personal al igual que lo hace la integridad física<sup>108</sup>.

107 RODOLFO ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 308 - 309.

108 Al respecto se trae a colación lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado en una providencia de algunos años atrás que evaluaba la posibilidad de reparar el daño moral a un menor que sufría de una deficiencia cognitiva: "En otros términos, resulta perfectamente posible que una persona, por más limitación física o cerebral que padezca, llegue a sufrir un claro perjuicio en el ámbito moral, ya que nunca perderá por completo los parámetros de vida y aun así sean mínimos o tenues, son aquellos que nos permiten la comprensión de la existencia y de la relación que se tiene con el mundo. Y si en el campo de la ciencia, ello no fuere así –verificable–, en el mundo de la existencia y de los valores, la persona en cuanto exhale un hábito de vida, es un ser espiritual, que es digna por el solo hecho de serlo; sostener que aquella no sufre perjuicio moral porque no siente, es aniquilar o desconocer su esencia misma y su dignidad (art. 1º C.P.); y reducir el ser humano a la mera sensibilidad o cruda materialidad, dejando de lado su naturaleza axiológica". Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, Rad. 54001-23-31-000-1997-12700-01(30871). Sobre el particular, la doctrina, con excelente síntesis ha puntualizado: "Insistimos en que es erróneo asimilar daño moral con alguna de sus manifestaciones más frecuentes (dolor, pena, angustia), que son –como hemos dicho en otra parte– posibles formas de exteriorización, meramente contingentes. El daño moral no es el dolor, la pena, la angustia sino la minoración espiritual derivada de la lesión a un interés no patrimonial. Dicho detrimento existe aunque falte compresión por parte del damnificado del perjuicio sufrido; en ausencia de lágrimas; inclusive cuando la víctima no se encuentra en condiciones físicas o síquicas para "sentir" pena, dolor o angustia (v.gr. una persona descerebrada)." Asimismo, "esta situación, en que se pone a un ser humano, en un plano diferente a la mera razón, debe ser indemnizada a través del reconocimiento del perjuicio moral, en tanto la víctima lo sufre de manera directa, día a día, mientras discurra su existencia". RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daño moral. Prevención, reparación, punición*, Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 128.

El daño moral entendido como aminoración de la integridad espiritual encuentra un fundamento normativo no solo para su protección sino también para su reparación en el artículo 5.<sup>º</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos, integrado por vía del bloque de constitucionalidad y recogido parcialmente en el artículo 12 de la Constitución nacional.

Al respecto señala la Corte Constitucional que "La vida del ser humano, entonces, es mucho más que el hábito mediante el cual se manifiesta su supervivencia material. No puede equipararse a otras formas de vida, pues agrega al mero concepto físico elementos espirituales que resultan esenciales"<sup>109</sup>. Y esa misma corporación también indica que "La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo"<sup>110</sup>. El derecho a la integridad personal se convierte entonces para la responsabilidad extracontractual del Estado en la doble cara de Jano, una es la integridad física y otra la integridad espiritual o moral. La afectación de esta última no solo se deriva de tratos crueles o degradantes, sino que el juez de la reparación directa también ha decantado algunas situaciones que considera lo afectan. Por ejemplo, los sufrimientos derivados de accidentes, la muerte de familiares, la pérdida de cosas materiales<sup>111</sup> y la privación injusta de la libertad, entre muchos otros.

## 6.2. HACIA UN REPLANTEAMIENTO DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

El Consejo de Estado, a la hora de delimitar conceptualmente la pérdida de oportunidad, ha señalado que, aunque no se trata propiamente de la afectación de un derecho subjetivo, la oportunidad perdida si constituye un interés jurídico que puede ser tutelado judicialmente para lograr una reparación:

En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constitúa, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría

109 Corte Constitucional, sentencia T-067 del 22 de febrero de 1994, Expediente T-24508.

110 Corte Constitucional, sentencia T-248 del 26 de mayo de 1998, Expediente T-155156.

111 Véase, JUAN CARLOS HENAO, *El daño*, op. cit., pp. 233-243.

catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio –material o inmaterial– para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento<sup>112</sup>.

El Consejo de Estado colombiano defiende la reparación de la pérdida de chances u oportunidades como si se tratara de bienes de la realidad, los cuales pesan menos que un derecho subjetivo y que en todo caso resultan distintos a los que se verían afectados de contarse con una certeza inicial. Por ejemplo, un médico negligente realiza un diagnóstico tardío sobre alguna patología del paciente y posteriormente este fallece. La incertidumbre sobre si la actuación del médico derivó o no en que el paciente haya fallecido permite la existencia de un bien a reparar: la oportunidad de curación. No obstante, si tal incertidumbre no existiese, y por el contrario hubiere una certeza de que la actuación tardía del médico causó o no causó que el paciente falleciera, no existiría el bien o interés jurídico que la teoría de la pérdida de la oportunidad pretende defender. Se trata entonces de un bien o un interés jurídico ficticio, creado por el juez para solucionar problemas de causalidad, de tal manera que ni la víctima del daño ni el posible perpetrador soporten la totalidad del daño<sup>113</sup>.

No es necesario acudir a la ficción de la pérdida de la oportunidad y a la invención de bienes o interés jurídicos para aplicar una regla de responsabilidad de carácter distributivo. Propuestas como la responsabilidad proporcional permiten repartir el peso de la incertidumbre entre las dos partes: víctima y agente. La víctima recibirá una indemnización parcial, la cual habrá de calcularse de acuerdo con la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el menoscabo o de haber obtenido el beneficio de no haber mediado el hecho; el agente responderá en proporción a la probabilidad causal<sup>114</sup>. Sin embargo, este tipo de responsabilidad no se aplicará cuando la probabilidad de concurrencia del nexo causal sea nula, escasa o insignificante, ni cuando dicha probabilidad es alta o muy alta. En el primer caso porque la víctima no tiene derecho a una indemnización; el segundo por

112 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 05001-23-26-000-1995-00082 (18593).

113 Al respecto, Mediana Alcoz sostiene: "El único sentido de este argumento es aplicar la regla de la responsabilidad proporcional sin cuestionar el sistema binario de imputación causal. Pretende justificar el criterio de 'ni todo ni nada' sorteando la teoría de la causalidad edificada a partir de cláusulas resarcitorias generales, acudiendo a la teoría del daño e inventando dentro de esta un bien cuya pérdida obligaría a indemnizar en la medida de la probabilidad causal". LUIS MEDINA ALCOZ, *Responsabilidad proporcional como incertidumbre causal*, Madrid. Editorial Civitas, 2018, p. 91.

114 *Ibid.*, p 16.

cuanto deberá reconocérsele al dañado el derecho a la reparación total<sup>115</sup>. De este modo, la aplicación de una responsabilidad proporcional no exige el planteamiento de bienes e intereses jurídicos ficticios, sino que puede tomarse en consideración de los derechos subjetivos que desde un inicio se encontraron en juego: derechos de contenido económico y patrimonial, la integridad física, entre otros.

## CONCLUSIONES

Tradicionalmente, la responsabilidad extracontractual ha acudido a nociones como las de bien, interés jurídicamente tutelado e interés legítimo, con en el fin de definir del objeto del daño y por consiguiente el objeto de la tutela jurídica. Sin embargo, la evolución de la teoría jurídica al igual que la influencia del SIDH pusieron en la mira de la responsabilidad extracontractual del Estado la noción de derecho subjetivo y actualmente el juez de la reparación directa se postula como reparador integral de derechos. Bajo esta noción es posible la reinterpretación de algunos conceptos y categorías tradicionales de la tutela resarcitoria que buscan las víctimas del Estado, entre ellos las de daño y daño antijurídico, así como las tipologías de daño moral y pérdida de oportunidad. Sobre el primero, se dijo que *daño* deberá entenderse como toda privación, vulneración o afectación al goce pacífico de un derecho subjetivo individual o colectivo, independientemente de que se trate de derechos con contenido económico o de aquellos que carezcan de tal. Mientras que el *daño antijurídico* no es más que el daño resarcible, y que aquella afirmación que señala que el daño antijurídico es aquel que no se está en el deber de soportar resulta en extremo incongruente, si no se pone de presente que la razón por la cual un particular no se encuentra en el deber de soportar el daño, es porque puede tratarse de una falla del servicio, un daño especial, la materialización de un riesgo excepcional o en virtud del principio de solidaridad. De esas cuatro variables pende la antijuridicidad del daño. Así, no hay daños que ontológicamente puedan ser considerados antijurídicos, la calificación de un daño como tal es el resultado de un juicio de responsabilidad y no de la sola ocurrencia del daño. En lo referente al daño moral, se propone su entendimiento desde el lenguaje de los derechos, buscando un sustento normativo para la reparación de ciertos sufrimientos. Se plantea entonces que la reparación del daño moral no es otra cosa que la reparación de la integridad espiritual, la cual constituye una fase o una de las caras que presenta el derecho a la integridad personal. Por lo demás, frente a la pérdida de oportunidad se esbozaron algunos comentarios críticos y la

115 *Ibid.*, p. 134.

posibilidad de que la responsabilidad extracontractual del Estado aplique criterios proporcionales en la reparación del daño cuando exista incertidumbre causal, sin la necesidad de acudir a bienes e interés jurídicos ficticios.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARANGO, RODOLFO. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2.º ed. Bogotá: Legis, 2012.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BERNAL PULIDO, CARLOS. *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

BOTERO ARISTIZÁBAL, LUIS FELIPE. "El concepto del daño". En Javier Tamayo Jaramillo, *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogotá: Legis, 2017.

CÁRDENAS MESA, JOHN ARTURO. "La reparación del daño evento en Colombia". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 45, n.º 123, 2015.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. "Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado". *Revista de Administración Pública*, n.º 214, 2021.

CORTÉS, EDGAR. *Responsabilidad civil y daños a la persona: El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO. *El lenguaje de los derechos: Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO. *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2017.

DE CUPIS, ADRIANO. *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 1996.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. "Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual". En *Almacén de Derecho. Legislación*, enero 16 de 2019. Disponible en: <https://almacenedderecho.org/sobre-laantijuridicidad-como-requisito-para-laresponsabilidad-de-la-administración-por-daño-extracontractual/>.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. III. Bogotá: Temis, 2008.

GIL BOTERO, ENRIQUE. *Tratado de responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020.

GIL BOTERO, ENRIQUE. *La constitucionalización del derecho de daños: Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Temis, 2014.

GIL BOTERO, ENRIQUE. "El daño a la salud en Colombia-retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2012.

GONZÁLEZ BRICEÑO, ÁLVARO. "El daño o perjuicio". En Marcela Castro Cifuentes (coord.), *Derecho de las obligaciones*, t. II. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

GUASTINI, RICCARDO. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. "La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia". En *La responsabilidad patrimonial del Estado: Memorias del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*. México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado". En Juan Carlos Henao y Andrés Ospina (eds.), *La responsabilidad extracontractual del Estado. ¿Qué? ¿Por qué? ¿Hasta dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

HERNÁNDEZ TERÁN, MIGUEL ANTONIO. *El contenido esencial de los derechos y su aplicación jurisprudencial*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2015.

KOTEICH KHATIB, MILAGROS. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

M'CAUSLAND SÁNCHEZ, MARÍA CECILIA. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO. *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis, 1998.

MEDINA ALCOZ, LUIS. *Libertad y autoridad en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

MEDINA ALCOZ, LUIS. *Responsabilidad proporcional como incertidumbre causal*. Madrid: Editorial Civitas. 2018.

NAVIA ARROYO, FELIPE. *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

PIMENTO ECHEVERRI, JULIÁN ANDRÉS. *Responsabilidad del Estado por (de)limitación de la propiedad privada*. Bogotá: Tirant lo Blanch. 2021.

PREVOT, JUAN MANUEL. *La obligación de seguridad*, 2.º ed. Bogotá: Editorial Temis, 2012.

RUEDA PRADA, DIANA. *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: Comentarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado*. Bogotá: Editorial Ibáñez. 2015.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. "Qué es el daño". En Javier Tamayo Jaramillo, *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogotá: Legis. 2017.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de responsabilidad civil*, t. II. Bogotá: Legis, 2007.

TAPIAS ROCHA, HERNANDO. "La Concepción del daño en el Código de Bello". En Fabricio Mantilla, *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 11.º ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

VALENCIA ZEA, ARTURO, Y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil*, t. III. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

VON IHERING, RUDOLF. *El espíritu del derecho romano*. Bogotá: Leyer, 2005.

ZAPATA, PEDRO. *Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2018.

## JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, sentencia T-067 del 22 de febrero de 1994, Expediente T-24508.

Corte Constitucional, sentencia C-189 del 19 de abril 1994, Expediente D-422.

Corte Constitucional, sentencia C-333 del 1.<sup>o</sup> de agosto de 1996, Expediente D-1111.

Corte Constitucional, sentencia T-248 del 26 de mayo de 1998, Expediente T-155156.

Corte Constitucional, sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001, Expediente D-3404.

Corte Constitucional, sentencia C-449 del 3 de junio de 2003, Expediente D-4336.

Corte Constitucional, sentencia C-957 del 10 de diciembre de 2014, Expediente D-10279.

Corte Constitucional, sentencia C- 286 del 3 de mayo de 2017, Expediente D-11669.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de mayo de 1993. Rad 7428.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de noviembre de 1997. Rad. 10421.

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

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007. Rad. 19001-23-31-000-2003-00385-01(AG).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, Rad. 54001-23-31-000-1997-12700-01(30871).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 05001-23-26-000-1995-00082 (18593).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, Rad. 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 14 de septiembre de 2011, Rad. 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014,  
Rad. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 18 de noviembre  
de 2021, Rad. 25000-23-26-000-2007-00294-01(44670).