

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado Ponente

SC10297-2014

Radicación: 11001-31-03-003-2003-00660-01

(Proyecto discutido en sesiones de 4 y 5 de marzo, 16 de abril, 22 de mayo, 4 de junio, 10 de octubre y 25 de noviembre de 2013, 24 de febrero y 5 de mayo de 2014; y aprobado en sala de 3 de junio de 2014)

Bogotá D. C., cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida el treinta de abril de dos mil diez por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

Fernando Augusto García Matamoros y Claudia Marcela Ortega Rueda promovieron proceso ordinario en contra del Banco Granahorrar S.A. –este último en calidad de cesionario del Banco Central Hipotecario– para que se lo declare

civilmente responsable por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de mutuo que ellos celebraron con la entidad cedente, por haber abusado de su posición dominante al reversar el alivio a que por ley tenían derecho; negar la cancelación de la hipoteca; afectar su integridad psíquica al someterlos a constantes cobros; y reportarlos de manera arbitraria en las centrales de riesgo.

Solicitaron, en consecuencia, se condene a la referida entidad a pagarles los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que se indicaron en el libelo.

B. Los hechos

1. En junio de 1994 los demandantes celebraron con el Banco Central Hipotecario un contrato de mutuo con intereses, garantizado con hipoteca, por la suma de \$8.300.000 que debía cancelarse en 180 cuotas mensuales bajo el sistema UPAC.

2. El desembolso del crédito se realizó en agosto de 1994, y desde el mes siguiente los deudores comenzaron a pagar su compromiso.

3. Durante toda la vigencia de la obligación los mutuarios tuvieron un comportamiento ejemplar, estricto y puntual en el pago de las cuotas mensuales.

4. El 17 de marzo de 2000, el representante legal del BCH les informó que como resultado del proceso de reliquidación del crédito se les había aplicado una

disminución de \$4'004.886,43 por concepto de alivio autorizado por la Ley de vivienda. [Folio 45]

5. El BCH cedió el referido crédito al Banco Granahorrar, hecho que fue informado a los deudores en memorial de 27 de junio de 2000. [Folio 46]

6. Para septiembre de 2000 el crédito tenía un saldo de \$9'986.116,29, al cual se hizo un abono de \$9'900.000, tal como consta en el 'aviso de vencimiento y pago' expedido por el BCH. [Folio 50]

7. Al mes siguiente el saldo total de la obligación había ascendido de \$86.116,29 a \$342.950,35.

8. Sin protestar por el exagerado aumento de la deuda, los deudores pagaron \$345.000, es decir más de la suma que debían. [Folio 49]

9. A pesar de haber cancelado la obligación en su totalidad, al mes siguiente esto es en noviembre de 2000, les llegó un extracto de crédito hipotecario en el que figuraba un saldo final de \$4'721.250. [Folio 51]

10. A partir de ese momento los demandantes rechazaron el cobro que se les estaba haciendo porque la entidad cesionaria no podía variar a su antojo las condiciones del crédito ni reversar el alivio que había aplicado.

11. Ante los reclamos por ellos elevados y la solicitud de cancelación de hipoteca, la demandada solo ofreció respuestas

evasivas, alejadas de la realidad y sin ninguna justificación legal.

12. Desde ese momento adelantaron una incesante y agotadora lucha para que Granahorrar les aclarara su situación crediticia, frente a lo cual solo obtuvieron como respuesta una molesta ola de cobros de una deuda inexistente que los sumió en un constante estado de zozobra, intranquilidad, angustia, tormento y desasosiego extremos, que se tradujeron en un evidente daño moral.

13. El reporte negativo ante las centrales de información, de igual modo, afectó su buen nombre e historia crediticia; les impidió acceder a créditos con otras entidades; obstaculizó la realización de negocios; y les generó pérdidas económicas que significaron un ostensible daño patrimonial.

14. Ante los persistentes reclamos de los actores y en virtud de la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia Bancaria, esta entidad, mediante oficio de 15 de agosto de 2002, conminó a la demandada para que aplicara el alivio del crédito que había reversado de manera unilateral, recalcando que *“si el deudor hipotecario no eligió el crédito sobre el cual quería que le fuera aplicado el abono”*, éste debió hacerse *“exclusivamente sobre aquél crédito al que le corresponda un abono de mayor cuantía”*. [Folio 157]

15. A pesar de lo anterior, la institución financiera continuó con sus abusivos e infundados cobros que afectaron la tranquilidad y las actividades comerciales de los

demandantes; al tiempo que los reportó como deudores morosos ante las centrales de información.

16. Finalmente, a mediados de julio de 2003, los pretensores recibieron una propuesta de un funcionario del banco para que cancelaran el valor de \$115.513, que fue el saldo que resultó después de haber aplicado un nuevo alivio de \$3.885.887.

17. Los demandantes realizaron el pago de la suma mencionada el 23 de julio de 2003 y para la fecha en que interpusieron la demanda se encontraban aún a la espera de que la institución financiera cumpliera con su obligación de cancelar la hipoteca y retirar la información negativa de las centrales de riesgo.

C. El trámite de la primera instancia

1. El 2 de septiembre de 2003 se admitió el libelo incoativo y se corrió traslado a la parte demandada. [Folio 31]

2. En su contestación, la entidad convocada se opuso a las pretensiones y alegó las excepciones que denominó “*ausencia de responsabilidad del Banco Granahorrar frente a los supuestos perjuicios materiales y morales alegados por los demandantes*”; y “*pago de la ley de vivienda*”. [Folio 265]

3. El Banco Central Hipotecario, en su condición de llamado en garantía, manifestó que no es responsable de las acciones u omisiones de Granahorrar. [Cuaderno llamamiento]

4. El 31 de julio de 2007 se dictó sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, con sustento en que la reversión del alivio estuvo legalmente justificada y, por tanto, no hubo incumplimiento por parte de la demandada.

5. Contra esa decisión los demandantes formularon recurso de apelación.

D. La sentencia de segunda instancia

El 30 de abril de 2010 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión de primer grado por las razones expresadas en esa providencia, entre las cuales adujo que está demostrado que la demandada incumplió sus obligaciones contractuales al reversar el alivio que se había aplicado al crédito sin el consentimiento de los deudores, y al reportarlos como morosos en las centrales de información sin serlo. No obstante, consideró que no existe prueba de los perjuicios que tal proceder les pudo haber generado, por lo que finalmente negó las pretensiones.

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene cuatro cargos que serán resueltos en el mismo orden en que se formularon, de los cuales los dos últimos se decidirán de manera conjunta por compartir similares acusaciones y argumentos.

1. PRIMER CARGO

Con apoyo en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusó la sentencia por no estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda.

Para demostrar el reproche, afirmó que la parte resolutive de la providencia del *ad quem* no armoniza con las consideraciones en que halló su explicación y razón de ser, pues si el Tribunal encontró probado que la entidad financiera incumplió sus obligaciones contractuales, entonces la decisión debió concretarse al reconocimiento de la indemnización de perjuicios que se solicitó.

“El yerro del Tribunal –agregó– recae exclusivamente sobre la parte resolutive de la sentencia, no en el examen de las consideraciones que le sirvieron a dicho juzgador como motivos determinantes de su fallo, y el error se traduce en no guardar congruencia alguna entre aquélla y éstos.” [Folio 16]

CONSIDERACIONES

1. De manera reiterada esta Corte ha sostenido que la incongruencia consiste en un quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento que se patentiza cuando la sentencia decide sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de resolver los temas que fueron objeto de la litis, o realiza una condena más allá de lo pretendido, o no se pronuncia sobre alguna de las excepciones de mérito cuando es del caso hacerlo.

El reseñado vicio comporta una inejecución de los preceptos procesales que establecen los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad del juzgador. Por ello, la doctrina procesalista ha sostenido que ese error se traduce en un verdadero ‘exceso de poder’ al momento de proferir el fallo, pues el juez está “*desprovisto del poder de pronunciar más allá de los límites dentro de los cuales está contenido el tema de la controversia*”. (CALAMANDREI, Piero. La Casación Civil. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. Pág. 266)

Sabido es que el proceso civil contiene una relación jurídico–procesal en virtud de la cual la actividad de las partes y el campo de decisión del juez quedan vinculados a los términos de la demanda y su contestación.

“*Los hechos y las pretensiones de la demanda, y las excepciones del demandado –tiene dicho esta Corte–, trazan en principio los límites dentro de los cuales debe el juez decidir sobre el derecho disputado en juicio; por consiguiente, la incongruencia de un fallo se verifica mediante una labor comparativa entre el contenido de lo expuesto en tales piezas del proceso y las resoluciones adoptadas en él, todo en armonía con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil; de ese modo se podrá establecer si en verdad el juzgador se sustrajo, por exceso o por defecto, a tan precisas pautas*”. (Sentencia de casación civil de 6 de julio de 2005. Exp.: 5214-01)

Y en igual sentido ha sostenido: “*El precepto citado fija los límites dentro de los cuales debe el juzgador desarrollar su actividad decisoria, en forma tal que si los desborda, bien porque concede más de lo pedido por los litigantes, o provee sobre pretensiones no deducidas por ellos, u omite la decisión que corresponda sobre alguna de las pretensiones o excepciones en los términos fijados por la norma,*

incurrir en un error de procedimiento, originado en la violación de la regla mencionada, que le impone el deber de asumir un específico comportamiento al momento de fallar, yerro para cuya enmienda está instituida la causal segunda de casación, mediante la cual puede lograrse la simetría que debe existir entre lo decidido en la sentencia y lo solicitado por los contendientes”. (Sentencia de Casación N° 042 de 26 de marzo de 2001. Exp.: 5562)

La facultad jurisdiccional del sentenciador al momento de emitir su decisión se encuentra demarcada, entre otras normas, por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor *“la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley... No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta...”*

La trasgresión de las anteriores pautas de conducta por parte del fallador significa la incursión en una causal de incongruencia que -como puede advertirse- conlleva un error de procedimiento porque las referidas reglas no señalan al funcionario judicial cuál debe ser el sentido de su decisión sino que, por el contrario, le dictan los parámetros que debe seguir para el proferimiento del fallo.

En ese orden, cuando el juez infringe el primer inciso del artículo 305 incurre en el vicio de inconsonancia por emitir una sentencia que decide sobre puntos ajenos a la controversia o deja de resolver los temas que fueron objeto de la litis. Incurre, además, en incongruencia cuando desconoce

el mandato contenido en el segundo inciso de la citada disposición, esto es cuando condena al demandado por cantidad superior o por objeto o causa distinta de la invocada en la demanda (*ultra petita* o *extra petita*).

La aludida causal, en línea de principio, no puede invocarse sobre la base de haberse decidido de manera adversa a los intereses del actor o cuando el resultado del proceso no satisface al impugnante si la decisión –libre de excesos o abstenciones respecto de las pretensiones– recae sobre lo que ha sido materia del pleito. En tales situaciones, naturalmente, mal podría entenderse que se dejó de resolver sobre un extremo de la controversia o que se interpretó equivocadamente la demanda o se condenó más allá de lo que se pretendió.

No obstante, aún en la sentencia completamente desestimatoria de las pretensiones se puede presentar la incongruencia “*cuando el juzgador se aparta de los hechos aducidos por la partes y sólo con base en los que supone o imagina procede a la absolución.*” (Sentencia de Casación Civil de 26 de septiembre de 2000. Exp. N° 6388) Dicho de otra forma, “*...es posible enjuiciar a través de la causal de incongruencia la sentencia totalmente absolutoria, cuando ella se profiera con base en hechos distintos de los alegados en la demanda...*”. (Sentencia de 11 de abril de 1994); es decir cuando lo resuelto por el juez desconoce las pretensiones deducidas del libelo o las excepciones formuladas en la contestación.

De igual modo la decisión absolutoria puede resultar incongruente “*cuando declara probadas sin alegación de parte cualquiera de las excepciones denominadas por la doctrina como*

‘propias’, es decir, las de prescripción, nulidad relativa y compensación”. (Sentencia de 22 de abril de 2009. Exp.: 2000-624-01)

En cambio, cuando el veredicto implica un pronunciamiento del sentenciador sobre lo que fue materia de la controversia es imposible que se yerre por inconsonancia, pues *“de lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable”*. (Sentencia de 22 de enero de 1980. G.J. t. CLXVI, p. 9)

2. En el caso que suscita la atención de la Corte, la sentencia acusada negó completamente las pretensiones de la demanda, a cuya decisión arribó después de haber considerado, entre otras cuestiones, que no existe prueba de los perjuicios que el incumplimiento contractual ocasionó al actor.

Luego, fue una cuestión eminentemente probatoria y no una desarmonía de la parte resolutive respecto de las pretensiones y excepciones, lo que condujo al Tribunal a proferir su decisión.

De hecho, al examinar la sustentación del cargo aparece con nítida evidencia su absoluta falta de correspondencia con la causal alegada, porque se tomó como base de la censura un motivo que la ley consagra para enmendar un error *in procedendo* –cual es la inconsonancia de la sentencia con las pretensiones de la demanda o las excepciones del demandado–, en tanto que el desarrollo del ataque se

circunscribió a reprochar un supuesto error *in judicando*, para cuya corrección se ha establecido una causal diferente.

“La resultante de esta extraña manera de impugnar la sentencia –tiene establecido esta Corporación– es un hibridismo que pugna con el elemental postulado de la técnica del recurso extraordinario, conforme al cual se atribuye autonomía e individualidad propia a cada una de las causales de casación, cuyo desconocimiento al formular la respectiva demanda es razón suficiente para rechazar el cargo así propuesto”. (Sentencia de Casación Civil de 28 de agosto de 1974. G.J. t. CXLVIII, pág. 229)

En efecto, cuando el juez comete errores en los razonamientos que realiza para hallar la premisa fáctica o la normativa, o para hacer la correspondiente subsunción de aquélla en ésta, o cuando no obstante haber realizado la correcta inferencia lógica se abstiene de declarar el efecto jurídico que la norma consagra, en todos esos casos el eventual equívoco consistirá en un error de juicio y no en uno de procedimiento.

Tales situaciones no pueden confundirse con la que se presenta cuando el sentenciador se aparta de los hechos, pretensiones y excepciones aducidas por las partes y que delimitan el litigio, pues mientras esta situación está comprendida en la causal segunda de casación, aquéllas solo pueden plantearse en el ámbito de la primera.

La inconsonancia, ha dicho la Corte, *“no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo, porque si la censura parte de haber cometido el sentenciador yerros de apreciación*

en cuanto a lo pedido y lo decidido, ‘y a consecuencia de ello resuelve de manera diferente a como se le solicitó, no comete incongruencia sino vicio in judicando, que debe ser atacado por la causal primera de casación’ (G.J. CXVI, 84)’. (Sentencia de 7 de marzo de 1997. Exp.: 4636)

Desde tal perspectiva, es incontrovertible que no existe la incongruencia que se atribuye a la sentencia por cuanto ésta abordó todas las cuestiones que se plantearon en el pleito, y concluyó que ante la falta de prueba de uno de los elementos exigidos para el buen suceso de la acción ejercida en la demanda se imponía la absolución de la parte que fuera convocada a juicio.

En consecuencia, si el recurrente pretendía rebatir la conclusión a la que llegó el Tribunal respecto de la necesidad de declarar la consecuencia jurídica prevista en la norma porque se demostraron los supuestos de hecho que ella consagra, entonces debió dirigir su acusación por la vía de la causal primera y no por la de la segunda, siendo esa confusión técnica una razón suficiente para declarar el fracaso del cargo.

2. SEGUNDO CARGO

Con fundamento en la causal primera de casación se acusó la sentencia por violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 63, 669, 1494, 1495, 1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 2221, 2432, 2440, 2438, 2457 del Código Civil, y 38 de la Ley 153 de 1887.

Destacó la censura que el *ad quem* no abrigó duda respecto de la responsabilidad en que incurrió la demandada por violación de sus obligaciones contractuales, por lo que era de esperarse que aplicara la voluntad de la ley sustancial y declarara la indemnización de perjuicios que ella señala. De ahí que al omitir hacer ese pronunciamiento incurrió en un error *iuris in indicando*.

CONSIDERACIONES

1. Con sustento en la causal primera de casación consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, una sentencia puede ser acusada de quebrantar normas de derecho sustancial, bien porque el Tribunal se equivocó sobre la cuestión jurídica sometida a su consideración, ora porque esa infracción se produjo como consecuencia de un error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, su contestación o una determinada prueba, o de un error de derecho en la valoración probatoria.

Se trata de dos maneras completamente diversas de violación de la ley sustancial, pues en el primer caso el recurrente acepta a plenitud las conclusiones fácticas a que hubiere llegado el sentenciador, en tanto que en la segunda hipótesis se discrepa de las conclusiones a que éste arribó en torno a los hechos sobre los cuales litigan las partes.

Sobre tan importante distinción en el ámbito de la causal primera, esta Sala ha precisado:

“1. Al quebranto del derecho sustancial puede llegarse por dos vías o caminos diferentes, según que el desacierto cometido por el sentenciador dependa o no del examen probatorio. En el primer evento se ha dicho que la violación se produce de manera indirecta porque la transgresión de la ley queda sujeta a la constatación irregular de los hechos por parte del Juez, que solo de contragolpe conduce a su inaplicación o a su aplicación inexacta, en tanto que la vulneración se produce de manera directa cuando el Juzgador incurre en esas mismas conductas o en la de interpretar erróneamente la ley, pero en este caso con total prescindencia del problema probatorio, como cuando ignora la existencia de la norma o desconoce su validez y alcance; supuestos estos en los que se ha dicho que el error es puramente jurídico, por oposición al primero que surge de la falsa apreciación de los hechos.

“2. Por ser, entonces, el error jurídico y el probatorio dos conductas bien distintas y perfectamente delimitadas del Juzgador en la violación de la ley sustancial, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente que ellas no se deben confundir y menos entrelazar en una misma vía o camino de impugnación, por cuanto ello constituye irregularidad técnica de la acusación que impide a la Corte ocuparse de su desarrollo y a la casación de cumplir a cabalidad sus fines de nomofilaquia y de unidad interpretativa de la jurisprudencia”. (G.J. t. CCXLVI, Vol. II, pág. 1251)

La muy acentuada diferencia entre las dos maneras en que se puede producir la violación de la ley sustancial debe tenerse en cuenta al momento de formular las acusaciones contra el fallo impugnado, pues un ataque en casación sólo puede desvirtuar la argumentación jurídica y probatoria que haya expuesto el *ad quem* como fundamento de su decisión, si guarda estricta correspondencia con ellas.

Sobre el particular, esta Corte tiene sentado: “... el impugnante puede compartir la visión que de los hechos se hubiese formado el Tribunal o puede discrepar de él. De ser lo primero, deberá enderezar su acusación por la vía directa, lo que lo apremia a desenvolver la acusación sin abandonar el ámbito estricto de la norma legal, con miras a poner de presente que el juzgador se equivocó en la solución jurídica dada a esos hechos. Y si lo segundo, le incumbe demostrar los errores de apreciación probatoria, ya sea de hecho o de derecho, que aquél hubiere cometido en la estimación de las pruebas o de la demanda, cuando fuere del caso, y que lo habrían conducido a quebrantar los preceptos sustanciales. Sin embargo, la escogencia de una u otra opción no es cuestión referida a su simple parecer, como que todo dependerá de la forma como supuestamente se hubiere presentado la violación de la ley en la sentencia. En todo caso, si opta por la vía directa, no le será dable proponer su propia versión de los hechos, pues con tan peculiar manera de configurar el cargo no hará otra cosa que exhibir su discrepancia con la fundamentación fáctica de la misma.

“Débese destacar, entonces, que además de estarle vedado al impugnante mixturar las dos formas de ataque en un mismo cargo, tampoco le es permitido acudir arbitrariamente a cualquiera de ellas, pues le será imperioso trazar la acusación por la vía directa cuando no existan errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria imputables al juzgador, de modo que la disconformidad con la sentencia cuestionada deberá ubicarse, por fuerza, en el ámbito estrictamente jurídico. Por el contrario, cuando la discrepancia con la decisión recurrida se anide en sus fundamentos fácticos, deberá perfilar la censura por la vía indirecta, encontrándose impelido, en tal supuesto, a definir clara y puntualmente la especie de error que le endilga al fallador, es decir, si es de hecho o de derecho.” (Sentencia de Casación Civil de 17 de agosto de 1999, Exp. 5170)

2. Se ha evocado la anterior jurisprudencia porque es incontrovertible que el recurrente empleó una vía inadecuada para combatir la sentencia en la medida en que dirigió su ataque por la vía directa, imputando la inaplicación de varias normas sustanciales, cuando la sentencia del Tribunal está sostenida en un aspecto netamente probatorio.

En efecto, el *ad quem* confirmó el fallo absolutorio del juez *a quo* porque no halló acreditados los perjuicios alegados por los demandantes; y ello obligaba al censor a combatir la sentencia impugnada en el mismo campo fáctico, mediante la demostración del supuesto error que cometió el Tribunal al no dar por probados, estándolo, los daños cuyo resarcimiento se invocó en la demanda.

Por tal razón, los términos en que el recurrente se situó para impugnar la sentencia, no resultan eficaces para lograr el quiebre de aquélla y tal deficiencia impide la prosperidad del cargo.

3. TERCER CARGO

Con base en la causal primera de casación se denunció la violación indirecta de los artículos 1602 y 1616 del Código Civil; 5º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 15 de la Constitución Nacional, por falta de aplicación de los artículos 174, 175, 176, 177 y 187 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de error de hecho respecto de varias pruebas que demuestran que hubo

un reporte injustificado a las centrales de riesgo, cuya falta de apreciación condujo al Tribunal a concluir que no existió el daño al buen nombre.

Manifestó que el banco reportó a los actores como morosos ante las centrales de información sin que ello fuera cierto, lo que demuestra “*el incumplimiento de la obligación de no hacer y el daño mismo al buen crédito del que gozaban sus nombres, siendo legal y jurídicamente procedente la correspondiente reparación*”.

Considera el censor que el Tribunal erró en la elaboración de la premisa menor del silogismo jurídico al pretender encontrar, entre los elementos materiales que se allegaron al proceso, la convicción de la existencia del daño subjetivo, como si éste fuese susceptible de ser apreciado de manera objetiva. [Folio 35]

Para los impugnantes, el reporte negativo en las centrales de riesgo causó un grave menoscabo a su buen nombre, siendo ese aspecto imposible de ser demostrado mediante pruebas directas porque es un asunto inmaterial y subjetivo.

4. CUARTO CARGO

Con apoyo en la causal primera de casación, se acusó la sentencia de violar indirectamente los artículos 1494, 1612, 1613, 1614, 1616, 2341 y 2343 del Código Civil, 15 de la Constitución, con violación medio de los artículos 174, 175, 176, 187, 194, 198, 200 y 210 del Código de Procedimiento Civil como consecuencia de error de hecho en el que incurrió

el Tribunal por no haber apreciado las pruebas practicadas en el proceso y que demuestran la existencia del daño moral.

Uno por uno se citaron los documentos que corroboran el acoso persistente y mortificante al que la entidad financiera sometió a los demandantes, aún en horas inapropiadas, y que los sumió en un constante estado de angustia y molestias insoportables por el cobro de algo que no debían.

Si el Tribunal hubiera apreciado tales pruebas, en suma, habría condenado a la reparación del daño moral que causó la entidad demandada.

CONSIDERACIONES

1. Tanto el cargo tercero como el cuarto reprocharon la sentencia de segunda instancia por no haber tenido en cuenta las pruebas que corroboran que los actores sufrieron un daño a su buen nombre y un grave menoscabo moral, hechos que - según su criterio- ameritan la imposición de sendas indemnizaciones frente a cada uno de esos tipos de perjuicio, del modo como fuera solicitado en las pretensiones.

Previo a abordar el específico punto en el que se sustentó la acusación, concerniente, como se dijo, a la valoración probatoria que realizó el *ad quem*, resulta pertinente examinar algunos temas que tienen directa relación con el litigio, tales como la noción del detrimento extrapatrimonial y las distintas formas en que suele presentarse; la posibilidad de que un incumplimiento contractual genere un daño de ese orden; y la prueba que se requiere para demostrar esa clase de perjuicios.

2. El estudio del daño ha adquirido una importancia cada vez mayor en los últimos tiempos, al punto que para muchos autores el análisis de ese elemento constituye en la actualidad el tema central de la responsabilidad civil, pues ya no se lo examina como un simple asunto accesorio al factor de imputación, sino que se le concede todo el protagonismo que le otorgan una sociedad y una cultura jurídica interesadas en la reparación del derecho o bien vulnerado, en el reconocimiento del valor de la persona humana, en la reivindicación del nombre de las víctimas y en la obtención de su perdón por haber resultado agredida su dignidad.

Por ello, desde hace algunas décadas, la doctrina de esta Corte ha venido afirmando que *“dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”*. (Sentencia de casación civil de 4 de abril de 1968)

En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al

menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.

3. Durante mucho tiempo se consideró que para el derecho civil el único daño importante y, por ello, objeto de protección, era el patrimonial; creencia que se apoyó, tal vez, en la interpretación de la fórmula del jurisconsulto Paulo (siglo III), según la cual *“el daño y la condena se predicen tanto de la privación como de la disminución **del patrimonio**”*. (Digesto, Libro XXXIX, título II, Ley 3ª: *“Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonio dicta sunt”*)

Según esta concepción, el objeto del derecho privado se circunscribía a la protección de la realidad del comercio, el juego de intereses y el reparto de bienes, por cuanto forman parte de un **patrimonio** que tiende a satisfacer las necesidades de su dueño, tanto las materiales como las espirituales.

Sin embargo, ya en las Siete Partidas redactadas en Castilla durante el reinado de Don Alfonso X El Sabio (1252-1284), quedó definido el daño como *‘el empeoramiento o menoscabo que home recibe en si mesmo o en sus cosas por culpa de otro’*. *“El daño recaería, así, sobre algo extrapatrimonial que se denomina ‘el hombre en sí mismo’, en contraposición a ‘las cosas del hombre’, que era lo patrimonial”*. (Gastón SALINAS UGARTE, Responsabilidad contractual. Tomo II. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2011. Pág. 672)

El antiguo derecho francés, por su parte, recogió la tradición romana de manera imperfecta, porque los autores no tuvieron sino un conocimiento incompleto de las antiguas fuentes. *“Esa laguna los condujo a establecer una distinción que el*

derecho romano no había hecho jamás entre la responsabilidad delictual y la responsabilidad contractual. Admitieron con bastante agrado que, en la primera de las esferas, el daño moral daba lugar a reparación. (...) Pero en la esfera contractual, los antiguos autores franceses se negaron categóricamente a admitir la reparación del perjuicio moral: el incumplimiento de un contrato no daba lugar al abono de daños y perjuicios a favor del acreedor sino con la condición de que este último pudiera establecer que por ese hecho experimentaba un perjuicio económico.” (MAZEAUD y TUNC. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo I. Buenos Aires, 5ª edición. Pág. 429)

A comienzos del siglo XX, los tratadistas MAZEAUD y TUNC, a partir de un análisis histórico del derecho, se opusieron a la opinión de los antiguos intérpretes franceses y, en especial, a la de DOMAT y POTHIER, para quienes el incumplimiento contractual no daba lugar a indemnización del daño moral.

En tal sentido, los primeros comentaron que, desde siempre, el sentimiento del honor “*era conocido en los tiempos más remotos; sin duda alguna, en la época de la venganza privada, los atentados contra el honor se reprimían con mayor severidad que los daños materiales*”. (Ibid. Pág. 428)

En similar sentido anotó Ihering: “*Cuando la espada era la llamada a poner término a las guerras de lo tuyo y de lo mío, cuando el caballero de la Edad Media enviaba el cartel de desafío, los que presenciaban la lucha podían colegir perfectamente que no se luchaba sólo por la cosa en su valor material, por sólo evitar una pérdida pecuniaria, sino que se defendía algo más, se defendía en la cosa el derecho de cada uno, su honor, su persona misma*”. (La lucha por el derecho. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947. Pág. 176)

Con fundamento en el estudio de otro texto de Ihering, los hermanos MAZEAUD y ANDRÉ TUNC señalaron: *“En pocas palabras, la jurisprudencia romana llegó en esto a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho”*. (Op. Cit. Pág. 429)

En ese orden –prosигuen los referidos autores– *“son numerosas las convenciones que interesan directa o indirectamente a nuestros sentimientos, a nuestra tranquilidad, a nuestra salud física y moral, a nuestra consideración y a nuestro honor”*. Por ello *“no existe ninguna razón para tratar de manera diferente (...) los dos órdenes de responsabilidad. Todos los argumentos invocados a favor de la reparación del perjuicio extrapecuniario en materia de responsabilidad delictual valen también cuando se trata del incumplimiento de un contrato. Tanto en uno como en otro caso, el abono concedido por daños y perjuicios desempeñará satisfactoriamente su papel.”* (Ibid, 467)

En época más reciente, la doctrina generalizada se inclina por la posibilidad de resarcir el daño extrapatrimonial derivado del incumplimiento contractual, a cuya conclusión se ha llegado luego de considerar que el concepto de perjuicio comprende tanto el daño patrimonial como el no patrimonial, los cuales deben ser resarcidos en su totalidad, por lo que *“ninguna razón lógica o jurídica se opone a que en materia de contratos se indemnice el agravio inferido al acreedor, al igual que tratándose de los hechos ilícitos en materia extracontractual, ya que los motivos que justifican este criterio son unos mismos en una y otra hipótesis”*. (FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de derecho civil moderno. Pág. 72)

Frente a este mismo tema, el autor chileno Gastón SALINAS UGARTE refiere: *“el moderno derecho de daños considera la necesidad de reparar, no sólo la esfera material del mismo, sino todos los aspectos vinculados con la espiritualidad, afectividad y dignidad humana en consideración a ideales humanistas y solidaristas...”* (Responsabilidad civil contractual. Tomo II. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2011. Pág. 673)

Los tratadistas argentinos, a su vez, coinciden en la necesidad de resarcir el daño moral ocasionado con el incumplimiento contractual, por la sencilla razón de que en el ordenamiento positivo del país austral esa indemnización se encuentra expresamente permitida. A tal respecto se ha afirmado que *“un hecho ilícito no deja de ser tal, ni modifica su naturaleza, por la mera circunstancia de producirse ‘dentro’ de una obligación preexistente que resulta incumplida, o ‘fuera’ de ella. En uno y otro supuesto, el menoscabo espiritual derivado de la lesión a un interés no patrimonial puede ocasionarse y merece la misma reacción del ordenamiento jurídico, orientada a restablecer el equilibrio alterado mediante el pertinente resarcimiento”*. (Ramón Daniel PIZARRO. Daño moral. Buenos Aires: Edit. Hammurabi, 1996. P. 173)

Un argumento similar expone TRIGO REPRESAS, quien considera que *“el concepto unitario del daño moral determina que el perjuicio sea el mismo, sea que provenga de un acto ilícito como del incumplimiento de una obligación”*. (Tratado de la responsabilidad civil. Tomo I. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2008. Pág. 494)

En el derecho comparado, existen legislaciones cuyos códigos civiles no se han pronunciado expresamente sobre la cuestión, dando lugar a una evolución doctrinaria y jurisprudencial que se muestra favorable al resarcimiento del daño extrapatrimonial contractual; tal es el caso de Francia,

España, Suiza, Chile y Brasil. Por otro lado, están aquellos cuerpos normativos que han admitido la procedencia de esa indemnización de manera expresa, entre los que se cuentan el del Líbano, Perú, Argentina, y la provincia canadiense de Quebec. (Ramón Daniel PIZARRO. Op. cit. Pág. 181)

4. Nuestra jurisprudencia, por su parte, desde 1922 reconoció que *“tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente.”* Con sustento en esas consideraciones, la Corte revocó una sentencia que había negado las pretensiones por no hallar probado que el actor sufriera menoscabo en su patrimonio por el hecho de la extracción de los restos de su finada esposa de la tumba en que fue sepultada; y, en su lugar, concluyó que al demandante, **“por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil...”** (Sentencia de 21 de julio de 1922. León Villaveces contra Municipio de Bogotá) [Se resalta]

Si bien desde entonces no hubo problema alguno en admitir el resarcimiento del daño moral derivado de la responsabilidad aquiliana, no ocurrió lo mismo en tratándose de la indemnización de ese rubro como consecuencia del incumplimiento contractual, bajo el argumento de que esa clase de daño no estaba consagrada en nuestro ordenamiento civil, o simplemente, con apoyo en la doctrina de algunos autores franceses del siglo antepasado. (Sentencias de 20 de febrero de 1945, G.J. LVIII, p. 613; 29 de octubre de 1945, G.J. LIX, p. 751;

de 23 de noviembre de 1954, G.J. LXXIX, p. 669; de 28 de agosto 1959, G.J. LIX, p. 748)

El único pronunciamiento que en todo ese tiempo llegó a una conclusión diferente fue el de 6 de julio de 1955, que condenó a un mandante al pago de los perjuicios morales que ocasionó a su abogado, por haber incumplido el contrato de mandato. (G.J. LXXX p. 658)

Sin embargo, el panorama jurídico en la actualidad es bien distinto, y aun cuando el Código Civil no menciona de modo expreso tal indemnización, lo cierto es que tampoco existe en ese cuerpo normativo ni en ninguna otra disposición una prohibición al respecto y, por el contrario, sí pueden encontrarse varios preceptos a partir de los cuales se logra inferir la posibilidad de su reconocimiento.

A partir de una interpretación sistemática del artículo 1613 del Código Civil, éste no puede seguir siendo entendido como un obstáculo para el reconocimiento del perjuicio extrapatrimonial derivado del incumplimiento de un contrato, dado que ese precepto no tiene un alcance restrictivo en materia de indemnización y, por el contrario, sólo cumple una función de orientación para establecer la condena por el daño patrimonial, lo que no significa que solo esta clase de perjuicio tiene relevancia en el ámbito de las convenciones.

Es más, el artículo 1615 señala que “*se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora*”, sin limitar el resarcimiento a los daños patrimoniales; lo que de todas maneras no resultaría posible porque el

artículo 16 de la Ley 446 de 1998 señala que “*dentro de **cualquier proceso** que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, **atenderá los principios de reparación integral y equidad** y observará los criterios técnicos actuariales*”; sin que la citada disposición introduzca diferencias en la indemnización en razón de la fuente que dio origen al perjuicio. (Se subraya)

Ello significa que el juez tendrá que ordenar al responsable del daño la **reparación plena** del mismo, que en materia contractual se traduce en el deber de colocar al deudor en la misma situación en que se habría hallado si el convenio se hubiera cumplido a cabalidad, lo cual supone restablecer tanto las condiciones económicas como las personalísimas que resulten afectadas con el incumplimiento.

En nuestra legislación mercantil, el artículo 1006 del Código de Comercio consagra la indemnización del daño extrapatrimonial por incumplimiento del contrato de transporte: “*Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. **En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral***”. (Se resalta)

A su vez, la jurisprudencia nacional ha reconocido tácitamente que no es el carácter contractual o extracontractual de la obligación lo que hace posible la reparación del perjuicio extrapatrimonial, tal como ha quedado plasmado en las condenas por responsabilidad

derivada del incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos. (Sentencias de 12 de julio de 1994, G.J. t. CCXXXI N°2470, p. 49; 5 de octubre de 2004, Exp.: 6191; 17 de noviembre de 2011. Exp.: 1999-0053-01, entre otras)

De manera que no es la fuente de la que emana la responsabilidad (contractual o extracontractual) el criterio que permite otorgar el pago de la indemnización integral del perjuicio, dado que no existe una necesaria correlación entre la patrimonialidad de la prestación y la naturaleza del daño.

Por el contrario, es la comprobación de un daño a la persona lo que da lugar al resarcimiento no patrimonial, con independencia de si tuvo o no su origen en un convenio que en principio pudo perseguir un beneficio netamente económico.

“Con estos lineamientos –tiene dicho esta Sala– la naturaleza patrimonial o no patrimonial del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, ‘porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial (...)’.” (Sent. de 18 de septiembre de 2009)

Por estas razones, nada se opone a que un incumplimiento contractual dé lugar al reconocimiento de una indemnización extrapatrimonial, a condición, claro está, de que un daño de esta especie se encuentre demostrado.

5. La persona, por definición legal, se encuentra investida de una serie de derechos y facultades que le han

sido reconocidos por la norma, respecto de los cuales se predica su titularidad. Tales derechos técnicamente se conocen como derechos subjetivos; luego hay daño a la persona cuando se agravia o menoscaba un bien que hace parte de la esfera jurídica del sujeto. “*El sujeto iuris es summa de valores disímiles dignos de reconocimiento y tutela, cuya lesión entraña la responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo*”. (Sentencia de 18 de septiembre de 2009. Exp.: 2005-406-01)

En lo que toca con los distintos aspectos del daño a la persona, esta Corte, desde 1968, compartió la clasificación que hizo SCOGNAMIGLIO, para quien la integridad psicosomática de un individuo puede proyectarse de tres maneras diferentes: **i)** en el patrimonio; **ii)** en la vida de relación; y **iii)** en la psiquis del sujeto o daño moral en sentido propio.

Sobre el particular, la referida jurisprudencia señaló: “*la lesión a la integridad sicosomática de la persona puede repercutir en el patrimonio de la misma, tanto en los gastos de curación o rehabilitación, como en las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejará de percibir, y también manifestarse en quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto, e incluso proyectarse en sus sentimientos...*” (...)

“*En lo relativo al daño a la persona, consistente de inmediato en un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, **susceptibles de traducirse** en las anotadas consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos a la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto, es obvia la exigencia de demostración inicial de la específica ofensa de la que se asevera hanse desprendido las consecuencias cuya reparación*

se demanda...” (Sentencia de Casación Civil de 4 de abril de 1968. CXXIV, pág. 63) [Subrayas de la Sala]

Tal postura significó un gran avance teórico para su época. Sin embargo, en la actualidad ha sido objeto de revisión y complementación por parte de la doctrina y la jurisprudencia comparada, toda vez que hoy en día no se justifica catalogar ‘la lesión a la integridad psíquica’ de una persona, esto es a su interioridad moral, por ‘su proyección’ en el patrimonio u otro bien jurídico tutelado por el derecho.

Desde luego que el daño se clasifica por las consecuencias que produce y no por las causas que le dieron origen. De ahí que un daño a la esfera interna del sujeto que ‘repercute o se traduce’ en un detrimento patrimonial, es simple y llanamente un perjuicio material o económico, y no existe ninguna razón para confundirlo con el daño a la persona. Lo contrario supondría retornar a la antigua categoría del ‘daño moral objetivado’, superado por la doctrina y la jurisprudencia desde hace varios lustros.

La antigua clasificación, por lo demás, limita el daño extrapatrimonial a la esfera interna del sujeto y deja por fuera de la tutela judicial efectiva las repercusiones sociales del perjuicio no patrimonial, tales como la honra, la dignidad, la libertad y el buen nombre de la persona, que no dependen de su psiquis o interioridad, ni mucho menos de las consecuencias nocivas que llegue a producir en otros bienes jurídicos de inferior jerarquía.

Desde esta perspectiva, y en contraposición al daño estrictamente patrimonial, el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial –además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales.

Así fue reconocido por esta Sala en providencia reciente, en la que se dijo que ostentan naturaleza no patrimonial: “...*la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad –verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.–, o a la esfera sentimental y afectiva...*” (Sentencia de casación de 18 de septiembre de 2009) [Se subraya]

Estas subespecies del daño extrapatrimonial no pueden confundirse entre sí, pues cada una de ellas posee su propia fisonomía y peculiaridades que las distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque a menudo suele acontecer que confluyan en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo.

Con relación a la usual definición del daño moral, esta Corte ha ratificado que “*está circunscrito a la lesión de la esfera*

sentimental y afectiva del sujeto, ‘que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo’ (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos”, que se concretan “en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”. (Sentencia de Casación Civil de 18 de septiembre de 2009. Exp.: 2005-406-01)

El daño a la vida de relación, por su parte, que en nuestra jurisprudencia ha adquirido un carácter distintivo, ajustado a las particularidades de nuestra realidad social y normativa, fue ampliamente desarrollado en la sentencia de 13 de mayo de 2008, en la que se dejó sentado que *“es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño – patrimonial o extrapatrimonial– que poseen alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad...”* (Exp.: 1997-9327-01) [Se subraya]

Para precisar el significado de esta noción, en el mismo fallo se partió de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado sobre esta clase de daño, y en tal sentido se puntualizó cómo éste *“no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre...”*. De igual modo se aclaró, con apoyo

en la doctrina, que “*el daño a la vida de relación es conceptualmente distinguible del patrimonial y del daño a la salud, y puede coincidir con uno u otro, o presentarse cuando ambos están ausentes*”. (Ibid)

La senda que retomó la Sala en la pluricitada sentencia al “*ocuparse nuevamente del estudio del daño a la persona y, en particular, de una de las consecuencias que de él pueden derivarse, cual es el daño a la vida de relación*”, no se agotó en este preciso concepto, sino que a la luz de “*las circunstancias que se derivan del orden constitucional vigente, y la preocupación que, desde siempre, ha mostrado la Corte por adecuar su actuación a los cambios jurídicos, sociales y económicos, y garantizar en forma cabal y efectiva la observancia de los derechos fundamentales de las personas*”; desde aquél momento vislumbró la posibilidad de reconocer “*en forma prudente y razonada, **nuevas clases de perjuicios resarcibles**, encaminados a desarrollar el mentado principio de reparación integral y a salvaguardar los derechos de las víctimas, como ahincadamente lo impone el derecho contemporáneo...*” (Ibid) [Se resalta]

De manera similar, en la sentencia de 18 de septiembre de 2009, esta Corporación, al tratar una vez más el tema del daño moral, precisó que éste es una “*entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente*”, es decir que “*su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños*”, “*aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, **los derechos de la personalidad, la salud e integridad...***” (Exp.: 2005-406-01) [Se destaca]

Los anteriores referentes jurisprudenciales permiten deducir que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos

fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda.

De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: **i)** mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); **ii)** como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, **iii)** como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.

Las dos primeras formas de perjuicio han sido amplia y suficientemente desarrolladas por esta Corte. El **menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional**, en cambio, aunque se ha enunciado tangencialmente por la jurisprudencia, no ha sido materia de profundización, dado que hasta ahora no se había planteado ese asunto en sede de casación.

De suerte que es ésta la oportunidad propicia para retomar la línea trazada por la jurisprudencia de la Sala y, especialmente, por las sentencias de 13 de mayo de 2008 (Exp. 1997-09327-01) y de 18 de septiembre de 2009 (Exp. 2005-00406-01), con relación al tema del resarcimiento de las diversas

subclases de perjuicios que constituyen el daño a la persona o extrapatrimonial; y, en concreto, respecto de la protección en materia civil de los bienes jurídicos de especial relevancia constitucional.

6. El artículo 1º de la Constitución Política consagra que el Estado colombiano está fundado “*en el respeto de la **dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas*” que lo integran y en la prevalencia del interés general. (Se resalta)

A su turno, el inciso 2º del artículo 2º de la Carta Fundamental preceptúa que “*las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, **honra**, bienes, creencias y demás derechos y libertades...*”

Mientras que el artículo 15 *ejusdem* dispone que el Estado debe respetar **y hacer respetar** los derechos a la intimidad personal y familiar **y al buen nombre**. (Se subraya)

Por su parte, el artículo 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce que “*toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos **a su honra, a su reputación** y a su vida privada y familiar*”.

En tanto que el artículo 11 de la Convención Americana de los Derechos Humanos protege la honra y la dignidad al consagrar: “*Toda persona tiene derecho **al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad**. Nadie puede ser objeto de*

*injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, **ni de ataques ilegales a su honra y reputación***".

A su vez, el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos señala: "*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, **ni de ataques ilegales a su honra y reputación**. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*"

Deviene, entonces, incuestionable que tanto la Carta Política como los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad ordenan la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, tales como la integridad psicofísica, la honra, el buen nombre, la intimidad, la libertad, que no son más que desarrollos del principio del respeto a la dignidad en el que se soporta nuestro Estado Social de Derecho.

La dignidad del ser humano es una idea a la que apenas daban cierta importancia los sistemas de derecho civil decimonónicos. Sin embargo, con posterioridad a la segunda posguerra pasó a ocupar el centro del constitucionalismo occidental sobre el que se apoya la mayoría de ordenamientos jurídicos contemporáneos y por el cual éstos últimos adquieren su razón de ser. La persona humana como fin en sí mismo significa ahora no sólo el bien máspreciado sino el único bien absoluto, por lo que no otra sino su defensa es el propósito primordial del derecho.

El constitucionalismo se convirtió de ese modo en el nuevo paradigma del orden jurídico, cuyo influjo ha repercutido en las demás áreas del derecho positivo, incluido el derecho civil, naturalmente, que además de la función que tradicionalmente ha cumplido como regulador de las relaciones privadas, asume ahora un carácter protector de los derechos inalienables.

La defensa de las garantías fundamentales, por tanto, no se agota en la jurisdicción constitucional ni se limita al ejercicio de las acciones constitucionales, sino que es el propósito de todo el establecimiento jurídico entendido como un sistema unitario sustentado en el respeto a la dignidad humana.

Así lo ha aclarado la jurisprudencia nacional al expresar que *“la intimidad, el buen nombre y la honra son derechos constitucionalmente garantizados, de carácter fundamental, lo cual comporta, no sólo que para su protección se puede actuar directamente con base en la Constitución cuando a ello haya lugar, a través de la acción de tutela, sino que, además, de las propias normas constitucionales se desprende la obligación para las autoridades de proveer a su protección frente a los atentados arbitrarios de que sean objeto.*

“Esto es, resulta imperativo conforme a la Constitución, que el Estado adopte los mecanismos de protección que resulten adecuados para garantizar la efectividad de los mencionados derechos, y ello implica la necesidad de establecer diversos medios de protección, alternativos, concurrentes o subsidiarios, de acuerdo con la valoración que sobre la materia se haga por el legislador.” (Corte Constitucional. Sentencia C-489/02)

Desde esta nueva óptica, ya no resulta posible concebir el derecho civil como un conjunto de normas con significado netamente patrimonial, porque la protección de los intereses superiores de los ciudadanos hace necesaria la intervención del derecho privado cuando aquéllos resultan vulnerados, pues de otro modo la tutela de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y por las disposiciones internacionales que declaran derechos humanos, no lograría hacerse del todo efectiva y quedaría relegada al ámbito de las buenas intenciones.

De ahí que las normas constitucionales que consagran la inviolabilidad de los derechos fundamentales deben ser objeto de protección y exigibilidad en el campo del derecho civil, es decir que si esos derechos realmente son inalienables y constituyen intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, entonces tienen que ser resarcibles en todos los casos en que resulten seriamente vulnerados.

Sólo en este contexto cobra significado la figura que se viene analizando, y con base en esta nueva concepción – más normativa que filosófica– es posible definir el daño a los bienes esenciales de la personalidad, subjetivos o fundamentales, como el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual.

Con todo, la defensa del principio supremo de la dignidad humana mediante el resarcimiento integral del perjuicio que se ocasiona a los bienes más preciados para el

individuo, es una institución del derecho civil, y como tal, requiere para su concesión del cumplimiento de los requisitos de esta clase de responsabilidad.

De hecho, las profundas raíces iusprivatistas de esta figura se evidencian en su condición de derecho personalísimo, es decir que su reclamo solo puede ser ejercitado por su titular, y no puede transmitirse ni enajenarse a otras personas.

Otra característica propia del derecho privado es que la protección judicial se concreta en una indemnización pecuniaria, a diferencia del amparo constitucional cuya protección consiste en *“una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”* (artículo 86 de la Constitución Política), a fin de *“garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible”* (artículo 23 del Decreto 2591 de 1991).

Tal protección, sin embargo, para que sea eficaz, presupone que esta clase de daño guarde correspondencia con los valores del ordenamiento jurídico que le imprimen sentido y coherencia al sistema, lo que impone la necesidad de delimitar la extensión del resarcimiento; es decir que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas.

7. La atención debe centrarse, entonces, no en la posibilidad de admitir la indemnización del daño a los bienes personalísimos protegidos por la Constitución y por los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, como categoría autónoma perteneciente al género de los perjuicios extrapatrimoniales –pues su existencia hoy en día no se pone en duda–; sino en precisar en qué casos resulta viable su concesión, con el fin de evitar un pago doble o exagerado de una misma consecuencia nociva que tiene su causa adecuada en un único evento.

Cabe advertir que el problema de la acumulación de prestaciones de carácter extrapatrimonial no genera el mismo tipo de interrogantes que se presentan en tratándose de perjuicios patrimoniales, pues frente a estos últimos la cuestión gira en torno a la prohibición de pagar al damnificado una cifra que excede el resarcimiento pleno del perjuicio sufrido.

La indemnización del daño patrimonial tiene como fin remediar el detrimento económico sufrido por la víctima, por lo que una condena excesiva puede ser fuente de riqueza o ganancia injustificada. La reparación del daño no patrimonial, por el contrario, no cumple una función resarcitoria en sentido estricto, pues ningún bien material es equiparable al valor absoluto de la dignidad humana, el cual es, por lo tanto, irremplazable.

De manera que, por regla general, el desagravio del perjuicio no patrimonial carece de la virtualidad de producir un enriquecimiento injusto, pues los bienes jurídicos

inherentes a la persona humana no tienen equivalencia en dinero. Luego, si la medida de satisfacción que se reconoce no lleva implícito un provecho económico sino más bien de simple consolación, satisfacción o compensación, entonces es desacertado afirmar que la misma puede dar lugar a cualquier tipo de lucro.

El dinero no es en estos casos una estimación del bien conculcado porque simplemente cumple la función de contribuir a la adquisición de satisfacciones o sensaciones placenteras que atenúen la pérdida del bien no patrimonial, aunque no siempre esos mecanismos sustitutivos resultan aptos para anular o hacer desaparecer las consecuencias adversas a las que haya dado lugar el hecho lesivo.

Por esas razones, técnicamente no es un lucro o ganancia lo que puede derivarse de una indebida acumulación de indemnizaciones no patrimoniales, porque la aludida circunstancia solo tiene la aptitud de engendrar una irrazonable o injustificada complacencia, lo cual es sustancialmente distinto.

La pauta de esta justa proporción la marca el criterio de razonabilidad del juez, pues es esa noción intelectual la que le permitirá determinar en cada caso concreto si la medida de satisfacción que otorga en razón del daño a la persona es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de un bien inestimable en dinero, para reivindicar su derecho fundamental y para reparar el agravio o la ofensa infligida a su dignidad.

El juzgador deberá considerar, en primer lugar, que no es el desconocimiento de cualquier interés personal el que justifica el resarcimiento integral en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, porque el tipo de daño que se viene analizando solamente se configura cuando se violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad, tales como la libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre.

Este daño, entonces, debe ser de grave entidad o trascendencia, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil. Naturalmente que toda persona, en tanto pertenece a un conglomerado social y se desenvuelve en él, está llamada a soportar desagradados o perturbaciones secundarias ocasionadas por sus congéneres dentro de ciertos límites, no siendo esas incomodidades las que gozan de relevancia para el derecho; pues es claro que prácticamente cualquier contingencia contractual o extracontractual apareja algún tipo de inconvenientes.

De igual manera el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación.

Así, por ejemplo, si el daño al buen nombre coincide con la afectación del patrimonio de la víctima, y en la demanda se

reclaman sendas indemnizaciones, entonces no será posible conceder ambas pretensiones porque en tal caso se estaría en presencia del mismo perjuicio, imposible de ser reparado por partida doble, dado que uno converge en el otro. Lo mismo cabe predicar de aquél frente al daño moral o a la vida de relación cuando no aparezcan claramente diferenciados.

No obstante, es posible que el quebranto de los intereses superiores de carácter personalísimo coexista con otro tipo de daño cuando cada uno de ellos tiene su causa adecuada en una conducta distinta y no confluye en un único perjuicio.

Como también puede ser que el actor únicamente reclame la indemnización del daño a los bienes jurídicos esenciales al individuo porque su interés se centra en la reivindicación de su dignidad, más que en el resarcimiento de un padecimiento interior a su psiquis, de un eventual detrimento patrimonial, o de un menoscabo a su vida de relación.

En tales eventos, mal podría negarse la reparación civil de una garantía fundamental por el hecho de no haberse demostrado su repercusión en la lesión a un bien de inferior raigambre, pues de lo contrario la tutela efectiva civil no se predicaría del interés superior, sino de otros que podrían ser, incluso, incidentales al perjuicio que se causa a un derecho de carácter personalísimo.

Ello quiere decir que la vulneración a un interés jurídico constitucionalmente resguardado no deja de ser resarcible por el hecho de no tener consecuencias en la afectación de otros

bienes como el patrimonio, la vida de relación, o la esfera psíquica o interior del sujeto; y, por el contrario, solo debe negarse su reparación cuando se subsume en otro tipo de perjuicio o se identifica con él, a fin de evitar un pago múltiple de la misma prestación.

Puede decirse, en síntesis, que existen ciertos parámetros que no constituyen una limitación al libre arbitrio del juzgador, pero que es aconsejable tener en cuenta a fin de evitar que se indemnicen situaciones que no lo merecen. Así, por ejemplo, hay que evaluar si el hecho lesivo vulnera o no un interés jurídico que goza de especial protección constitucional por estar referido al ámbito de los derechos personalísimos; si ese perjuicio confluye o converge en otro de dimensiones específicas como el daño patrimonial, el moral, a la salud o a la vida de relación, de tal suerte que se presenten como una misma entidad; o si, por el contrario, es posible su coexistencia con esos otros tipos de daños por distinguirse claramente de ellos o tener su fuente en circunstancias fácticas diferenciables; entre otras particularidades imposibles de prever de manera apriorística, dado que solo las peculiaridades de cada caso permiten arribar a la decisión más equitativa y ajustada a derecho.

8. En los cargos que se analizan, se acusó la sentencia por no reconocer la indemnización de dos especies de daño que -en criterio del casacionista- tuvieron causas adecuadas distintas: la lesión al buen nombre y el perjuicio moral.

En efecto, la situación generadora del menoscabo al buen nombre (cargo tercero), como bien jurídico que goza de

protección constitucional, se hizo derivar del reporte injustificado a las centrales de información; mientras que el hecho que dio origen al detrimento moral (cargo cuarto), según fuera expuesto por los actores, consistió en haberlos sometido durante mucho tiempo a constantes zozobras, angustias y vejámenes por el cobro frecuente de una obligación inexistente.

En verdad que ambas situaciones son perfectamente distinguibles porque no están vinculadas por una relación de causa a efecto, ni converge la una en la otra. De hecho, bien pudo darse el caso de que el banco reportara ilegalmente a los demandantes sin someterlos durante más de dos años a un cobro de lo que no debían; como también pudo haber ocurrido que la entidad financiera exigiera indebidamente el pago de una suma de dinero sin realizar el reporte negativo a las centrales de información.

Pero la queja de los actores radica, precisamente, en que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la institución crediticia les causó las dos clases de daño, pues deliberadamente vulneró su buen nombre al reportarlos negativamente en las centrales de información, y con grave culpa lesionó su tranquilidad y paz interior, más allá de lo jurídicamente soportable, al acosarlos durante largo tiempo mediante el cobro insistente de algo que no debían.

Lo anterior deja en evidencia no sólo la viabilidad sino la necesidad de conceder ambos tipos de indemnización, toda vez que los daños que se reclamaron tuvieron causas adecuadas distintas y lesionaron bienes jurídicos

absolutamente diferentes, sin que uno de ellos llegara a converger o identificarse con el otro.

8.1. Una vez aclarados los puntos precedentes, solo resta analizar el medio de prueba que corresponde a cada una de las indemnizaciones que se reclaman en los cargos tercero y cuarto, respectivamente, pues solo así se logrará establecer si en verdad el Tribunal erró por no tener en cuenta las probanzas que demuestran la existencia de uno y otro tipo de daño.

A tal propósito resulta pertinente memorar que si las indemnizaciones que se reclaman son de naturaleza extrapatrimonial –como se alegó en el caso que se analiza–, porque se produjo un daño a un bien jurídico personalísimo que goza de protección constitucional y una grave lesión a la esfera moral de las víctimas, entonces la prueba que acredite la existencia de ambos perjuicios debe ajustarse a la naturaleza de cada uno de ellos.

8.2. En cuanto al menoscabo del derecho al buen nombre, hay que admitir que el daño se configura cuando se demuestra la violación culposa de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia. Es decir que una vez acreditada la culpa contractual y la vulneración de la garantía fundamental como resultado de ese incumplimiento, se tiene por comprobado el detrimento al bien superior que es objeto de la tutela civil, y en ese momento surge el interés jurídico para reclamar su indemnización, porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional.

Lo anterior por cuanto –se reitera– el objeto de la tutela judicial efectiva civil en este específico evento es el derecho fundamental al buen nombre en sí mismo considerado, y no la afectación de otros bienes jurídicos tales como el patrimonio, la integridad psíquica o moral, o la vida de relación del sujeto.

En el caso que se analiza, el Tribunal tuvo por demostrado el incumplimiento del contrato de mutuo por culpa de la entidad financiera. A tal punto expresó: *“...para la Sala es claro que existió por parte de la entidad demandada, desconocimiento absoluto de una situación fáctica consolidada a favor de los deudores (demandantes), concretamente en relación al alivio aplicado previamente por la cedente del crédito (...), en un acto que, con abierta independencia de la legalidad de la decisión, desconoció el principio del respeto al acto propio, pues contrario a la realización de una actuación unilateral y automática, debió acudir bien al consentimiento de los deudores, a efectos de proceder a la referida reversión, en caso de observar que el mismo no era procedente de cara a la citada legislación, o ya, a la correspondiente acción judicial que le faculta para proceder en esos términos.*

“(...)”

“Siendo ello así, resulta claro que la pasiva incurrió en el incumplimiento pregonado por los demandantes, sin que puedan abrirse paso las defensas enfiladas, que se centran en la ausencia de responsabilidad, por cuenta del contenido del contrato de cesión celebrado...” [Folio 36, cuaderno 3]

El anterior aspecto no fue desvirtuado en casación, por lo que no existe reparo alguno respecto del incumplimiento contractual en que incurrió la demandada. Recuérdesse que el

punto objeto de debate se centró únicamente en la prueba del perjuicio sufrido, que con relación al menoscabo al buen nombre, se halla acreditado en el proceso, tal como se demostró en la formulación del cargo tercero.

En efecto, a folio 188 del cuaderno principal reposa certificado de la CIFIN, en el que aparece el reporte negativo por parte del Banco Granahorrar por mora en el crédito de vivienda que es objeto de este proceso.

El mencionado informe se expidió el 7 de noviembre de 2002, es decir dos años después de que los mutuarios cancelaran la totalidad de la deuda [folio 49], y tres meses con posterioridad al momento en que la entonces Superintendencia Bancaria conminara a la demandada para que aplicara el alivio del crédito que había reversado de manera unilateral. [F. 157]

Pero el aludido perjuicio no culminó en esa época, sino que, cual lo muestra el reporte emitido por la CIFIN el 3 de febrero de 2005, todavía en esta última fecha figuraba la mora de una deuda que -como quedó demostrado- era inexistente. [F. 299]

Es más, ante el reclamo elevado por los clientes a la institución demandada el 22 de febrero de 2005 [folio 300], esta última persistió, contra toda evidencia, en que “*no hay diferencia en el comportamiento histórico de su obligación reportado a las Centrales*

de Riesgo con respecto al que registra nuestro aplicativo de cartera...”

[301]

Es decir que la demandada, aún a sabiendas de que fue ella quien incumplió el contrato de mutuo –pues así se lo hizo saber la Superintendencia–, y de que los actores habían cancelado voluntariamente la deuda desde octubre de 2000 (tal como consta en el correspondiente comprobante de pago que reposa a folio 49), continuó en su actitud despreocupada y negligente de mantener el reporte negativo ante las centrales de información, vulnerando de esa forma el derecho fundamental al buen nombre de los demandantes.

Lo anterior se estima suficiente para tener por demostrado el tipo de daño del que se viene haciendo alusión y, por lo tanto, se impone la prosperidad del cargo tercero.

8.3. Con relación a la demostración del daño moral, el medio probatorio que resulta más idóneo es la presunción simple, sin que ello signifique que ésta sea la única probanza admisible, pues en punto a las pruebas la legislación procesal entregó al fallador un sistema de libre apreciación razonable dentro del cual pueden ser valorados todos los medios legales de convicción que logren sacar a la luz la verdad de los hechos que constituyen la base de la controversia jurídica.

Tal presunción, conocida también como “de hombre o judicial”, no puede ser confundida en modo alguno con las presunciones legales a las que alude el artículo 176 del Código

de Procedimiento Civil, pues estas últimas son directamente establecidas por el legislador, y ante la comprobación del hecho en que se fundan, el juzgador no realiza inferencia alguna sino que simplemente se limita a aplicar la consecuencia jurídica que ellas prevén.

La presunción judicial, por el contrario, consiste básicamente en una inferencia lógica que, como los indicios, se extrae de las reglas de la experiencia; pero que a diferencia de éstos, cuyo razonamiento debe ser explicado paso a paso –atendiendo a su gravedad, concordancia y convergencia–, aquéllas solo requieren la prueba del hecho que les da origen porque el proceso intelectual es tan claro y común que la mente lo verifica mecánicamente. De manera que para su existencia, solo se necesita la confirmación del hecho probatorio, el cual, naturalmente, puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario.

En otras palabras, las presunciones judiciales son operaciones intelectuales consistentes en tener como cierto un evento, denominado hecho presunto, a partir de la fijación normal de otro dato denominado hecho base que debe haber sido probado. Su elaboración forma parte del procedimiento de valoración de la prueba y del conjunto de operaciones de carácter epistemológico y jurídico que debe llevar a cabo el juez para fijar las circunstancias fácticas en las que debe fundarse la decisión. A partir de un hecho probado puede admitirse la certeza de otro, siempre y cuando entre los dos se produzca un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

En términos de ANTONIO ROCHA, “*es un juicio que el juez se forma sobre la verdad de algo, por la lógica relación que muestra con otro hecho diferente y conocido como cierto. Viene pues a ser el más indirecto de los medios de conseguir la verdad y el que sustancialmente puede clasificarse como **crítico**, o hijo de la razón, por oposición a los medios de prueba llamados históricos, en que las cosas se representan por medio de los sentidos.*” (De la prueba en derecho. Tomo 1. 5ª ed. Bogotá: Ediciones Lerner, 1967. Pág. 554)

En similar sentido anota MICHELE TARUFFO: “*Es, pues, evidente que la presunción resulta de una inferencia formulada por el juez, que llega a una conclusión sobre el hecho a probar (el ‘hecho ignorado’) partiendo de un hecho ya conocido o probado (el ‘hecho conocido’), que sirve de premisa para un razonamiento, a menudo basado en máximas de la experiencia.*” Las presunciones –prosigue el citado autor- están sometidas a la prudencia del juez, “*precisamente porque se trata de razonamientos e inferencias que dependen necesariamente de su convicción discrecional y no pueden ser de ningún modo reguladas y determinadas por la ley*”. (La prueba de los hechos. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. Pág. 471)

Las presunciones judiciales, simples o de hombre, en suma, hacen parte de las denominadas pruebas indirectas o críticas, y se definen como las implicaciones que el juez extrae de un hecho conocido para dar por supuesta la existencia de un hecho presunto. De ahí que no pueda considerársele como un mero ‘*prejuicio sin prueba*’, dado que siempre hay que demostrar el dato del cual se infiere que es cierto otro hecho que importa hacer valer en el juicio.

En ese orden, una vez acreditados los hechos que según las reglas de la experiencia y la sana crítica constituyen una

afectación a la esfera íntima de las personas, es preciso reconocer esa clase de perjuicio si el mismo no ha sido desvirtuado por otros medios de prueba. De ahí que cuando el juez no advierte la presencia de esos hechos indicadores, o los observa pero deja de valorarlos como presunciones, siendo tales, entonces incurrirá en un error de hecho por falta de apreciación de la prueba.

A tal respecto, esta Sala tiene establecido, con relación a la prueba del daño moral, que *“cuando la jurisprudencia de la Corte ha hablado de presunción, ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, (...).”* (Sentencia de casación civil de 5 de mayo de 1999. Exp.: 4978)

Bajo esas orientaciones jurisprudenciales y doctrinarias, y teniendo en cuenta las reglas de la experiencia que revelan los usos sociales y los dictados de la psicología, la antropología, etc., es forzoso concluir que la demostración del cobro insistente y prolongado de una suma de dinero que los demandantes no debían, es una circunstancia que debe ser valorada como una afectación de su esfera psíquica.

En efecto, es incontrovertible –al menos desde la generalidad que revelan nuestras prácticas y usos sociales–, que las frecuentes llamadas y el envío de correspondencia por parte del banco para reclamar el pago de una deuda inexistente y amenazar a sus clientes con el inicio de eventuales procesos judiciales en los que podrían perder sus

bienes patrimoniales, y particularmente su vivienda, es una situación que causa angustia, estrés, zozobra, intranquilidad, ansiedad, inquietud, aflicción y preocupación, pues eso es lo que comúnmente sucede en el normal desenvolvimiento en nuestra cotidianidad.

En primer término, aparecen las cartas suscritas por el propio demandante, señor García Matamoros, visibles a folios 86 a 89, 101 a 102, 103, 104, 116 a 121, 135 a 137, 165 y 166, 215 a 217, 300 y 302 del cuaderno uno, que analizadas en conjunto con los escritos remitidos por el Banco, revelan un cruce de información que gira en torno al cobro de las sumas de dinero que el Tribunal halló injustificado.

Entre los documentos enviados por la entidad financiera se encuentran los siguientes:

i) La carta de 7 de septiembre de 2001 en la que se expresa: *“Permítame comentarle y recordarle que los beneficios y ventajas que Granahorrar ha venido ofreciendo, podrán ser tomados en una nueva campaña que tendrá varias semanas de duración... Esta ampliación de las campañas le permitirá normalizar su crédito... RECUERDE: Granahorrar LE OFRECE DESCUENTOS sobre LOS VALORES EN MORA, que varían dependiendo del número de cuotas vencidas”*. [Folio 106 c.1]

ii) La carta de 3 de diciembre de 2001 que tiene un contenido similar a la anterior. [Folio 113]

iii) La carta de febrero de 2002, dirigida al actor por Asesorías Jurídicas y Cobros Ltda, que reza:

“Con carácter URGENTE lo invitamos por ÚLTIMA VEZ a legalizar la mora de su crédito con GRANAHORRAR en referencia.

“GRANAHORRAR desea proteger su patrimonio y el de su familia para lo cual lo invita a conocer algunas alternativas en las fábricas de crédito o directamente en nuestras oficinas, si desea comunicarse con nosotros le enviaremos un asesor para que lo atienda y le dé mayor información.

“No permita que prospere NINGUNA ACCIÓN JUDICIAL en su contra y en la de sus codeudores”.

iv) La de enero 2 de 2002, suscrita por Tania Alejandra Vega Ramírez, que es del siguiente tenor:

“Respetado señor García: En respuesta a su petición relacionada con la obligación hipotecaria de la referencia, le informamos que los saldos suministrados para la cancelación de su obligación, fueron determinados por el B.C.H., antes de que se efectuara el proceso de redenominación y la clasificación de los clientes que no podían recibir la reliquidación por encontrarse en la base de la Superintendencia Bancaria, recibiendo el beneficio con otra entidad, por lo tanto al GRANAHORRAR realizar los procedimientos de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Vivienda 546 de 1999 el B.C.H en liquidación no autorizó la aplicación de la reliquidación, toda vez que usted está reportado recibiendo el beneficio de Colmena.

“En consecuencia, no podemos atender favorablemente su solicitud de expedición de PAZ y SALVO, ya que el crédito presenta un saldo vigente con corte al día de hoy de \$ 5.766.359,21 y once (11) cuotas en mora”.

v) La carta de 1 de febrero de 2003 enviada al señor García por Asesorías Jurídicas y Cobros Ltda.:

“Pensando en usted y su familia, el BANCO GRANAHORRAR, le brinda la ULTIMA OPORTUNIDAD, de legalizar la mora de su crédito hipotecario, para lo cual lo invitamos a cualquiera de las FABRICAS DE CREDITO, que relacionamos a continuación o a nuestras oficinas para que conozca algunas alternativas que le pueden permitir dejar al día su obligación.

“No permita que avance el PROCESO JURÍDICO en su contra ya que puede perder su inmueble y quedar debiendo. Aproveche esta única oportunidad que le ofrece su BANCO GRANAHORRAR la cual tiene vigencia máximo hasta el próximo 31 de mayo del año en curso”.
[Folio 146]

vi) La carta de diciembre 10 de 2002, que reza así:

“En atención a su solicitud formulada en días pasados respecto a la obligación hipotecaria de la referencia, y una vez revisado todo el movimiento histórico del crédito a partir de la cesión de Activos y Pasivos del BCH nos permitimos informarle lo siguiente:

“El día 17 de octubre de 2000, no fue cubierto el saldo total de su obligación, quedando un saldo aproximado a esa fecha de \$ 4.610.590.00. Es de aclarar que a esa fecha no se había efectuado el abono por concepto de reliquidación.

“Por requerimiento de la Superintendencia Bancaria, se realizó una revisión a la metodología utilizada en el proceso de reliquidación realizado en el año 2000, dicha revisión, la cual cuenta con el visto bueno del mencionado Ente de Control, dio como resultado un valor de alivio de \$ 3.885.887.00 el cual fue abonado a su obligación el 27 de septiembre del año en curso con la correspondiente retroactividad de \$

1.909.483,00. Este abono es al que se refiere en su comunicación, por lo que aclaramos que no será reversado.

“Como puede apreciar los valores pagados no cubrieron la totalidad de lo adeudado teniendo en cuenta que a la fecha del abono de reliquidación se aplicó al saldo de capital vigente a esa fecha (incluida la variación por UVR), dejando así un valor vencido de \$ 537.864,44.

“Así las cosas una vez se realice la cancelación total del saldo vigente, procederemos a tramitar la cancelación de hipoteca y actualizar la información ante las centrales de riesgo financiera”.
[203]

vii) La carta de 10 de febrero de 2003, dirigida al señor García, en los siguientes términos:

“Por medio de la presente le queremos informar que su crédito hipotecario con el Banco Granahorrar, se encuentra en mora.

“El banco quiere conocer los motivos por los cuales no se ha podido colocar al día, y nos ha autorizado para lograr la recuperación de la misma.

“Es por esta razón que lo estamos invitando para que se acerque a nuestras oficinas o a uno de los centros de atención especializado (CAES) en donde un asesor se encuentra disponible a atenderlo y orientarlo sobre la forma de poder normalizar su crédito”.

viii) La carta de 3 de marzo de 2005 en la que se expresa:

“En atención a la petición formulada en días pasados respecto al estado que presenta la obligación en referencia en las centrales de información financiera ASOBANCARIA y DATACREDITO nos permitimos manifestarle que es obligación del Banco reportar en forma oportuna y actualizada la información de la cartera de créditos con el fin de revelar la condición de pago de nuestros deudores.

“Así las cosas le aclaramos que no hay diferencia en el comportamiento histórico de su obligación reportado a las Centrales de Riesgo con respecto al que registra nuestro aplicativo de cartera; adicionalmente le manifestamos que la información se encuentra actualizada por cancelación con corte a Agosto del 2003”.

ix) La carta de 18 de abril de 2005, que reza:

“En atención a la petición formulada en días pasados, respecto al reporte originado a las centrales de información financiera, nos permitimos ratificarle lo informado en comunicación del 03 de marzo de 2005....lo anterior con fundamento a las normatividad dictada en la cual el Banco se obliga a reportar la información sobre el cumplimiento de las obligaciones de cada deudor, la atención oportuna de todas las cuotas o instalamentos, entendiéndose como tales cualquier pago derivado de una operación de crédito.

“De acuerdo a lo anterior y con el fin de dar una mayor comprensión a su petición me permito adjuntar movimiento histórico de la obligación donde podrá observar la forma como fueron aplicados los vencimientos facturados, los abonos efectuados y saldos de capital vigente discriminados mes a mes hasta la fecha de cancelación del crédito.” [Folio 303]

Los anteriores documentos, provenientes de la demandada o de personas autorizadas por ella, demuestran

sin lugar a dudas que con posterioridad a la extinción de la obligación por su pago total en octubre de 2000 [folio 49], el banco demandado cobró a los demandantes sumas que no debían y en forma reiterada y prolongada trató de obtener el pago por todos los medios posibles que estaban a su alcance, bajo la amenaza de iniciar procesos judiciales en su contra y de no levantar el gravamen hipotecario que pesaba sobre su vivienda, la cual, según las referidas exhortaciones, podrían perder.

Tales documentos, apreciados tanto individualmente como en conjunto y de conformidad con las reglas de la experiencia y de la sana crítica, constituyen el hecho probado que permite inferir, más allá de toda duda razonable, que la entidad financiera causó un grave daño moral a los demandantes, por cuanto es altísimamente probable y, por ello, perfectamente esperable –dentro de la generalidad que revelan las prácticas y costumbres de nuestra sociedad–, que la conducta desplegada por la entidad demandada, y que ha quedado suficientemente demostrada, haya causado una inmensa pesadumbre, congoja, angustia y disminución del ánimo de los actores, todo lo cual se tradujo en una indiscutible lesión a su integridad moral y afectiva.

Si bien es cierto que no cualquier tipo de molestias o frustraciones constituyen un daño moral resarcible, en el presente caso median razones suficientes para tenerlo por demostrado, en atención al evidente malestar emocional e impresión negativa que el hecho que motivó el reclamo causó a los pretensores.

Y es que no se trata de cualquier quebranto afectivo, ni de una simple incomodidad o molestia como aquéllas a las que normalmente da lugar una negociación que se desarrolla dentro de los estándares de conducta contractual adecuada y conforme a la buena fe; sino que la experiencia muestra que someter a una persona y a su núcleo familiar a frecuentes cobros y amenazas durante varios años por una deuda inexistente, ocasiona –al menos desde la regularidad de casos semejantes que se dan en nuestro medio–, un grave menoscabo a un interés espiritual preexistente, de trascendencia jurídica, y que puede reconocerse bajo la forma de la alteración de la esfera íntima de los sujetos.

Desde luego que todo contratante está compelido a soportar el cobro de la obligación, y aún de la que no debe si ese cobro obedece a un error involuntario e inocuo. Pero lo que no puede admitirse, porque sería una nociva permisión del abuso de la posición dominante, es que una entidad financiera profesional, a la que se exige la mayor diligencia y cuidado en la realización de sus negocios, por su propia incuria, haya violentado la tranquilidad de sus clientes durante más de dos años a pesar de que éstos le hicieron saber con insistencia y por todos los medios posibles que habían cancelado la totalidad de la deuda.

Por ello, el Tribunal incurrió en los errores de hecho denunciados por los recurrentes, pues supuso que no estaba demostrado el daño moral, cuando las pruebas que se acaban de analizar dan cuenta de la existencia del perjuicio extrapatrimonial que se reclama.

Es indudable, en consecuencia, que la aludida omisión conllevó al quebranto de los preceptos sustanciales que se denuncian en los cargos, lo cual se estima suficiente para casar el fallo impugnado.

En tal virtud, por haber prosperado la demanda de casación en favor de la parte que la interpuso, no hay lugar a imponer condena en costas del recurso extraordinario.

III. LA SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Es preciso convenir con el *a quo* que los presupuestos jurídico-procesales que se requieren para fundamentar una decisión de mérito se acreditaron a plenitud en esta litis, por lo que nada encuentra esta Sede para disentir de esa apreciación.

2. A partir del principio de la buena fe contractual, consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, se desprenden varios deberes de conducta, entre los cuales se encuentra el que consagra que nadie puede ir en contra de sus propios actos; circunstancia que no solamente se contrae al nacimiento de la obligación, sino que sus efectos se despliegan en el tiempo hasta la extinción de la misma.

En observancia de este postulado, no resulta admisible que el acreedor financiero reverse a su capricho el alivio que haya concedido al deudor en virtud de la aplicación de la Ley 546 de 1999, pues en razón de la posición dominante en la que se encuentran esas entidades frente a los deudores

hipotecarios, tienen el deber de informarles previamente y de manera clara, precisa y comprensible sobre cualquier tipo de cambio a realizarse en desarrollo del crédito de vivienda, a fin de que el deudor cuente con la oportunidad de ejercer sus derechos frente a la eventual modificación.

De hecho, el parágrafo 1º del artículo 40 de la Ley 546 de 1999, consagra que *“cuando quiera que una persona tenga crédito individual a largo plazo para más de una vivienda, deberá elegir aquel sobre el cual se hará el abono e informarlo al o a los respectivos establecimientos de crédito de los cuales sea deudor....”*

De manera que es el usuario quien debe escoger el crédito al que se debe aplicar el alivio, según le resulte más benéfico, o en caso de que no realice manifestación alguna, el abono debe hacerse al crédito de mayor monto.

Precisamente por ello, la entonces Superintendencia Bancaria conminó a la entidad demandada para que aplicara el alivio que había reversado, al tiempo que recalcó que *“si el deudor hipotecario no eligió el crédito sobre el cual quería que le fuera aplicado el abono, éste se hará exclusivamente sobre aquel crédito al que le corresponda un abono de mayor cuantía”*; tal como lo dispone el artículo 1º del Decreto 712 de 2001. [Folio 153]

3. En el caso *sub judice*, el 17 de marzo de 2000, el representante legal del BCH informó a los deudores que se les había aplicado un alivio de \$4'004.886,43 como resultado del proceso de reliquidación del crédito autorizado por la Ley de vivienda. [Folio 45]

Una vez descontada la anterior suma de dinero, los demandantes siguieron pagando las cuotas de la obligación, que para septiembre de ese mismo año ascendía a \$9'986.116,29. Luego de realizar un abono de \$9'900.000 en septiembre [folio 50], quedó un saldo total de \$342.950,35, tal como consta en el “*aviso de vencimiento y pago*” de octubre.

En este último mes los actores pagaron la cantidad de \$345.000 [folio 49], es decir, un poco más del valor de la obligación, por lo que es evidente que ésta quedó completamente saldada.

En consecuencia, era de esperarse que la entidad demandada respetara las condiciones del crédito, del alivio que había aplicado y del estado de la deuda que para ese momento se había extinguido por pago total.

No obstante, al mes siguiente, esto es en noviembre de 2000, Granahorrar reversó el alivio de manera unilateral y sin causa legal, pues no requirió a los deudores para que expresaran sobre cuál crédito deseaban aplicar el abono; ni corroboró el hecho de que la deuda que los actores tenían con el Banco Colmena “*no recibió alivio por concepto de reliquidación de acuerdo con lo establecido en la ley 546 de 1999, por solicitud del cliente*” [folio 162]; desconociendo el derecho que aquéllos tenían de aplicar el mencionado beneficio a la obligación que más conviniera a sus intereses, en contravía de lo preceptuado por el Decreto 712 de 2001.

Por tal razón, la deuda volvió a ascender a \$4.721.250 [folio 51] sin ninguna justificación real ni legal; lo que deja en

evidencia el incumplimiento del contrato de mutuo por parte de la entidad acreedora, tal como fuera considerado por el Tribunal.

4. Ese incumplimiento estuvo acompañado de la actitud despreocupada del Banco, que les produjo un grave detrimento moral al someterlos a una situación de zozobra y angustia extremas por los constantes e insistentes cobros de algo que no debían, y al amenazarlos con promover procesos judiciales en su contra en los que podrían perder su vivienda.

De igual modo, la infracción de los deberes contractuales de la entidad financiera vulneró el buen nombre de los actores al reportarlos injustificadamente ante las centrales de información, a sabiendas del error que había cometido –pues así se lo hizo saber la Superintendencia Bancaria en oficio de 15 de agosto de 2002–, no obstante lo cual aún en febrero de 2005 figuraba en CIFIN la mora de una deuda inexistente. [Folio 299]

Lo anterior comportó una afectación ilegítima a un bien jurídico fundamental protegido por la Constitución, que debe ser reparada por cuanto es objeto de tutela civil.

En efecto, dada la trascendencia de los intereses superiores que se encuentran en juego, resulta apenas esperable que quienes tienen en sus manos el manejo de la información asuman una actitud de diligencia frente a esa responsabilidad. En ese sentido, una actividad profesional de interés público como la que desarrollan las entidades financieras debe desplegarse con un alto grado de compromiso

frente a la sociedad en general y ante las personas a las que está referida la información que aquellas manejan, pues de no ser ello así se vulneran los derechos fundamentales de éstas.

De manera que quien tiene el deber contractual o legal de brindar información veraz, incurre en responsabilidad civil y está obligado a resarcir los perjuicios que ocasiona, si el buen nombre de las personas que aparecen en las bases de datos sufre un menoscabo injustificado por causa de su incumplimiento o culpa.

5. Al no existir ninguna duda respecto del incumplimiento contractual y la realización de los hechos lesivos que desencadenaron el quebranto de la integridad moral de los demandantes, y de su buen nombre, no resta sino establecer la cuantía a la que ascienden los perjuicios que quedaron demostrados en los dos cargos que prosperaron en casación.

Tratándose de un perjuicio extrapatrimonial o inmaterial siempre existirá dificultad en la fijación del *quantum* que ha de reconocerse a la persona afectada, pero ello no implica la imposibilidad para determinar, en una suma concreta, el monto de la correspondiente condena, teniendo en cuenta, en todo caso, que tal valoración debe estar siempre guiada por los principios de reparación integral y equidad.

Es cierto que estos perjuicios son de difícil medición o cuantificación, lo que significa que la reparación no puede establecerse con base en criterios rigurosos o matemáticos; pero ello no se traduce en una deficiencia de esa clase de indemnización, sino en una diferencia frente a la tasación de

los perjuicios económicos cuya valoración depende de parámetros más exactos.

A diferencia de los perjuicios patrimoniales, para cuyo cálculo existen en la mayoría de las ocasiones datos objetivos, el perjuicio extrapatrimonial ha estado y seguirá estando confiado al discreto arbitrio de los funcionarios judiciales, lo que no *“equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas...”*. (Sentencia de 25 de noviembre de 1992. Exp. 3382)

No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente estimación.

5.1. Con relación al pago de los perjuicios morales, conviene reiterar que como hacen parte de la esfera íntima o fuero mental del sujeto damnificado, no son susceptibles de tasación por medio de pruebas científicas, técnicas o directas, toda vez que su esencia originaria y puramente espiritual obliga al juez a estimarlos, pues es por medio de la equidad y el derecho, mas no del saber teórico o razón instrumental, que pueden llegar a ser apreciados.

Bajo esos presupuestos, por cuanto sólo quien padece ese dolor subjetivo conoce la intensidad con que se produjo, tal sufrimiento no puede ser comunicado en su verdadera

dimensión a nadie más; no obstante, como tal daño no puede quedar sin resarcimiento por la trascendencia que tiene para el derecho, es el propio juez quien debe regularlos con sustento en su sano arbitrio, sustentado en criterios de equidad y razonabilidad.

Con base en esos lineamientos, y teniendo en cuenta la gravedad del perjuicio ocasionado, que se materializó en los frecuentes cobros que se hicieron a los actores de manera constante e insistente durante largo tiempo (desde noviembre de 2000 hasta julio de 2003), lo cual significó una prolongación injustificada de la lesión, la Corte considera razonable fijar el monto del daño moral que se reclama, en la suma de \$10'000.000 para cada uno de los demandantes.

5.2. En cuanto al daño al buen nombre, es preciso admitir, en los términos del derecho comparado actual, que la esfera reservada de la persona se valora con base en criterios extrínsecos, con prescindencia de la consideración subjetiva que cada quien tenga sobre su propio honor, intimidad o imagen. Estos parámetros externos se encuentran demarcados por la trascendencia que el ordenamiento jurídico les concede a los bienes esencialmente personalísimos, los cuales gozan de un superior privilegio por cuanto se encuentran expresamente consagrados en la Constitución Política como garantías fundamentales.

Junto con la pauta anterior, deben valorarse las circunstancias particulares de cada caso, pues son ellas, precisamente, las que permiten a la jurisprudencia adaptar

los criterios objetivos a las situaciones concretas de cada realidad; y en tal sentido se hace necesario tener en cuenta las condiciones personales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio, entre otras condiciones que el juez logre advertir para la determinación equitativa del monto del resarcimiento.

A partir de todos esos lineamientos, se logra constatar que el daño sufrido por los demandantes corresponde al menoscabo de un derecho superior; que el perjuicio se prolongó por más de cuatro años; que se trata de personas con estudios universitarios cuyo desenvolvimiento profesional y social depende, en gran parte, de su buen nombre; y que mantenían frecuentes relaciones comerciales con entidades crediticias y establecimientos de comercio, ante los cuales su reputación financiera sufrió un grave deterioro.

Todo ello conlleva a concluir que el mencionado daño debe ser tasado en la suma de \$20.000.000 para cada uno de los pretensores.

6. Respecto del llamamiento en garantía, se negarán las pretensiones de la demandada, toda vez que los hechos por los cuales se la condenó acontecieron con posterioridad a la cesión parcial de activos, pasivos y contratos del BCH a Granahorrar que se celebró el 4 de febrero de 2000 y fue informado a los demandantes el 27 de junio del mismo año.
[Folio 46]

En efecto, la reversión unilateral del alivio que en su momento reconoció el BCH ocurrió en noviembre de 2000, de suerte que el hostigamiento por el cobro de una deuda inexistente y la permanencia del reporte negativo en las centrales de riesgo, son circunstancias cuya responsabilidad no puede ser atribuida a la entidad cedente.

7. Por las razones anotadas, es preciso concluir que la sentencia de primera instancia debe ser revocada en su integridad, para, en su lugar, condenar a la sociedad demandada al pago de los perjuicios extrapatrimoniales por los conceptos y montos que se dejaron consignados en el cuerpo de esta providencia.

En tal virtud, se condenará a la demandada al pago de las costas en ambas instancias, de conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el treinta de abril de dos mil diez por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia; y en sede de

instancia,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de julio de 2007 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el Banco Granahorrar S.A.

TERCERO. DECLARAR que el Banco Granahorrar S.A., (hoy Banco BBVA Colombia) incumplió el contrato de mutuo que celebró con los actores, al reversar unilateralmente el alivio que había otorgado al crédito.

CUARTO. CONDENAR al Banco BBVA Colombia a pagar a cada uno de los demandantes la suma de \$ 10.000.000 por concepto de perjuicios morales.

QUINTO. CONDENAR al Banco BBVA Colombia a pagar a cada uno de los demandantes la suma de \$20.000.000 como compensación al daño ocasionado a su buen nombre.

SEXTO. NEGAR las pretensiones del llamamiento en garantía por lo dicho en la parte motiva.

SÉPTIMO. CONDENAR a la demandada al pago de las costas causadas en ambas instancias. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de \$3.500.000.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación ante la prosperidad del mismo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ
(Salva voto)

MARGARITA CABELLO BLANCO
(Salva voto)

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ
(Salva voto)

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 11001-31-03-003-2003-00660-01

En primer lugar debo reconocer el gran esfuerzo de todos los magistrados integrantes de la Sala de Casación Civil de esta Corte, y su dedicación al estudio del proyecto que finalmente se convirtió en sentencia; fue activa la participación tanto de quienes salvaron el voto como de quienes acompañamos la decisión; todos afrontando con sinceridad el debate sobre la obligación o no de reparar el buen nombre como derecho fundamental. En segundo lugar, hay que reconocer los méritos al ponente del proyecto que obtuvo la aprobación, porque es fruto de meses de investigación judicial para enfrentar el problema jurídico tocante con la reparación del daño al derecho al buen nombre.

No hay duda, cuando se afecta, trunca o infringe un derecho fundamental, puede procurarse la reparación. Acompañé el proyecto y voté por su aprobación al estar comprobados los elementos axiológicos de la responsabilidad; no obstante, es preciso que exponga la aclaración de voto, con respecto a mi concepción del resarcimiento del buen nombre como nueva categoría desde la perspectiva del daño inmaterial.

La cuestión, en mi criterio, debió afrontarse esencialmente desde el planteamiento de la necesidad “*incuestionable hoy*” de reparar el daño por agresión a los llamados derechos fundamentales, derechos humanos o derechos constitucionales, conquista y baluarte del Estado Constitucional y Social de Derecho, nomenclaturas, hasta ahora parcialmente decantadas, empero, no como categoría exclusiva del daño no patrimonial. Por tanto, no debió forjarse el buen nombre como una tercera modalidad autónoma objeto de indemnización dentro del marco de los perjuicios inmateriales; hacerlo de esa manera genera varios problemas conceptuales dentro de la arquitectura del daño y su consecuente reparación. Entre otros inconvenientes, difumina interminable e incontablemente los motivos reparatorios, porque siempre que aparezca un nuevo derecho fundamental lesionado que deba ser resarcido, deberá hacerse por parte del intérprete y del juzgador, un nuevo esfuerzo epistemológico, para fundar el estatuto teórico de ese otro derecho fundamental infringido, a fin de evitar la confusión con las demás formas resarcitorias ya reconocidas, para no incurrir en una doble o triple indemnización, con una eventual afectación del principio *non bis in ídem* en perjuicio de los agentes dañadores.

El análisis de la sentencia, cuya necesidad de proteger y de indemnizar el buen nombre acompañó, debió encararse desde un marco teórico diferente. En efecto, por tratarse de un derecho fundamental afectado, incumbía partir de la formulación autónoma de una responsabilidad

muy singular, denominada “*responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales*” o a los derechos constitucionales o humanos, según se considere pertinente, pero no como subespecie del daño no patrimonial, sino fundándose en las modalidades indemnizatorias vigentes, hasta ahora, en el ámbito de la responsabilidad, y añadiendo en forma clara y franca, la obligación de reconocer con carácter complementario la reparación satisfactoria y/o simbólica y la garantía de no repetición, en consonancia con los postulados constitucionales, con el derecho internacional de los derechos humanos y el régimen de convencionalidad, en procura del resarcimiento integral. Este análisis, bien puede aplicarse en este caso, o en otros de similar linaje, cuando se lesione cualquier derecho con estirpe *iusfundamental*, sin necesidad de recrear nuevas formas resarcitorias.

Metodológicamente, esta aclaración, para su comprensión abarca los siguientes ítems: 1. Breve marco conceptual de los derechos fundamentales. 2. La responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales, 3. Los elementos axiológicos de la responsabilidad, y 4. La reparación satisfactiva y/o simbólica y la garantía de no repetición como fórmulas de la justicia restaurativa y de transición.

1. Los derechos fundamentales. Génesis y concepto

En el desarrollo histórico de estos derechos deben distinguirse dos etapas, separadas por la coyuntura de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII e inicios del XIX.

La primera etapa se extiende hasta mediados del siglo XVIII. En sentido estricto, y desde una perspectiva formal, no se puede hablar de derechos fundamentales en esta fase, porque en las diferentes formas de organización sociopolítica, parcialidades y reinos feudales ni conocieron el concepto, ni el desarrollo social permitió su reconocimiento. Si hubo manifestaciones de algunos de sus principios, pero únicamente procuraban limitar el poder del monarca o del príncipe en pro de garantizar unos estándares mínimos para súbditos y vasallos, o simplemente correspondían a meras transacciones o pactos para perpetuar un determinado régimen o un estamento con ciertas concesiones para sus oponentes. Al final de este período se destacan importantes formulaciones: En Inglaterra la Carta Magna (1215), *the petition of rights* (1628), *the habeas corpus act* (1679) y el *Bill of rights* (1688). Asimismo, en la Norteamérica colonial el Cuerpo de libertades de Massachusetts (1641) y la Carta de Privilegios del Buen Pueblo de Virginia (1701).

Obsérvese que la tradición de Europa continental dentro de esta proyección histórica contribuyó, no tanto con la producción legislativa, sino con la formulación y apalancamiento de los conceptos filosóficos, políticos y sociológicos básicos que ulteriormente permitieron fundar

los cimientos de la teoría de los derechos. En palabras del profesor Ángel Llamas:

“(...) El concepto de soberanía, la aparición del Estado moderno, el monopolio de uso legítimo de la fuerza y sus límites, la humanización progresiva del derecho penal y procesal, y el desarrollo del concepto de tolerancia serán las bases necesarias para considerar los derechos fundamentales como un producto histórico racional y no un anacronismo desplazado y aislado del conjunto de sus determinantes nociones (...)”¹.

En la segunda fase, gestada desde mediados del siglo XVIII hasta la época actual, se construyó el Estado moderno, y se sentaron los pilares del constitucionalismo contemporáneo. Abarca desde el hito fijado por la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, avanzando con la expedición de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de Francia y las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Los derechos allá consignados, y entendidos como facultades, pero al mismo tiempo, como límites al poder, fueron fuertemente influenciados por los ideales propuestos en las revoluciones liberales; no obstante, inicialmente se formularon en forma negativa, como deberes públicos de no hacer, de no intervención –*laissez faire, laissez passer*–, garantizándose exclusivamente derechos civiles y políticos, como necesidad imperiosa de avalar la libertad individual para fortalecer el creciente capitalismo de la época.

¹ LLAMAS, Ángel, “Reconocimiento histórico de los derechos humanos”, Ensayo disponible en versión electrónica en: <https://sites.google.com/a/cecar.edu.co/derecho-internacional-y-ddhh/contenido>.

Claro, la fórmula fue concebida para poner freno a los excesos estatales, pero principalmente para socavar el Estado monárquico o absolutista; empero, ello facilitó que en pro de la libertad se sacrificara la igualdad, y de la misma manera, se ignorara elaborar un catálogo eficaz de derechos económicos, sociales y culturales con contenido social – DESC-, pues las nuevas fuerzas sociales forjaron sus intereses más bien para proteger legislativamente la propiedad privada y a la libertad de empresa² de los sectores emergentes de la sociedad capitalista.

En ese contexto, como reacción al individualismo exacerbado propiciado por el Estado legislativo, desde la apertura del siglo XX, y como remedio revulsivo a las conflagraciones mundiales, primera y segunda; frente a las iniquidades del capitalismo salvaje y para solventar la crisis de 1929, surge el Estado Social de Derecho, adoptado paulatinamente, que erige los derechos fundamentales en elemento esencial para legitimar el nuevo modelo de Estado. En esa perspectiva se forjaron la Constitución Mexicana de 1917, la de Weimar de 1919, potencializadas, desde luego, por el *Welfare State* norteamericano.

González Llorente expresa:

² Rafael Aguilera Portales y Diana Rocío Espino Tapia, precisan sobre este punto: *“En efecto, la iniciativa capitalista burguesa (liberalismo económico clásico) auspició que los poderosos abusaran de su poder en agravio del sector social obrero más frágil y vulnerable. Así, el Estado liberal individualista no contempló la necesidad de garantizar las relaciones sociales que serían consecuencia de esa nueva percepción de Estado y se convertiría en un instrumento del cual se valdrán los burgueses para defender su propiedad privada e incluso instrumentalizar el trabajo ajeno”*. Artículo *“Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado Social”*, en *“Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política”*, España: Universidad Carlos III de Madrid, No. 12 de julio de 2006. p. 50.

“Los derechos fundamentales han sido fruto de una doble confluencia: a) de un lado, suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivización y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro que se plasma en el Estado de Derecho; b) de otro lado, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales”³.

Contemporáneamente, la protección de los derechos avanzó con la expedición de la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, California, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas, entrando en vigor, el 24 de octubre del mismo año, estatuto del cual forma parte, el correspondiente a la Corte Internacional de Justicia⁴, y más recientemente, el Consejo de Derechos Humanos (2006); progresó con el sistema interamericano de derechos humanos previsto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre aprobada en 1948, con la Carta de la OEA de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) adoptada en 1969, previendo como organismos de protección la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana.

³ PEREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales, temas clave de la constitución española*. España: Editorial Tecnos, grupo Anaya, S.A., 2007. Ed. 9. p. 43.

⁴ Por supuesto no es principalmente órgano de Derechos Humanos, sino de controversias estatales.

En el sistema europeo en 1950 se introdujo el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, para proteger los derechos civiles y políticos, y los de estirpe socioeconómica en 1961 con la *Carta Social Europea*.

También se ha ideado como institución de protección el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* radicado en Estrasburgo, el Tribunal de Justicia de la UE, y la Comisión Europea.

En el reciente sistema africano se destaca la Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos, CAFDH, también conocida como Carta de Banjul, expedida el 27 de junio de 1981, entrando en vigencia el 21 de octubre de 1986, contando con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, radicada en Arusha, Tanzania, y con la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Las disparidades políticas, regionales y culturales; la gran extensión del territorio, celos regionales y de soberanía han impedido consolidar un sistema asiático de derechos humanos, empero, en 1967 se expidió una Carta de Derechos Humanos Asiáticos, no oficial ni con categoría de tratado; sin embargo, las oficinas regionales de la Organización de las Naciones Unidas desarrollan un trabajo fuerte, como por ejemplo, la OACDH, Oficina Regional para Asia y el Pacífico con presencia en Bangkok.

Todo esto es trascendente en la teoría jurídica, porque se trata de una reformulación, enfocada hacia la primacía de

la Constitución y en pos de la protección real de los derechos fundamentales y de la dignidad del ser humano, desde su perspectiva como persona, pero también en su “*relación social*”, entendiendo, como lo expresó Norberto Bobbio, que “(...) *el Estado está hecho para el individuo y no el individuo para el Estado* (...)”⁵.

La recensión anterior del vertiginoso avance de los derechos fundamentales, compromete abiertamente la función de impartir justicia y por supuesto, la de esta Corte, que por más de una centuria ha sido garante de los derechos con innovador laborío en el resarcimiento de los mismos, como adelante se muestra.

1.1. Ahora, definir los derechos fundamentales es una tarea compleja, porque sobre la cuestión no cesan las disputas entre *iusnaturalistas*, *iuspositivistas*, con la abierta participación de los *realistas jurídicos*. Una conceptualización aproximada, consiste en verlos como un complejo integral, universal, indivisible e interdependiente cuya base es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana como inherencia intrínseca, progresivos y expansivos que se comportan como verdaderos derechos subjetivos, que al ser normativizados en preceptos sustanciales constituyen un auténtico derecho objetivo, tornándolos en exigibles y susceptibles de protección por parte del Estado. Por tanto, tienen características

⁵ BOBBIO, Norberto, traductor Rafael de Asis. “El tiempo de los derechos”, Madrid: Ed. Sistemas, 1991. p. 107.

materiales, formales y procedimentales,⁶ y su repertorio va desde los derechos individuales hasta los derechos sociales y los derechos de protección, ampliándose constantemente.

Esa enunciación permite destacar en un derecho fundamental tres elementos característicos: (i) Son mandatos jurídicos imperativos, (ii) Ostentan un sustrato de contenido moral⁷, en cuanto son inherentes al ser humano⁸, por estar relacionados intrínsecamente con la dignidad humana, sin descartar los derechos fundamentales de las personas jurídicas; (III) Son auténticos derechos subjetivos, con expresión en el derecho objetivo. Sin embargo, en el estado actual del arte, no hay consenso en la doctrina sobre la mejor nomenclatura y la caracterización a adoptar para su estudio, análisis y protección judicial.

1.2. La dignidad humana, esencia del derecho fundamental

El contenido esencial de la dignidad humana, dimanante de las nociones de *“lo humano”*, *“la humanidad”*,

⁶ Desde la perspectiva Alexiana.

⁷ La moral no vista desde el punto de vista religioso, sino como característica análoga a la ética. Por tanto, no se trata de una perspectiva religiosa, así muchas veces pueda coincidir la concepción con los valores de esa índole.

⁸ Todo ello, al margen de los derechos que puedan tener los animales y de los derechos y personería que pueda otorgarse a la naturaleza. Precisamente la Constitución del Ecuador del 2008 con la enmienda del 2011, dispone en el art. 10 que la naturaleza es sujeto de derechos, y en el art. 71 enuncia: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda”.

resulta relevante, junto al aspecto normativo, por “(...) *la percepción clara del género humano como un todo y de la naturaleza humana como una cualidad inherente en todos los seres humanos por igual y sólo en ellos* (...)”⁹.

En este concepto tienen cabida dos perspectivas, la biológica, por la cual se incluye a todo espécimen *homo sapiens*, pero también, la ética y antropológica, como una virtud diferenciadora frente a los demás seres vivos, consistente en la noción de dignidad humana.

En el presente derrotero, todo individuo de la especie humana ocupa el mismo lugar que sus pares y merece ser respetado por todos ellos, debiendo permitir los unos a los otros, en forma recíproca, desarrollar su plan de vida; todo lo cual, justifica la creación de unos parámetros mínimos inquebrantables para hacer viable la sociedad; bajo la sólida premisa, según la cual, el hombre es un fin en sí, siguiendo en el punto, la concepción *kantiana*¹⁰.

En otras palabras, la teoría de los derechos fundamentales nutre su contenido del concepto esencial de

⁹ Es textual la cita utilizada por el Profesor Pablo Lucas Verdú de Erich Kaller en: LUCAS VERDÚ, Pablo. “*Humanidad y Derechos Humanos*”, en “*Anuario de Derechos Humanos, Nueva época*”, Madrid: Universidad Complutense, Vol. 1, 2000. p. 129 a 154.

¹⁰ “(...) *En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad. Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un precio comercial; lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un precio de afecto; pero aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio sino un valor interno, esto es, dignidad* (...)”. KANT, Immanuel. Traducción de Manuel García Llorente. “*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*”, Madrid: Espasa Calpe, 1980. p. 74.

todo hombre o mujer: la dignidad humana, desarrollada a través de los principios de libertad e igualdad.

Por tanto, en la conceptualización jurídica y características con que los juristas identifican los derechos humanos, constitucionales o fundamentales, debe anteponerse como prerrogativas de la esencia de lo humano, una estructura triádica: 1. La dignidad humana, 2. La libertad real de la persona, y 3. La igualdad material; todas, desde la perspectiva individual y social para entender y calificar el núcleo esencial de un derecho fundamental. De consiguiente, no toda pretensión axiológica por incluir como derecho fundamental en el sistema normativo, determinado derecho, puede adquirir tal linaje, sino a fuerza de llenar, aquéllos elementos básicos.

1.3. Los derechos fundamentales como mandatos jurídicos imperativos

La esencialidad de la dignidad humana en los derechos fundamentales, y la incorporación de éstos en el proceso de juridización, en palabras del filósofo alemán Jürgen Habermas, es resaltada de la siguiente forma:

“(...) La dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho. La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación

democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos (...)”(...) [T]ales afirmaciones funcionan primordialmente como parámetros de sustitución: nos alertan sobre un modo especial de justificación generalmente aceptable cuya dimensión epistémica se encuentra más allá del control del Estado. Los "padres fundadores" reconocieron, además, que los derechos humanos, a pesar de su simple y llana justificación moral, requieren una "declaración" democrática y deben ser aplicados de manera constructiva en el interior de una comunidad política establecida (...)”¹¹.

Ahora, el proceso, por medio del cual se incluyen preceptos de ese nivel en el ordenamiento jurídico, se surten a través del ejercicio político¹²; que en las civilizaciones occidentales debe realizarse por medio de la democracia, escenario en el cual confluyen las disímiles propuestas de los representantes de todos los sectores, que encarnan diferentes sistemas morales, políticos, religiosos y filosóficos, que se someten a deliberación y votación para llegar a consensos, pero también, muchas veces por vía de la fuerza. Claro, ello demanda un alto

¹¹ HABERMAS, Jurgén. “El concepto de la dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, México: Universidad Nacional Autónoma, Revista Diánoia No. 64, mayo 2010. p. 3 a 25.

¹² “(...) El Poder, en efecto, crea el Derecho positivo que, como ya se ha señalado, es la única realidad jurídica. Pero esta vinculación entre el Derecho y la decisión del Poder no ha de entenderse como resultado de una posición decisionista o voluntarista desnuda. El Poder, fuente formal y última del Derecho, es una realidad social, con una determinada concepción axiológica -que podrá parecer correcta o incorrecta- tras de sí. Las normas jurídicas, producto de las decisiones del Poder político, son expresión, a la vez, de todo el background social y axiológico que se encuentra tras el Poder. Así, en el marco de un sistema jurídico y político democrático, (que constituye nuestro ámbito de referencia y el escenario en el cual son válidas las reflexiones sobre la teoría jurídica de los derechos), que asume unos valores y principios axiológicos determinados, el Ordenamiento jurídico integra determinadas exigencias de justicia: esas exigencias se especifican en postulados normativos jurídicos al más alto nivel que deben ser respetados -como condición de validez- por las normas que pertenecen al sistema jurídico (...)”. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. “Ordenamiento Jurídico y Derechos Humanos”, en TAMAYO, J. J., (dir.), “10 palabras clave sobre derechos humanos”, Madrid: Ed. Verbo Divino, Estella, 2005. p. 305 a 347.

derroche de inversión en educación, en servicios básicos y en justicia para los integrantes de la comunidad por parte del Estado, a fin de que todos los habitantes de un territorio determinado puedan participar en el proceso democrático, en pos de la positivización de los derechos y de la solución material de los mismos.

Aun cuando, esto no lo acepta ni lo entiende un kelseniano puro o un normativista dogmático, en el ejercicio de la democracia cuando se incluye como fundamental un derecho determinado en el ordenamiento jurídico, se trata del triunfo de unos valores éticos, políticos o filosóficos, por encima de otros, sin que ello sea definitivo, por cuanto todos los sistemas de valores en cada época luchan dialécticamente en cada tipo de sociedad, para ser incluidos o excluidos normativamente a fin de apropiarse de la naturaleza coercitiva y del obligatorio cumplimiento consustancial al derecho. Y ello es así, porque de otro modo, no podrían reclamarse judicialmente. Sobre el particular, opina Pérez Luño:

“(...) En su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de las metas comunes. Por ello, corresponde a [éstos] un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de derecho, ya que constituyen los supuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido

*axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista (...)"*¹³.

De esta forma, resulta clara la necesaria complementariedad entre las características enunciadas en precedencia, para hablar de derechos fundamentales. Asimismo, a partir de esa concurrencia de características se explica la doble connotación que adquieren como principio y derecho¹⁴.

En ese sentido, los derechos tienen una faceta objetiva y material, propia de su posición jerárquica dentro del ordenamiento jurídico, de tal forma que al estar en la cima deben servir como soporte y manantial dinámico (formal y sustantivo sea cual fuere el caso) para las normas inferiores.

1.4. Los derechos fundamentales son también derechos subjetivos

¹³ PEREZ LUÑO, Antonio. "Los derechos fundamentales, temas claves de la constitución española". Novena edición, ed. Tecnos, Madrid: 2007. p. 20.

¹⁴ Sobre este punto el Tribunal Constitucional español en Sentencia de 14 de julio de 1981, se refiere al "(...) *doble carácter que tienen los derechos fundamentales (...). En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status jurídico» o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de [su] Constitución (artículo 1.1)*" Expediente BJC 1981-5, F.J. 5, España: p. 331.

El derecho, igualmente tiene una perspectiva subjetiva, en la cual cada persona como titular del mismo, tiene la potestad de reclamar su pleno respeto frente a los demás, incluyendo al propio ente estatal, permitiendo la posibilidad de acudir ante la justicia para cesar la vulneración y solicitar su resarcimiento cuando se haya materializado un daño.

Así, un derecho fundamental es:

"(...) [U]na figura que resume un valor asumido en el sistema jurídico de una comunidad y que se inserta con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico. Faceta objetiva del derecho, como valor positivizado con una estructura compleja y con amplias ramificaciones que se plasman en reglas de derecho sustantivo y de derecho procesal, de derecho constitucional, pero también de derecho penal, o administrativo, o civil, por aludir a alguna de las disciplinas habituales. (...) Pero, de otro lado, y con frecuencia en íntima conexión con ese primer significado, se habla de derecho como opción subjetiva que se atribuye a uno o varios sujetos. Formalizado el instituto jurídico, el núcleo institucional genera en torno suyo una amplia esfera de titularidades subjetivas: facultades de hacer, facultades de imponer que otros hagan, o toleren; facultades de recibir una prestación, con frecuencia, poder de pedir ayuda para que no se coarten los contenidos de tales titularidades; poder, incluso de acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de estas titularidades (...)”¹⁵ (subrayas propias).

Para Pérez Luño:

“Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario del componente social y colectivo de la vida humana (Estado social de Derecho).

¹⁵ L. MARTIN-RETORTILLO, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en L. MARTIN-RETORTILLO, I. DE OTTO Y PARDO, “Derechos fundamentales y Constitución”, Madrid: Ed. Cívitas, 1988. p. 57.

“Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana los califica, por ello, de Grundwert) y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas”¹⁶.

2. La responsabilidad por agresión o daño a los derechos fundamentales

Si los derechos fundamentales constituyen el límite de la democracia y la principal garantía a favor de los ciudadanos en el sistema jurídico y político del Estado contemporáneo, todas las autoridades deben orientar su actividad para dar real protección cada día con mayor énfasis (principio de progresividad).

Lo importante de una facultad o de interés jurídico tutelado no es su reconocimiento ni su afirmación retórica sino su protección efectiva y la realización de sus contenidos, y con mayor razón, cuando se trata de la perpetración de daños a los derechos fundamentales. Por tanto, sus titulares, son portadores del derecho para reclamar protección a los particulares o al propio Estado, cuando los vulneren por acción u omisión, porque comprometen la supervivencia de la humanidad y la legitimidad del Estado mismo.

¹⁶ PEREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales, temas clave de la constitución española*. España: Editorial Tecnos, grupo Anaya, S.A., 2007. Ed. 9. p. 20.

Lo característico de esta responsabilidad, consiste en que tanto víctima como victimario, se hallan en tensión o como sujetos de derecho vinculados jurídicamente por la afectación a un derecho fundamental. No es otra cosa, cuanto singulariza este tipo de responsabilidad.

Ahora bien, en toda hipótesis donde concurra una afectación a los derechos fundamentales, y siempre y cuando se demuestren los elementos de la responsabilidad contractual o extracontractual, debe hablarse de responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales.

Es un tipo de responsabilidad del cual puede hablarse exclusivamente en los regímenes democráticos contemporáneos como una modalidad tendiente a exigir los perjuicios que se puedan derivar de las conductas o de los comportamientos que por acción u omisión transgredan los derechos humanos o fundamentales protegidos en la legislación interna o por el derecho internacional o convencional; en este último evento, cuando sus respectivos postulados se incorporan al ordenamiento interno por la categoría del bloque de constitucionalidad.

Al interior de esta clase de responsabilidad encontramos multiplicidad de derechos que permiten edificar indemnizaciones, por ejemplo:

Responsabilidad por afectación o alteración de las condiciones de existencia, por el daño al derecho a la intimidad o al buen nombre y a la vida privada, por

afectación al derecho a la salud; por transgresión a los derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

En los derechos sexuales y reproductivos, por ejemplo, resultan de particular importancia el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), el derecho de acceso a la fertilización *in vitro* o las técnicas de reproducción asistida, el derecho a ser madre y a la maternidad, el derecho a ser padre y a la paternidad. Algunos de estos derechos entran en contraposición, como el derecho a la interrupción del embarazo con el derecho a la procreación; el derecho a la vida y derecho a la interrupción la vida por vía de la eutanasia¹⁷.

Por supuesto, en el ejemplo citado, la materialización de éstos derechos y las reclamaciones indemnizatorias en los países con economías en vías de desarrollo o con grandes índices de pobreza, engendran contradicciones enormes para su satisfacción por el obstáculo para permitir el acceso integral y universal a la salud de las mayorías necesitadas, así como a los niños huérfanos y desamparados, por causa de los ingentes recursos que deben destinarse para permitir el acceso a las técnicas reproductivas como ejercicio del derecho a la reproducción a determinadas personas (fertilización *in vitro*, ovodonación, criopreservación de ovocitos, verificación de embriones, etc.).

¹⁷ La Corte Const. colombiana ha venido generando una abigarrada doctrina sobre los derechos sexuales y a la reproducción asistida en las sentencias C-355 del 2006, T-1104 del 2000, T-496 del 2002, T-752 del 2007 y T-760 del 2008. De particular importancia son los problemas planteados en la sentencia T-009 del 17 de enero del 2014.

Bien, en esta modalidad de responsabilidad se encuentra, la discutida en el presente. El daño al buen nombre.

2.1. Los mecanismos para la reclamación de indemnización en el ordenamiento interno por afectación a derechos fundamentales

Precisamente el rasgo subjetivo, de los derechos fundamentales implica la edificación de mecanismos judiciales de garantía que resulten eficaces. El ordenamiento nacional ofrece múltiples acciones. En primer lugar se cuenta con un instrumento ágil e inmediato, como la acción constitucional de tutela prevista en la regla 86 de la Constitución Política, por medio de la cual toda persona podrá reclamar “(...) *la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública (...)*”, facultando al juez para decretar órdenes dirigidas al infractor para que “(...) *actúe o se abstenga de hacerlo (...)*” con el propósito de detener la conculcación o frenar la amenaza. Empero, esta acción no es idónea para reclamar el resarcimiento por afectaciones consumadas, de tal suerte que la jurisprudencia constitucional ha dicho que en estas eventualidades se torna improcedente el ruego tuitivo. En palabras de la Corte Constitucional colombiana:

“(...) La carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido lo que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental (...)”¹⁸.

Del mismo modo acontece cuando ha desaparecido el comportamiento antijurídico, ante la materialización de un *hecho superado*, pues a pesar de comprobarse una afectación a un determinado precepto constitucional, se despacha desfavorablemente la petición de amparo por ese motivo. Esta Corte sobre este puntual aspecto ha precisado *“(...) si la omisión por la cual la persona se queja no existe, o ya ha sido superada, (...) la tutela pierde su eficacia y razón de ser, por lo que la posible orden que llegase a impartir el juez del amparo carecería de sentido (...)”¹⁹.*

Excepcionalmente, el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 permite indemnizar en abstracto el daño emergente *“(...) [c]uando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria (...)”*.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

¹⁸ COLOMBIA, C. Const. Sentencia T- 841 de 3 de noviembre de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto. Postura reiterada en providencias T-492 de 1992, T-1156 de 2000 entre muchas otras.

¹⁹ COLOMBIA, CSJ.STC. 7 nov. 2012, Rad. 11001-02-04-000-2012-02211-01.

“(...) La acción de tutela no es, en principio, el mecanismo idóneo para solicitar una eventual indemnización. En efecto, solo en circunstancias muy excepcionales en las que (1) la violación del derecho fundamental resulte manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, (2) el afectado no disponga de otro medio judicial, y (3) siempre que ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho fundamental vulnerado (...)”²⁰.

2.2. Las acciones declarativas como medios idóneos para reclamar perjuicios

De consiguiente, cuando se trata de daños propiamente tales a los derechos fundamentales que tienen un reflejo económico inmediato o mediato, el instrumento reseñado es ineficaz, y en consecuencia debe acudir a mecanismos o medios judiciales ordinarios para obtener un resarcimiento. Precisamente, cuando se hace relación a las conductas endilgadas a autoridades públicas, el ordenamiento dispone de los medios de control estatuidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Título III Parte II), mientras que cuando son particulares los responsables, se debe acudir a la demanda declarativa de responsabilidad civil (Libro II Código General del Proceso), contractual o extracontractual dependiendo del caso, con fundamento en el artículo 90 de

²⁰ COLOMBIA, C. Const. Sentencia T- 408 de 11 de agosto de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la Carta, en el artículo 2341 del C.C. y demás normas complementarias.

Cuando la afectación de estos derechos proviene de los particulares debe apelarse a las acciones reparatorias de que conoce la jurisdicción ordinaria, mediante la cuerda procesal de los procesos declarativos, tal como la que corresponde al presente evento.

Tratándose de la responsabilidad por este tipo de derechos, es necesario determinar claramente la naturaleza del derecho fundamental afectado, y para lo pertinente, aun cuando puede utilizarse la teoría de la ponderación de derechos, uno de los más autorizados criterios, está dado por la teoría del núcleo esencial, entendido, en cuanto sustancia primera o esencia (οὐσία) ousía, en los términos del gran pensador de la antigüedad (Aristóteles), el *quod quid erat ese* o la “*quiddidad*”, aquello que hace que el derecho sea y no otra cosa, a fin de que no pueda ser limitado ni desnaturalizado, ni confundido con otro tipo de derechos. Nuestra Corte Constitucional ha vacilado en prohiar este criterio. Lo aceptó en la Sentencia C-131 de 1993, pero en otras oportunidades ha utilizado al criterio de ponderación. Una importante caracterización, la presenta el Tribunal Constitucional español:

“(...) Se puede (...) hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen

*impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (...)*²¹.

3. Elementos de la responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales

En general, nada novedoso puede existir cuando reclamamos responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales, por cuanto no podemos edificar la construcción teórica de la acción reparatoria respectiva, sino con los elementos con que hemos contado hasta el día de hoy, para demandar ante los jueces la responsabilidad por cualquier hecho dañoso o por cualquier comportamiento o conducta antijurídica. Y esto porque incumbe demostrar los elementos axiológicos que corresponden a cualquier tipo de responsabilidad, sea que esta venga desde el punto de vista de la imputación²² por vía de responsabilidad con culpa probada o con culpa presunta o por el riesgo creado, porque ello dependerá del caso concreto como haya ocurrido la situación factual que

²¹ ESPAÑA, Tribunal Constitucional. Sentencia de 8 de abril de 1981, referencia número 11/1981. Según P. Häberle, en la doctrina alemana, núcleo esencial es el "(...) ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas". P. Häberle. *"El contenido esencial como garantía de los derechos fundamentales. Grundgesetz"*, 3.^a ed. Heidelberg: 1983. Traducción española por la Editorial Dykinson.

²² Entendida como atribución de responsabilidad desde óptica del deber ser no desde el ser, porque las relaciones jurídicas en el derecho no son causales o necesarias, sino mediadas por la libertad, la voluntad o el interés, de manera que el sujeto de derecho podrá siempre decidir si ajusta o no su comportamiento a la norma jurídica, si infringe o no el postulado jurídico, significando que la norma puede ser infringida, mientras que la relación de naturaleza necesaria, se cumple al margen de la libertad o de la voluntad del ser humano.

legítima el resarcimiento de la persona ofendida en sus derechos fundamentales.

Lo novedoso y trascendente sí estriba, en el *plus* que adquiere la responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales, por cuanto demostrada su existencia deben impartirse condenas u órdenes complementarias con carácter satisfactivo y/o simbólico que procuren garantizar la no repetición, el arrepentimiento, la reparación integral, la alteridad; en fin, prestaciones de hacer o de no hacer en pos de una verdadera justicia restaurativa y de una justicia transicional hacia la construcción de una sociedad democrática con pleno respeto y protección a los derechos individuales y sociales.

En consecuencia, deben demostrarse concurrentemente los elementos axiológicos que integran la responsabilidad a fin de disponer las indemnizaciones, condenas y órdenes correspondientes: (i) El elemento generador del daño, hecho dañoso o conducta antijurídica o jurídica que transforma el mundo externo; (ii) el evento dañoso, daño o perjuicio; (iii) la relación de causalidad que debe existir entre el hecho dañoso y el daño o perjuicio; y (iv) la imputabilidad o atribución de la responsabilidad, y la consecuente culpabilidad, según nos encontremos con circunstancias generadoras de la responsabilidad gobernada o no por la culpa presunta o la culpa probada.

Estos son los mismos elementos que proclama la doctrina española: “(...) *toda obligación derivada de un acto*

ilícito según constante y pacífica jurisprudencia, exige ineludiblemente los siguientes requisitos: a) una acción u omisión ilícita; b) la realidad y constatación de un daño causado; c) culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto “si ha habido daño ha habido culpa”, y d) un nexo de causal entre el primero y el segundo requisito”²³.

1. El hecho dañoso²⁴, la conducta o el comportamiento antijurídico lesivo por acción u omisión en forma inmediata o mediata es el primer elemento. En lugar de la expresión hecho dañoso, es preferible hablar de conducta o de comportamiento antijurídico para no incurrir en el error de atribuir la transformación del mundo exterior humanizado a fuerzas ciegas de la naturaleza o a fenómenos externos al comportamiento humano.

2. El daño o perjuicio sufrido por la víctima o acreedor. Se trata de un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial. Es la lesión, disminución, perturbación, destrucción, pérdida, vulneración de un derecho subjetivo que experimenta la víctima o el acreedor en su patrimonio económico o moral, o de un interés jurídicamente tutelado por causa de la conducta dañosa.

²³ Tribunal Supremo de España, Sala 1, 29/12/97, MP. Sierra Gil de la Cuesta, diario la Ley de 6 de marzo de 1998.

²⁴ “Es error bastante común en la doctrina confundir en una sola cosa el hecho dañoso y la culpa del agente, a pesar de ser cosas totalmente diversas tanto por su naturaleza como por su prueba. El hecho dañoso es fenómeno material y objetivo, susceptible siempre de prueba directa. En el caso del proceso, tal hecho consistiría en la defectuosa colocación de la tapa en la boca del tanque, terminado el suministro de combustible; y sería nada menos que el pilar sobre el cual estaría edificada la responsabilidad cuasidelictual de la Esso. La culpa es fenómeno eminentemente inmaterial y subjetivo. En las actividades peligrosas se presume del hecho dañoso y esta presunción subsiste entre tanto el agente del daño no la destruya (...)” COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 20 de junio de 1977, Mg. Pon. Ricardo Uribe Holguín.

3. La existencia de un nexo causal, significa que haya un vínculo causal entre la conducta (incumplimiento, acción u omisión del agente) y el daño o perjuicio.

4. Culpabilidad como elemento subjetivo. Su presupuesto es la imputabilidad. Para que una persona sea declarada responsable, el comportamiento del sujeto debe ser imputable, y si lo es, consecuentemente puede determinarse si hay culpabilidad en su sentido amplio (dolo o cualquier tipo de culpa) en el incumplimiento o violación. La culpabilidad exige como presupuesto previo la existencia de imputabilidad, elemento que no debe probarse en la responsabilidad objetiva, con riesgo o presunta.

La doctrina nacional más autorizada, señala que “(...) tanto la responsabilidad civil contractual como la extracontractual se basan en elementos que son comunes, entre ellos, que exista una conducta del demandado, que exista un daño y que ese daño sea causado por la culpa del agente (relación de causalidad)²⁵. Y con relación a la conducta dañosa, expone:

“(...) Se requiere que haya una conducta activa u omisiva del agente, pues en la responsabilidad civil es esencial que haya un comportamiento mediato o inmediato del responsable. Ello es válido tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. El hecho ilícito siempre está precedido, desde el punto de vista psicológico o

²⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Ed. 2. Bogotá: Editorial Legis. Tomo I, 2007. p. 247.

filosófico, de un acto humano que está dirigido a otra finalidad distinta de la de producir efectos jurídicos. Dicho de otra manera, el acto lícito supone un acto jurídico, es decir, un acto encaminado a producir efectos jurídicos. En cambio la responsabilidad civil supone un acto humano que no tiende a crear efectos jurídicos, pero que de hecho los crea porque se produce un daño en forma ilícita. Así por ejemplo, quien mata intencionalmente a otro está realizando un acto humano, pero como ese acto humano no tiene la finalidad de producir efectos jurídicos, aunque de hecho los produzca, decimos que la realización de ese daño intencional constituye un hecho ilícito²⁶.

Frente al segundo fundamento aduce:

“(...) para que haya responsabilidad civil contractual o extracontractual es preciso que el demandante haya sufrido un daño. El simple hecho del comportamiento culposo del agente no genera por sí solo la responsabilidad civil. Por daño civilmente indemnizable se entiende el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima. Los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Los primeros son el atentado al patrimonio económico de la víctima, mientras que los segundos están referidos a la lesión de los bienes protegidos por el orden jurídico, pero que no tienen valor pecuniario alguno”²⁷.

Finalmente, en alusión al tercer elemento, esa misma doctrina afirma:

²⁶ Ibid. p. 247 a 249.

²⁷ Ibid. P. 247 a 249.

“(...) puede suceder que una persona se haya comportado en forma ilícita y en forma paralela o simultánea un tercero haya sufrido un perjuicio. En tales circunstancias, no existirá responsabilidad civil de quien se comportó en forma ilícita mientras dicha persona no haya sido el causante del perjuicio sufrido por la víctima. En general, ésta es una exigencia de todo el mundo normativo, sea religioso, moral o jurídico. Uno solo responde por los efectos de su propia conducta”²⁸.

Descritos los elementos axiológicos de la responsabilidad, resulta importante señalar, para entender la cuestión, que en forma unánime la teoría del daño, en el derecho nacional, y en algunos otros derechos de otros países con algunas variantes, reconoce a título de perjuicios, las siguientes formas indemnizatorias: Los perjuicios materiales: El daño emergente y el lucro cesante; y los perjuicios inmateriales, compuestos por el perjuicio moral y el perjuicio a la vida de relación, éste último en forma patente lo consignó en 1968, ésta Sala de Casación.

3.1. Ahora bien, cuando se trata de agresión a los derechos fundamentales, dada su trascendencia en la construcción del Estado Social de derecho, como en el caso concreto, debe hablarse y añadirse la reparación satisfactiva y/o simbólica y la garantía de no repetición, como tercer arquetipo de los perjuicios inmateriales. Es decir, el daño extrapatrimonial se compone: 1. Perjuicios morales, 2. El daño a la vida de relación, y 3. La reparación satisfactiva o simbólica y la garantía de no repetición.

²⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Ed. 2. Bogotá: Editorial Legis. Tomo I, 2007. p. 247-249.

El daño patrimonial constituye todo menoscabo monetariamente determinable. Señala el artículo 1613 del Código Civil que “(...) [l]a indemnización (...) comprende el daño emergente y lucro cesante”, la regla 1614 *ibíd.*, define a la primera de esas modalidades como “(...) el perjuicio o la pérdida (...)” experimentada por la víctima, en tanto que la segunda, es “(...) la ganancia o provecho que [para ella] deja de reportarse (...)”. También la Sala reconoce como perjuicios inmateriales el moral y el perjuicio a la vida de relación o por alteraciones a las condiciones de existencia, los cuales, diferencia así, esta Corte:

“(...) El daño a la vida de relación y el moral son distintos, habida cuenta que el primero se refleja sobre la esfera externa del individuo, es decir, tiene que ver con las afectaciones que inciden en forma negativa en su vida exterior, concretamente, alrededor de su actividad social no patrimonial, mientras que el segundo recae sobre la parte afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc. (...)”²⁹.

3.2 La Asamblea General de las Naciones Unidas en su 56 sesión de 19 de abril de 2005, aprobó un documento de *soft law* denominado “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de

²⁹ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de enero de 2009, exp. 000125.

*violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*³⁰.

En él, se establecieron los siguientes tipos de reparaciones: (i) restitución al estado anterior a la victimización; (ii) indemnización de forma adecuada a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso; (iii) rehabilitación médica o psicológica; (iv) satisfacción; y (v) garantías de no repetición. Medidas similares decreta la Corte Interamericana en algunos de los casos que han sido objeto de juzgamiento³¹.

En la citada Resolución de la ONU, las medidas de *restitutio in integrum* agrupan las acciones que procuran ubicar a las víctimas en condiciones semejantes a la situación anterior al hecho dañoso de acuerdo al respectivo proyecto de vida individual o comunitaria del afectado, restableciendo plenamente sus derechos en un marco democrático. La indemnización pretende reconocer los perjuicios económicos (lucro cesante y daño emergente presente y futuro), los perjuicios inmateriales causados, incluyendo la pérdida de oportunidad; y en el punto, la

³⁰ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución número: A/RES/60/147. C.3. disponible en versión electrónica en: <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r60sp.htm>, consultada el 5 de agosto del 2012.

³¹ Caso 1: Masacres de río negro vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012. Caso 2: Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia 27 de junio de 2012. Caso 3: Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, sentencia 29 de mayo de 2014. Caso 4: Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia 24 de octubre de 2012. Caso 5: Masacre de la Rochela vs. Colombia, Sentencia 11 de mayo de 2007. Caso 6: Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989. Caso 6: “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, del 6 de febrero de 2001, Caso 7: “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, del 31 de enero del 2001; y, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001, entre otros.

Resolución enlista cinco literales indemnizatorios. Las medidas de rehabilitación se refieren a la atención médica y psicológica, servicios jurídicos y sociales. Las medidas de satisfacción abarcan ocho disposiciones para obtener la cesación de la infracción, la verificación de la verdad sin revictimizar, búsqueda de personas desaparecidas o secuestradas, declaraciones oficiales para restablecer la dignidad, disculpas públicas, aceptación de responsabilidades, conmemoraciones, homenajes, etc. Las medidas de garantía de no repetición se refieren al fortalecimiento de medios subjetivos y objetivos que en las diferentes instancias procuren garantizar la no repetición de los hechos violatorios del derecho, y en este grupo se sugieren siete literales concretos que contienen disposiciones al alcance de la comunidad mundial.

Las medidas reparativas descritas, en su mayoría, se hallan previstas en ordenamientos como el nuestro, porque la indemnización plena que las Cortes, Tribunales y Jueces locales aplican hoy, contienen disposiciones restitutorias e indemnizatorias, y en mayor o menor grado, medidas de rehabilitación.

3.3. Con relación a las medidas satisfactivas y de no repetición, realmente no son reconocidas en las decisiones judiciales en muchos ordenamientos. Estas son medidas complementarias y necesarias para que la reparación sea integral, y cuando se trata de derechos fundamentales infringidos, los jueces deben decretarlas, sea como parte o

adherencia a la indemnización del perjuicio inmaterial, o en forma independiente.

Por tanto, el nuevo marco del Estado Social de Derecho conmina a adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el objeto de asegurar y garantizar el respeto a los derechos fundamentales en forma efectiva e integral³², de modo que se incluyan medidas de reparación satisfactiva y/o simbólica y de no repetición.

4. La reparación satisfactiva y/o simbólica y la garantía de no repetición como formulas de la justicia restaurativa y de transición

4.1. La reparación simbólica y/o satisfactiva tránsito a la reparación integral. A fin de dar curso a una reparación completa o plena, “*tout le dommage*” o “*full compenssation*”, cual lo exige una teoría real, justa y equitativa del derecho de daños en el Estado Social de Derecho, tratándose de la agresión a los derechos fundamentales, debe reconocer y disponerse, aún de oficio, la reparación satisfactiva y/o simbólica y la garantía de no repetición, en coherencia con los estándares internacionales, y siguiendo también, en gran parte, la doctrina vernácula de esta Corte.

Este tipo de reparación va más allá del aspecto financiero con el propósito de obtener la satisfacción

³²CASTRO ESTRADA, Álvaro, Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado, México: Porrúa. 2002.

adecuada del resarcimiento; no tiene carácter excepcional, sino ordinario y complementario a los ítems reparativos vigentes en el daño inmaterial en procura de que la indemnización sea integral, reparando intereses no dinerarios y atenuando el dolor.

El Estado Constitucional y Social de Derecho como superación de las formas de organización política de carácter individualista, al estar directamente comprometidos con la protección de los valores, principios y derechos de carácter democrático, exige en los tiempos y coyunturas actuales como imperativos supremos, la obligación de reparar integralmente a las víctimas por daños cuando haya ofensa a cualquier derecho fundamental, constitucional o humano. En este caso, se hace necesario postular como elemento adicional a la indemnización tradicional y en consonancia con el Derecho Internacional Humanitario y el convencional, la reparación satisfactiva y/o simbólica y de garantía de no repetición del daño, en procura de la verdad, la justicia y la reparación.

En este punto, surge conceptualmente una discrepancia con la sentencia, porque la decisión debió avanzar al reconocimiento claro de la reparación satisfactiva y/o simbólica y a la toma de medidas de no repetición, las cuales no son de recibo, únicamente cuando hay afectación al derecho a la vida o a la libertad. El derecho al buen nombre es un derecho fundamental, y como tal reclama protección y la condigna sanción ordenada por el fallo; empero, cuando crea la tercera categoría de daño

inmaterial, por vulneración al derecho fundamental al buen nombre, sienta la base para la gestación infinita de especies individuales por cada nuevo derecho que resulte afectado.

El buen nombre debió enfrentarse desde la teoría constitucional de la reparación integral para que la nueva condena edificada como tercera forma de daño inmaterial, se enfocara hacia la reparación satisfactiva y/o simbólica y hacia la garantía de no repetición, por estar en juego un derecho fundamental, digno de protección, con el fin de que la demandada, patrocinara, por ejemplo, campañas para la protección del buen nombre de los usuarios del sistema crediticio.

Por otra parte, como adelante lo demostraré, el ejercicio judicial se tornará complejo, cuando se denuncie el resarcimiento de nuevos o diferentes derechos fundamentales, o aún el del mismo buen nombre, al construir como categoría independiente circunscrita exclusivamente al daño no patrimonial, la vulneración de los derechos fundamentales, porque éstos no se afectan únicamente en el ámbito extrapatrimonial, también se vulneran en el ámbito patrimonial y con mayor frecuencia, en esta especie. La categoría a profundizar, como parte del daño inmaterial, siguiendo el fallo Villaveces de 1922 – 1924, debió ser la reparación satisfactiva o simbólica y las medidas de no repetición.

4.2. Necesidad y concepto de la reparación satisfactiva y/o simbólica y de la garantía de no repetición.

Hoy, sobre todo, ante los fuertes conflictos sociales y políticos generados por la concentración de capital, por el megapoder de los conglomerados empresariales que apocan al ser humano como individuo o lo tornan una cifra o un simple objeto estadístico, ante la violencia de extrema derecha o de izquierda, llámese guerrillera o paramilitar que destruye vidas o desplaza personas y comunidades enteras; en el presente, ante las catástrofes naturales o ambientales por imprevisión del Estado o de particulares; o simplemente ante comportamientos jurídicos o antijurídicos que menoscaban derechos, se hace urgente, en forma simultánea con la adopción de los modelos de justicia restaurativa y de transición, que el juez del Estado Constitucional acoja mecanismos para la reparación integral, que no abroguen las formas reparativas previstas en la teoría y en la doctrina vigente hasta ahora, para el derecho de daños, sino que la complementen enérgicamente.

Se trata de medidas en procura de la justicia, la verdad y la reparación frente a los responsables o dañadores, concretizadas en indemnizaciones de naturaleza satisfactiva o simbólica para la completa e integral reparación y como garantía de no repetición de los hechos dañosos. Por tanto, como adición a las formas tradicionales de indemnización ya previstas en el ordenamiento jurídico: reparaciones materiales (lucro cesante y daño emergente, perjuicio por la pérdida de oportunidad); a las reparaciones inmateriales (indemnización moral e indemnización por

daño a la vida de relación); tratándose de la agresión de los derechos constitucionales o convencionales, también llamados fundamentales deben perentoriamente, decretarse reparaciones simbólicas mediadas por el *arbitrium judicis* y garantías de no repetición.

Se trata de una reparación que no es sustitutiva de las formas tradicionales, sino de restablecimiento complementario a la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales atrás señalados.

Por reparación satisfactiva y/o simbólica, se entiende la ejecución de conductas por parte de los dañadores con finalidades diversas, decretadas a buen juicio, según las condiciones del caso, encaminadas alternativamente a preservar la memoria histórica, la no repetición de los hechos, a la aceptación pública de la infracción a los derechos subjetivos de los afectados, el perdón público, la recuperación de la dignidad de las víctimas; y si se trata de crímenes, para impedir el olvido o la amnesia histórica. Cuando se habla de perdón público se trata de un verdadero arrepentimiento como medio para obtener la reconciliación entre quienes han tenido intereses encontrados en la historia y en el juicio en procura del ideal de justicia.

4.3. El significado gramatical y filosófico de lo simbólico para la reparación

Para entender esta modalidad reparativa es necesario recordar que símbolo, se deriva del latín *simbolum*, que a su vez viene del griego *σύμβολον*, cuyo significado en términos de la RAE, es:

“1. m. Representación sensorialmente perceptible de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con esta por una convención socialmente aceptada. 2.m. Figura retórica o forma artística, especialmente frecuentes a partir de la escuela simbolista, a fines del siglo XIX, y más usadas aún en las escuelas poéticas o artísticas posteriores, sobre todo en el superrealismo, y que consiste en utilizar la asociación o asociaciones subliminales de las palabras o signos para producir emociones conscientes”³³.

Por esta razón, el simbolismo es comprendido como un sistema de signos o de símbolos con que se presentan creencias, conceptos o sucesos. También es la corriente que acude a lo metafórico, al símil y que en lugar de nombrar los objetos reales o ideales, simplemente, los sugiere o evoca por comparación, por relación o por semejanza, de modo que estructura también una representación sensible de ideas; así, por ejemplo, el perro puede simbolizar la lealtad, el hierro la fe, el mausoleo al fallecido, el monumento la memoria histórica; las banderas, la paloma o los pañuelos blancos, la paz; pero también los hay formales en la lógica simbólica, en las matemáticas o en la química, etc., porque las palabras, las letras, los números, también pueden serlo. De manera que los símbolos pueden ser reales o ideales³⁴.

³³ RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. Ed. 22. Madrid: Espasa Calpe, 2006. p. 1365.

³⁴ Una aproximación al estudio de lo simbólico desde el punto de vista filosófico, antropológico y artístico pueden consultarse en *La Antropología Filosófica* de Ernst Cassirer, publicada por el Fondo de Cultura Económica y con traducción de Eugen Ímaz, México 1967; y en *La Actualidad de lo Bello* de Hans-Georg Gadamer, traducción de Antonio Gómez Ramos, Madrid: ediciones Pidó, 1991. Umberto Eco,

El símbolo constituye la pieza clave de la naturaleza del hombre. En torno a esto nos dice el filósofo, Ernst Cassirer:

“En el mundo humano encontramos una característica nueva que parece constituir la marca distintiva de la vida del hombre. Su círculo funcional no sólo se ha ampliado cuantitativamente [respecto del círculo animal] sino que ha sufrido también un cambio cualitativo. El hombre, como si dijéramos, ha descubierto un nuevo método para adaptarse a su ambiente. Entre el sistema receptor y el efector, que se encuentran en todas las especies animales, hallamos en él como eslabón intermedio algo que podemos señalar como sistema "simbólico". Esta nueva adquisición transforma la totalidad de la vida humana”³⁵.

Por vía de lo simbólico el hombre se reconoce “*en sí*” o “*así mismo*” y se distancia de los otros animales, creando una figuración o un mundo que no es el natural o el actualmente real. Por medio del símbolo se potencia la creatividad y el espíritu humano para imprimir una nueva dimensión en la reparación del daño.

Pero no solo desde la filosofía y desde la lingüística ha sido enfrentado el símbolo, también desde la estética. En palabras de Coomaraswamy: “*El simbolismo es el arte de pensar en Imágenes*”³⁶, nos damos cuenta que se trata del lenguaje de las formas simbólicas, donde se aprende y transforma el mundo a través de ellas, más allá del

también ha abordado la cuestión, en su obra *Signo*. En todos se analizan los problemas culturales sobre tan importante categoría. Así por ejemplo, Cassirer concibe al ser humano como *animal simbólico* que se expresa en el lenguaje verbal, en la cultura, en los ritos, en las formas institucionales y en las costumbres y contribuyó en su trabajo, *Filosofía de las formas simbólicas*. En el mismo sentido puede investigarse a Mircea Eliade y a Martin Heidegger.

³⁵ E. Cassirer, *Antropología filosófica*, p. 47. *EN-CLAVES del pensamiento*, año VII, núm. 14, julio-diciembre 2013. p. 85 a 101.

³⁶ COOMARASWAMY, Ananda K., *Doctrina tradicional del Arte*. Palma de Mallorca: Ed. Oñaleta, 1983.

pensamiento conceptual, superando los límites de lo real y contradictorio. Cuando se habla de símbolo se trata de utilización de la analogía porque el símbolo muestra y oculta todo aquello que no puede ser formulado o expresado de otra manera, separándonos de lo natural y del mundo puramente realista, posibilitando la creación de una nueva realidad.

4.4. La reparación simbólica: salto cualitativo para construir una comunidad dialógica, tolerante y democrática

La reparación simbólica, implica la ejecución de actividades lúdicas o emocionales que tengan presente que los seres humanos dentro de nuestros atributos a la personalidad sentimos dolor, pero también podemos perdonar, en procura de contrición y de la superación del rencor que pudo haber nacido de la relación y de los efectos nocivos generados entre dañado y dañador con ocasión del hecho dañoso, de tal forma que las víctimas puedan superar la aflicción para reencontrar también momentos placenteros capaces de posibilitar la construcción de una sociedad tolerante, incluyente y próspera; y para sociedades en conflicto como la nuestra, da germen a una auténtica reconciliación. Ejemplos concretos de este tipo de reparación se halla en la construcción de monumentos a las víctimas; desarrollo de murales para expresar pensamientos relacionados con los hechos, con los sueños, con proyectos de vida, pero comprometidos con la conquista de la paz; financiación de cátedras de creatividad hacia lo simbólico y

lo tolerante en escuelas, colegios y universidades, o en juntas comunales; financiación de programas de reparación simbólica, etc.

En la reparación simbólica el juez debe potenciar oficiosamente o por solicitud de parte desde la sentencia el desarrollo de procesos democráticos inclusivos mediante la condena al ejercicio y adelantamiento de tareas simbólicas, a la utilización de signos o de formas culturales o de actividades artísticas, etc., donde a través de su ejecución quepan víctimas y victimarios, y entre éstos puedan desarrollar verdaderos caminos dialógicos, más allá de un criterio meramente retributivo, sancionatorio o indemnizatorio, consecuencia normal de la cláusula *neminen laadere*.

Las medidas simbólicas superan la visión materialista, o están más allá de las categorías indemnizatorias de daño emergente, lucro cesante, perjuicio por pérdida de oportunidad, perjuicios morales, perjuicio a la vida de relación, todas las cuáles, normalmente se traducen en términos de resarcimiento económico. En efecto, lo simbólico implica un salto cualitativo en la actividad judicial, para comprender que la sentencia juzga a seres humanos comprometidos en proyectos vitales colectivos de autorespeto e integración, donde quienes son contendientes se reencuentran y se reconcilian porque no están aislados en la comunidad de vida, sino en tránsito hacia la restauración y edificación de una sociedad que

desde lo imperfecto camina a lo solidario para la realización de la justicia, como instrumento para acrisolar una auténtica democracia.

El salto cualitativo en materia indemnizatoria significa superar la visión del juicio resarcitorio como instrumento para reconocer exclusivamente condenas económicas; implica relanzar la construcción del proceso y del derecho de daños hacia el encuentro de víctima y victimario, de demandante y demandado, de los oponentes, por medio de medidas satisfactivas y/o simbólicas para rehacer un Estado constitucional tolerante y democrático, en el cual primen los derechos, valores y principios.

4.5. El rol protagónico y visionario de la Corte Suprema de Justicia colombiana en la formulación de la reparación satisfactiva y/o simbólica y de las medidas de no repetición

Esta Corte, con criterio visionario, ya desde 1922 en la sentencia de casación y luego en la sustitutiva de 1924, abogó por la reparación simbólica, mucho antes que la Corte Interamericana y de los recientes dictados de las Naciones Unidas. En efecto, el 13 de noviembre de 1893, murió en esta ciudad, la señora Emilia Santamaría de Villaveces, esposa del demandante, León Villaveces; el cadáver fue sepultado, el 14 del mismo mes y año, en el mausoleo número ciento dos (102) del cementerio nuevo oriental externo. Inicialmente León Villaveces, pagó el arrendamiento de la bóveda, por el término de ocho años,

posteriormente la adquirió, mediante escritura número 1942, otorgada el 22 de diciembre de 1900 en la Notaria 2ª de Bogotá y registrada el 3 de enero de 1901, libro No 1, página 4, número 10, en la misma ciudad. En el mes de marzo de 1914, los empleados del cementerio, sin previa autorización, exhumaron los restos de su cónyuge, junto con el ataúd donde reposaban. Nunca le fueron entregados los restos, el cofre fúnebre, ni la lápida de mármol que cubría el pabellón.

El cónyuge sobreviviente demandó al Municipio de Bogotá, hoy, Distrito, para la entrega de la bóveda marcada con el número ciento dos (102), de los restos mortales, de la lápida de mármol, el ataúd y todo lo demás que contenía la cripta. En primera instancia se accedió parcialmente a las pretensiones, el Tribunal confirmó, y en sede de casación esta Corte, expuso, el 21 de julio de 1922, una trascendente doctrina satisfactiva y simbólica para el resarcimiento integral:

“2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

“2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse o malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

“Este último artículo extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea

en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho. Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente. En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos que el Tribunal infringió por haber restringido su alcance, e interpretado, por tanto, erróneamente.

“Esta interpretación de las disposiciones acotadas del Código Civil, está de acuerdo con los principios de una sana jurisprudencia, desde luego que todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabo sus derechos; y si en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales. En el caso que se estudia se impone la sanción civil.

“La sentencia debe pues ser casada también en cuanto absolvió al Municipio de Bogotá del pago de los

perjuicios morales causados al actor por los agentes de aquél”³⁷.

Posteriormente, para dictar sentencia sustitutiva añadió:

“En fuerza de todo lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia objeto del presente recurso en cuanto absuelve al Municipio de Bogotá de la obligación de entregar la lápida que cerraba la bóveda que contenía los restos humanos de la señora Martina Emilia Santamaría de Villaveces, y en cuanto absolvió a dicho Municipio de la obligación de pagar al mismo señor Villaveces los perjuicios morales que sufrió por la indebida extracción de dichos restos; y para mejor proveer antes de dictar la sentencia que debe reemplazar a la del Tribunal, dispone que por medio de peritos nombrados por esta Corte se fije el monto de los perjuicios sufridos por el demandante a causa de la indebida extracción de los restos de su esposa la señora Emilia Santamaría de Villaveces de la bóveda de propiedad de aquél, marcada con el número ciento dos (102) del cementerio nuevo oriental de esta ciudad.

“Los peritos, además de las razones que sirvan para fundar su dictamen, tendrán en cuenta la intensidad del agravio, la condición social del señor Villaveces y de su esposa y la circunstancia de haber comprado aquél una bóveda para mantener guardados los restos sobredichos al amparo de toda profanación”³⁸

Evacuadas las pruebas, al dictar la sentencia de reemplazo, razonó la Corte, justamente abrazando en este fallo del 22 de agosto de 1924, la reparación simbólica, para

³⁷ COLOMBIA, GACETA JUDICIAL, Órgano oficial de la Corte Suprema de Justicia: Tomo XXIV No 1515. p. 218 a 220.

³⁸ *Ibídem.*

hacer plena la reparación. Siguiendo el dictamen pericial, destaca el mérito simbólico del mausoleo y de la lápida como desahogo de sentimientos, homenaje y memoria de la esposa muerta, colmando el vacío y la imposibilidad de reposición de los restos humanos desaparecidos:

“Ahora bien, observadas las cosas desde el punto de vista práctico, puede decirse que la conservación de los restos en un lugar determinado, no responde al deseo de poseer eso como una finca o una joya, por su propio valor intrínseco, sino por el mérito simbólico, representativo de la persona extinta. Los restos óseos de un cadáver no valen más que la carne, más nadie se preocupa por conservar ésta que se destruye; si aquéllos se corrompieran también, nada se perdería tampoco, materialmente, pero el deudo no tendría un símbolo al cual rendir idealmente el homenaje que impone el culto de los muertos. Y tan cierto es que los restos carecen de valor material, que donde se acostumbra la cremación, los deudos se conforman con un puñado de cenizas que cabe en un cofrecito minúsculo. Esto satisface³⁹ al anhelo espiritual, pero de todas maneras queda algo en que se encarna el recuerdo. De éste y del lugar donde se guarda hace el hombre un santuario adonde puede ir a desahogar sus sentimientos. Si un caso fortuito, como una guerra, un terremoto, un naufragio, o un hecho ajeno privado a alguien de ese bien de valor simbólico, procura sustituirlo con otro símbolo. Por eso Francia ha erigido un monumento al soldado desconocido y Colombia otro a los héroes ignotos, que representan la tumba de los millares de seres que perecieron sin que sus restos pudieran ser identificados ni recogidos por sus

³⁹ Esta misma expresión es utilizada por la Organización de Naciones Unidas en la resolución A/RES/60/147. p. 8. La Real Academia la define como “Pagar enteramente lo que se debe. Nadie podrá alegar nada para no satisfacer los pagos”. RAE. Diccionario esencial de la lengua española. Ed. 22. Madrid: Espasa Calpe. 2006. P. 1340.

familias, más estas han hecho de aquel monumento el sepulcro de cada uno de esos seres y les basta la ilusión de que allí reposan sus despojos.

“Las consideraciones que preceden nos hacen pensar que la indemnización materia de nuestro dictamen debe tener por objeto repararle a Villaveces el dolor sufrido, reemplazando con otra cosa que sirva de homenaje y evocación a la memoria de su esposa muerta, la propia tumba de ella. Esa cosa no puede ser otra que un monumento artístico, que por sí sólo, o con los restos si se pueden restituir, colme el vacío que produjo el quebranto moral del demandante.

“Ahora bien, dadas la posición social de los interesados, su cultura, la magnitud del pesar causado, etc., estimamos que el mausoleo o monumento en referencia tiene que ser de un costo no menor de tres mil pesos (\$3000)” (Subrayado fuera del texto).

“De este modo los peritos han dado a la indemnización en dinero la alta significación que tiene en la vida social, donde todos los derechos de los asociados deben quedar amparados por la tutela jurídica, y donde todo perjuicio inferido a la persona o a la propiedad de otro, debe ser en lo posible reparado”⁴⁰.

Afincando ya, el principio de que “*todo perjuicio inferido*” a la persona o la propiedad debe ser reparado plenamente, tratando del doble objeto que tiene la indemnización en dinero, siguiendo al profesor Nicolesco señala:

⁴⁰ COLOMBIA, GACETA JUDICIAL, Órgano oficial de la Corte Suprema de Justicia: Tomo XXXI No 1602. p. 82 a 83.

“Hoy el dinero constituye casi el único medio de reparación. Pero si bien es cierto que tiene siempre por objeto procurar al lesionado una satisfacción, su acción no es la misma en todos los casos. Al lado de la penal, de la cual no se trata aquí por ser del dominio del derecho público, el dinero llena otras dos funciones en el dominio del derecho civil: una función de equivalencia (“verum praetium, rei estimatio, quanti ea res est, id quod interest”) cuando se trata de reconstruir un patrimonio menoscabado, y una función puramente satisfactoria, cuando se trata de un perjuicio no patrimonial.

“¿Cómo llenará esta última función? Bien entendido que no será reemplazando el dolor experimentado, los afectos perdidos, pero sí, haciéndolos menos sensibles, borrando, si ello es posible, las consecuencias de esas sensaciones; no colocando al damnificado en condiciones de rehacerse de los bienes que ha perdido, pero sí, abriéndole una nueva fuente de alivio y de bienestar.

“Gracias al dinero podrá procurarse sensaciones agradables que vendrán a contrarrestar, a compensar las sensaciones dolorosas o desagradables que han experimentado. En la vida ordinaria también el dinero tiene no solamente la función de proveer a las necesidades materiales del hombre, sino que con él se satisfacen también las necesidades morales, intelectuales y artísticas”.

“En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, procedió a condenar al municipio a entregar la bóveda, la lápida de mármol y los respectivos perjuicios morales”⁴¹.

⁴¹ *Ibídem*

Nótese, cómo en esta decisión, no se trata de una simple *obiter dictum*, ni tampoco de una formulación aislada para el reconocimiento de los perjuicios morales, tal como lo han entendido intérpretes parciales de tan memorable fallo, al no leerlo integralmente y al no advertir la fuerza visionaria, hermenéutica y teórica que se deriva tanto del fallo de casación y de la propia decisión reemplazatoria proferida por esta Corte. En ambos eventos, con ponencia del magistrado Tancredo Nannetti, la Sala de Casación Civil, aboga por el resarcimiento de los perjuicios morales, pero, también, y es allí donde está el enorme poder innovador de esta Corte, en la sentencia se adelantó certeramente por décadas a los modernos sistemas reparativos de carácter satisfactivo y/o simbólico que pregonan Cortes internacionales, a partir de un caso tan singular, reconociendo LA REPARACIÓN SATISFACTIVA Y/O SIMBÓLICA, por ello con ardentía pregona, tratándose de pérdidas de vida, que si “(...) *un hecho ajeno priva a alguien de ese bien de valor simbólico, procura sustituirlo con otro símbolo*”. La motivación explícita y la toma de partido en lo pertinente por la reparación simbólica es una verdadera *ratio decidendi* con respecto al resarcimiento integral del daño. Expone que como los restos óseos y el cadáver como tales se corrompen hay necesidad de fulminar condena erigiendo un símbolo para “(...) *rendir “(...) idealmente el homenaje que impone el culto de los muertos. Y tan cierto es que los restos carecen de valor material, que donde se acostumbra la cremación, los deudos se conforman con un puñado de cenizas que cabe en un cofrecito*

minúsculo. Esto satisface el anhelo espiritual, pero de todas maneras queda algo en que se encarna el recuerdo”.

4.6. Plexo normativo nacional que potencia la reparación integral en derecho de daños

En el derecho nacional encontramos disposiciones que obligan a la reparación integral. Con algunas limitaciones, y no obstante, con orientación culpabilista, el artículo 1616 del Código Civil colombiano, aboga por tal camino en la responsabilidad contractual. Pero la regla 1031 del C. de Co. nacional, también propugna por la reparación integral: *"si la pérdida o avería es ocasionada por dolo o culpa grave del transportador, éste estará obligado a la indemnización plena sin que valga estipulación en contrario o renuncia"* (inc. 5.º). En el ámbito extracontractual hallamos el art. 2341 del C.C, obligando a la reparación plena al agente dañador que ha inferido daño a otro, haya sido con dolo o por la simple culpa; y este precepto fue precisamente para los años 1922 y 1924 la fuente de la reparación integral, que históricamente torna fundante, tan trascendentales pronunciamientos. Y si surgen dudas, el art. 16 de la Ley 446 de 1998, proclama los principios de reparación integral y equidad omnicomprendensiva e ineluctablemente en la responsabilidad contractual o extracontractual; de modo, que la reparación plena o completa, es exigencia hoy en el ordenamiento interno.

Recientemente la Ley 975 de 2005, en el marco de la Ley de Justicia y Paz, las víctimas tienen el derecho a la reparación *integral* de los daños sufridos (art. 37). Y la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas, también la pretende en forma adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva, mediante un articulado que recoge los postulados del derecho internacional humanitario, con efectos temporales y como medio para superar el conflicto interno que vive nuestro país.

Todo ello sin desconocer los benéficos efectos de las reglas 58, 90 y 95, que junto a los derechos, valores y principios insertos en la Carta Política de 1991 compelen el nuevo marco jurídico reparativo.

Epílogo:

Expuesto el marco central del derecho reparativo cuando de juzgar afectación a derechos fundamentales corresponde, se hace necesario, mostrar concretamente, el porqué de mi aclaración, una vez más, a partir de la propia *ratio decidendi*, que contiene el presente fallo, en relación al daño no patrimonial.

Luego de hacer el recorrido evolutivo de la jurisprudencia de esta Corte en el reconocimiento de los perjuicios morales y de la indemnización por el daño a la vida de relación, afincó la sentencia:

“Los anteriores referentes jurisprudenciales permiten

deducir que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda.

*“De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: **i)** mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); **ii)** como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, **iii)** como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.*

*“Las dos primeras formas de perjuicio han sido amplia y suficientemente desarrolladas por esta Corte. El **menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional**, en cambio, aunque se ha enunciado tangencialmente por la jurisprudencia, no ha sido materia de profundización, dado que hasta ahora no se había planteado ese asunto en sede de casación”.*

Según he expuesto, a mi juicio, existe como categoría autónoma, la responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales, y entre ellos, el derecho al buen nombre; pero no lo está y no es posible subordinarla, en forma alguna, como una tercera modalidad del daño extrapatrimonial, como lo postula la sentencia.

Sí, los derechos fundamentales, he demostrado pueden y deben ser objeto de reparación, pero no sólo en esa subespecie particular de la tercera categoría de daños no patrimoniales. Si se afrenta el buen nombre, la vida, la

libertad o algún otro derecho con aquélla condición; demostrados los elementos axiológicos de la respectiva responsabilidad, tal como puede acaecer evento dañoso contractual o extracontractual, puede y debe reclamarse de acuerdo a lo probado, el daño patrimonial, esto es, el daño emergente, el lucro cesante y el perjuicio por la pérdida de oportunidad; y de contera, también, en forma concurrente para que la reparación sea plena, el perjuicio moral, y el perjuicio por la vida de relación. El perjuicio moral en la órbita de la congoja, del pesar, de la aflicción o pena que sufre la víctima; el perjuicio por la vida de relación por el desmedro de la relación externa que trasciende el espacio íntimo de cada sujeto y la *“mismidad”* de cada sujeto, para trascender al contacto con quienes la persona se trata, interrelaciona o rodea, puesto que mientras exista, toda víctima o todo perjudicado o todo humano, en la cotidianidad debe vivir y existir con otros sujetos de derecho, como prolongación de su ser en la alteridad, en el cara a cara, de tal modo que si existe daño, en éste ámbito también existe perjuicio o desmedro relacional.

En el caso concreto, el buen nombre puede ser, indiscutidamente, motivo de reparación por daño emergente (ejemplo, cuanto pudo erogar para restablecerlo), puede ser razón para obtener indemnización por lucro cesante (porque dejó de percibir en el caso del ahorrador o del usuario del crédito, los beneficios del acto o hecho jurídico materia del crédito); también por perjuicios morales, tal como se reconocieron en este caso; igualmente por perjuicio a la vida de relación, frente al cual hubo omisión en reconocerlo, en cuanto es compatible con la indemnización por daño moral, y

con los otros factores de la indemnización material.

En esta perspectiva, la condena impartida por el buen nombre resulta pertinente, empero, en la forma propuesta, enfrenta problemas epistemológicos en la arquitectura del daño, porque todo daño que afecte derechos fundamentales o no, - todo lo cual cuenta para el buen nombre-, compele de acuerdo a lo demostrado en juicio, la posibilidad de reconocer y condenar por todos los factores indemnizatorios anotados. Por ello discrepo, cuando razona la decisión, en la *ratio decidendi* adicional, lo siguiente:

“De igual manera el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación”.

De este modo, en la forma propuesta la reparación no sería completa. Es integral cuando abarca los factores materiales y no patrimoniales, éstos últimos, incluyendo la reparación satisfactoria y/o simbólica y la garantía de no repetición.

La verdadera tercera categoría en la modalidad de daño no patrimonial, según se ha expuesto, debió ser la reparación satisfactoria (satisfactiva) y/o simbólica y la garantía de repetición, como *in extenso* se expuso, cuando se afecta todo derecho fundamental, y no únicamente en el caso al derecho a la vida o la libertad, como en los asuntos fallados por los jueces internacionales, sino para todas las hipótesis de agresión a los derechos fundamentales, como aconteció

en el juicio Villaveces, 1922-1924, donde esta Corte condenó, premonitoria y visionariamente, junto al pago al perjuicio moral, a la devolución de la lápida signo del perenne recuerdo, y la edificación del mausoleo, tal como allí se consignó: “reemplazando con otra cosa que sirva de homenaje y evocación a la memoria de su esposa muerta, la propia tumba de ella. Esa cosa no puede ser otra que un monumento artístico, que por sí sólo, o con los restos si se pueden restituir, colme el vacío que produjo el quebranto moral del demandante”.

Fecha ut supra,

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

SALVAMENTO DE VOTO

11001-31-03-003-2003-00660-01

Con el debido respeto a continuación exponemos las razones que fundamentan el voto divergente en relación con la sentencia proferida dentro del proceso ordinario promovido por Fernando Augusto García Matamoros y otra en contra del Banco Granahorrar S.A., en calidad de cesionario del Banco Central Hipotecario.

I. SOBRE LA DEMANDA DE CASACIÓN

A los efectos de este salvamento, útil es memorar que el Tribunal afirmó que la entidad bancaria desconoció la “*situación fáctica consolidada a favor de los deudores*” (f. 35, c. 3 del Tribunal), o bien, “*desconoció el principio del respeto al acto propio*” (ib.), a resultas de lo cual estimó que “*la pasiva incurrió en el incumplimiento pregonado por los demandantes*” (f. 37). Sentado lo anterior, se aplicó a verificar si podía condenarla al pago de los **perjuicios materiales** (pérdida de la oportunidad por no haber podido comprar unas acciones, pérdida de arras por el incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa, pérdida de la rentabilidad que le hubiera generado la venta del apartamento y **pérdidas materiales por el daño al buen nombre**) y extrapatrimoniales (perjuicio moral).

En relación con el perjuicio **material** derivado del **daño al buen nombre**, que estimaron los actores en diez

millones de pesos (\$10'000.000) o “*en la que se demuestre en el proceso*”, fue enfático el juzgador de segunda instancia (y no fue un *lapsus calami* del Tribunal, como en el cargo cuarto lo da a entender el impugnante, f. 44, c. Corte) en destacar que, a semejanza del anterior perjuicio material reclamado y que dejó investigado -el atinente a la negativa de una entidad financiera al otorgamiento de un crédito por estar los demandantes reportados en centrales de riesgo- existía total orfandad probatoria, “*pues brilla por su ausencia material, que permita inferir la ocurrencia del menoscabo sufrido por tal situación, que no logra deducirse, de suyo, del mero reporte injustificado, toda vez que no puede olvidarse que ‘es verdad averiguada que para el reconocimiento de un perjuicio se requiere, además de ser cierto, y, en línea de principio, directo, que esté plenamente acreditado, existiendo para ello libertad de medios probatorios’ (CSJ S-56 de abril 4 de 2001)*” (f. 40, c. Corte).

El tercer cargo acusa al Tribunal de violación indirecta de las normas sustanciales como consecuencia de errores de hecho por apreciación incompleta de algunas pruebas y por no haber estimado otras, “*relativas al reporte injusto e injustificado a las centrales de riesgo del crédito de los nombres de los demandantes y a las consecuencias lesivas que tal reporte les trajo*” (f. 29, c. Corte).

Pero es evidente que esta acusación se aleja por completo de la pretensión inicialmente incoada en el libelo genitor del proceso, que específicamente estuvo dirigida a pedir la condena por perjuicios **materiales** ocasionados por el daño al buen nombre de los promotores. Por el contrario, el ataque, amén de las contradicciones a que adelante se

aludirá, parte de la base de que lo inicialmente pedido fue la condena al pago de perjuicios extrapatrimoniales derivados del daño al buen nombre.

La sentencia, en la decisión que no se comparte, también parte de esa base, es decir, no advierte que la demanda fue categórica en determinar qué tipo de perjuicios eran los que se perseguían, pues no sólo en el *petitum* se alude específicamente a los materiales derivados del daño moral, sino también en el hecho 15° se enlista el daño al buen nombre dentro de los perjuicios materiales, específicamente concretado en la buena fama, con estas explicaciones de los demandantes:

«la vulneración consiste en la exclusión y pérdida del derecho a utilizar y adquirir nuevos créditos en el sector financiero, por la proscripción ocasionada por el injusto reporte a las centrales de riesgo del crédito; la oportunidad para celebrar negocios con cualquier persona distinta de ese sector, sea comerciante o no, que consultan la información bancaria para referenciar a con quienes contratan; el mismo servicio profesional de la abogacía se ve afectado,-Fernando García M. lo es- ya que muchas entidades se abstienen de contratar abogados que aparezcan reportados a las centrales de riesgo. Este perjuicio los demandantes lo estiman en diez millones de pesos (\$10'000.000)» (f. 22, c. 1).

Por consiguiente, este reproche, erigido sobre una base fáctica que el Tribunal no consideró por cuanto no había sido propuesta por los actores, mal puede resultar próspero y dar lugar, además, a las profundas reflexiones que la sentencia se encarga de explyar en lo atinente a daños no

patrimoniales, distintos del daño moral y del daño a la vida de relación.

Sencillamente, en el cargo se varió la *causa petendi*, con grave perjuicio del derecho de defensa de la parte demandada, y con violación de la lealtad procesal que entre las partes se deben y que le deben incluso al propio sentenciador de segundo grado, que falló según lo pedido.

Además de lo anterior, y suponiendo que el perjuicio reclamado como consecuencia del daño al buen nombre fue el inmaterial a que se dedica la sentencia de la Sala y el cargo tercero, debe precisarse que en este aspecto el embate referido presenta otras notorias deficiencias técnicas que impiden su prosperidad y consecuentemente la del pedimento al cual apunta.

Incluso, como se advierte en el resumen que del mismo efectúa la providencia, el cargo recoge planteamientos contradictorios, y por ende no satisface las exigencias de claridad establecidas por el artículo 374 del C.P.C.

Nótese a este respecto que el mencionado ataque lo encauza el impugnante por la vía del error de hecho -que hace consistir en haber apreciado el Tribunal algunas pruebas de forma incompleta y no haber apreciado otras⁴²-, para acto seguido censurar al *ad quem* por haber exigido

⁴²“Infracciones que se sucedieron como consecuencia de los errores de hecho, al haber apreciado incompletamente algunas pruebas y no haber apreciados otras” (fl. 33, c. Corte).

para tener por establecida la indemnización que corresponde al daño, “*una prueba que la ley no exige*⁴³”.

Si, como se afirma en la última de las proposiciones mencionadas, la cuantía del daño pretendido era asunto que podía definirse sin prueba, ¿de qué forma el error pudo configurarse por omisión (no haber apreciado) o cercenamiento (apreciación incompleta) respecto de probanzas que militan en el informativo?

De igual manera, la acusación en mención revela mixtura de yerros toda vez que a pesar de haber sido planteada con base en el error de hecho, contiene alegaciones que resultan propias del de derecho, como se advierte al haberse manifestado que la conclusión toral del Tribunal deriva de haber “*contrariado las normas de interpretación de la prueba en especial del artículo 187 del C.P.C.*⁴⁴”; y al cuestionar a ese fallador por cuanto en sentir del recurrente establece como requisito para evaluar la indemnización del daño al buen nombre **una prueba no exigida por la ley**.

De otra parte, el ataque luce deficientemente estructurado, como quiera que en su planteamiento apunta en buena medida al establecimiento probatorio de aspectos diferentes de aquel en el cual el *ad quem* fundó su decisión absolutoria, esto es tener por no probada la cuantía del

⁴³“*Pero la honorable Sala en desarrollo de su labor apreciativa de las pruebas, erró en la premisa menor, al no encontrar perjuicios por el daño causado buscándolos entre las pruebas como si, adicional a la lesión o daño al buen nombre, fuese esencial para su existencia la prueba de la cuantía del mismo. el error consistió entonces, en esperar encontrar en el expediente una prueba material y objetiva del valor de un daño inmaterial y subjetivo,(...)*” (f. 35, c. Corte).

⁴⁴Folio 35, c. Corte.

perjuicio; y carece del debido desarrollo y de la labor de contraste entre las probanzas aludidas y las conclusiones fácticas consignadas en el proveído impugnado, que son exigencias técnicas que fluyen de la necesidad de demostrar el error *facti in judicando*.

En efecto, con referencia a una primera serie de documentos, el cargo censura la apreciación incompleta de los mismos, “*en lo que respecta al hecho de reportar a los demandantes como morosos ante las centrales de riesgo*”. Tales pliegos fueron sendos reportes a la Cifin de noviembre 7 de 2002 y febrero 7 de 2005, un reporte a Datacrédito y una nota del Banco de Crédito visible a f. 191 c. 1.

De acuerdo con el embate aludido “*los anteriores documentos solo los tuvo en cuenta el Tribunal al apreciar los hechos y pretensiones relacionados con la negativa al señor Fernando García de la solicitud presentada en el Banco de Crédito en cuanto a la pérdida de oportunidad para adquirir acciones de Cambiamos S.A.; pero omitió apreciar la consecuencia del injusto reporte en cuanto priva a los accionantes del acceso a los servicios del sector financiero y muchos públicos a pesar de haberse solucionado aparentemente el problema del saldo en mora.*” ([f. 37 c. Corte]. Resaltado fuera de texto).

No señala la censura de qué forma los referidos documentos daban cuenta de las aludidas consecuencias, las cuales de otro lado (en aparte visible a fl. 36 *ídem*) enlista el recurrente bajo literales a) a e), que previamente había señalado corresponden a un aspecto “*absolutamente*

inmaterial y subjetivo” que en consecuencia no requiere ser probado.

Con relación a una segunda serie de documentos, (relacionados a fl. 38 *ibídem*) manifiesta el libelo contentivo del recurso extraordinario que no fueron observados por el Tribunal, aserto que debería entenderse a los efectos de establecer la cuantía precisa de los perjuicios, por ser este el aspecto extrañado por la referida corporación.

Sin embargo, a continuación de la indicación de los mismos, el recurso destaca lo que supuestamente de cada uno de ellos se desprende, advirtiéndose que lo resaltado respecto de todos resulta extraño al propósito central del cargo, esto es que se tenga por establecida, en contra de lo señalado por el *ad quem*, la cuantía del perjuicio derivado del daño al buen nombre.

Los citados medios de convicción, como se aprecia a folio 38 del cuaderno de la Corte, probarían el dolo de la sociedad demandada; la existencia de indignación por parte de los demandantes; el perjuicio moral y el daño; la continuidad en el perjuicio por el reporte a las centrales de riesgo; y por último la indolencia y posición dominante del extremo pasivo, aspectos todos ajenos a la declarada finalidad del cargo, se itera, la acreditación de que en el plenario obra prueba referida a la cuantía del daño que el Tribunal pasó por alto, y no a la existencia del mismo, que es asunto averiguado y admitido por el *ad quem*.

Es claro entonces que el embate revela desenfoque en la medida en que apunta a establecer aspectos extraños a la

razón fundamental por la cual el Tribunal negó la indemnización, esto es la falta de acreditación de la cuantía de los perjuicios.

Finalmente, una tercera relación de documentos visible a folio 40 del cuaderno de la Corte, que parecería es así orientada a “*determinar la cuantía de los perjuicios*” y que se dice referida a “*los documentos que informaban sobre la insolvencia y estatus económicos de la demandada*” (obrantes a fls. 183 a 185 -solicitud de crédito a banco de crédito, copia declaraciones de renta y extractos de cuenta corriente-) no resultó acompañada de la condigna demostración del error, al haberse omitido indicar con precisión lo que tales probanzas realmente acreditan en punto al establecimiento del *quantum* indemnizatorio.

En síntesis, si el aparte rescatable del ataque consiste en el planteamiento de que el daño al buen nombre, por su carácter extrapatrimonial (en el entendido de que hubo de quedar superada la primera falencia técnica advertida en este reglamento), ha de determinarse sin prueba, esto es, con base en el *arbitriumjudicis*, luce evidente que el recurrente habría equivocado la vía al encaminarse por la senda de los yerros probatorios. Porque bien vistas las cosas, si el recurrente arguye que la cuantía de los perjuicios inmateriales no es susceptible de comprobación, cual lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, y el Tribunal encontró demostrada la existencia del perjuicio extrapatrimonial y tan sólo restaba que usara sus poderes para tasar discrecionalmente la cuantía de la condena por dicho concepto, el cuestionamiento, en realidad, no tenía que manifestar discrepancia alguna con la situación fáctica

tal como la plasmó el *ad quem*, dado que su crítica debió resaltar la falta de aplicación de normas sustanciales que ordenan la reparación integral de perjuicios y le asignan al juez la facultad – deber de aplicar principios tales como el de reparación integral y el de la equidad.

Por lo demás, la radical contradicción en que la censura incurre y el hecho de que la pretensión a cuyo reconocimiento apunta es diferente de la que intenta salvarse con el cargo siguiente, impiden que sus defectos de formulación pudieran dejarse de lado por la vía de conjuntar su estudio con el ataque cuarto, referido exclusivamente al daño moral.

II. SOBRE EL PLANTEAMIENTO TEÓRICO GENERAL CON QUE SE DESPACHAN CONJUNTAMENTE LOS CARGOS ADMITIDOS

Discrepamos igualmente de los fundamentos con los cuales la providencia objeto de recurso extraordinario ensaya una clasificación -que entiende novedosa- de los daños extrapatrimoniales, por las razones que a continuación se precisan:

Luego de efectuar una presentación histórica recortada sobre la forma en la cual ha enfrentado la jurisprudencia de esta Sala el reconocimiento y categorización del daño extrapatrimonial, el fallo se limita a presentar un pronunciamiento efectuado en 1968 mediante el cual fuera acogida la clasificación de un connotado tratadista italiano, para -sobre la base de formular censura

a la misma-, pasar a presentar otra diferente como alternativa, sin confrontar la que es actual postura de la Sala, adoptada a partir de la decisión de 13 de mayo de 2008.

El aparte conclusivo del pronunciamiento materia de voto divergente, en lo que corresponde al aspecto que ahora comentamos, es visible a f. 108 del cuaderno de la Corte, y su formulación es la siguiente:

«en ese contexto son especies de perjuicio no patrimonial -además del daño moral- el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales (...). Estas subespecies del daño extrapatrimonial no pueden confundirse entre sí, pues cada una de ellas posee su propia fisionomía y peculiaridades que las distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque a menudo suele acontecer que confluyan en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo».

De conformidad con lo transcrito, los tipos de daño extrapatrimonial -diferentes del daño moral- serían entonces:

1. El daño a la salud;
2. El daño a la vida en relación; y
3. El daño a bienes jurídicos de especial protección constitucional dotados del rango de derechos humanos fundamentales, categoría dentro de la cual se incluirían la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre.

Surgen de inmediato dos cuestionamientos sobre esta primera clasificación que plantea el fallo del que nos apartamos. La primera apunta a indagar con qué sustento se afirma que el daño a la salud o a la libertad sean de suyo e inexorablemente formas de daño extrapatrimonial, si, pocas cuartillas atrás, la providencia expresamente ha recogido el postulado de conformidad con el cual *“la naturaleza (...) del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial (f. 105, ibídem)”*⁴⁵.

Corresponde igualmente indagar cuáles podrían ser las *“propia[s] fisonomía y peculiaridades”* que puedan distinguir como forma de daño autónoma a una categoría tan abierta e indeterminada como la denominada lesión *“a bienes jurídicos de especial protección constitucional (...) que tienen el rango de derechos humanos fundamentales”* distintos de la salud.

La referida clasificación resulta abandonada pocas páginas después al manifestarse ahora que los daños extrapatrimoniales deben ser recogidos en tres categorías, a saber:

1. el daño moral;
2. el daño a la vida de relación; y

⁴⁵Argumento que, dicho sea de paso, es el que debió orientar el análisis preliminar de las cuestiones técnicas que al comienzo fueron indicadas

3. la tan mentada lesión a los derechos humanos fundamentales.

Es de destacar que en esta segunda organización desaparece el daño a la salud como categoría autónoma, sin que se dé explicación alguna al respecto.

En un intento de verdadera sistematización, que elude categorías inespecíficas o indeterminadas, el postulado que desde mayo 13 de 2008 viene sosteniendo la Sala, reconoce en punto a la clasificación de los daños extrapatrimoniales, la distinción entre el daño moral y el daño a la vida de relación, caracterizado este último por las siguientes particularidades:

«a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho; c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima

directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquélla y éstos; f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, (...)» (Págs. 55 y 56).

Fluye con claridad de lo expuesto, que en la clasificación referida mientras el daño moral viene a ser aquel daño extrapatrimonial que se refleja “en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja desilusión, tristeza, pesar etc.”; el daño a la vida en relación viene a estar constituido por aquel menoscabo extrapatrimonial que “se refleja sobre la esfera externa del individuo”, esto es, en las situaciones de su vida o en la interacción con sus entornos próximo o lejano dentro de la sociedad.

La diferencia específica pues entre las categorías del daño extrapatrimonial viene a ser el sentido interno o externo en que se proyectan sus consecuencias.

De cara a lo anotado se evidencia una inexactitud en la articulación teórica de la sentencia respecto de la cual se formula el salvamento de voto, cuando concluye que

«el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales,

no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma, cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda» (fls. 110 y 111, c. Corte).

La circunstancia de que se hubiere previsto en el fallo de 13 de mayo de 2008, que el catálogo de eventos allí recogido podría ser desbordado por los hechos y por nuevas conceptualizaciones jurídicas⁴⁶, es solo el reconocimiento - impuesto por la prudencia- de que toda clasificación es esencialmente contingente por corresponder a un estado intermedio del conocimiento, inserto en la corriente de la inexorable evolución del saber humano. Pero ello no permite concluir que la mentada afectación de derechos fundamentales no esté recogida o no pueda comprenderse dentro del daño en la vida de relación.

De hecho, en el proveído de 2008 se incorporan continuas referencias a la violación de prerrogativas superiores como causas posibles de estructuración del

⁴⁶<<... en el marco de la labor unificadora de la jurisprudencia que le ha sido atribuida a la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con los artículos 234 y 235 de la Constitución Política y 365 del Código de Procedimiento Civil, es preciso manifestar que el reconocimiento por parte de la Sala de la noción que se viene comentando, ha de ser apreciado como un eslabón dentro del proceso de transformación de las instituciones jurídicas de una sociedad, que en esta ocasión, tras capitalizar las diversas experiencias acopiadas, viene a determinar la recepción de algunos conceptos existentes encaminados a formular un planteamiento que atienda las necesidades de la época y las circunstancias propias del país, claro está, bajo el entendimiento consistente en que su aplicación práctica, los pronunciamientos judiciales que en lo sucesivo se profieran y los cambios de una comunidad en desarrollo ameritarán que esta Corporación, como Corte de Casación, se encargue de elaborar e implementar los ajustes, las modificaciones y las adecuaciones que permitan que esta institución adquiera solidez y estabilidad, pues, como lo pregona uno de los autores citados, “... en todas las experiencias consideradas puede encontrarse esa característica común, de donde la temática del daño a la persona se caracteriza por ser un ‘derecho jurisprudencial’, aún si en determinadas fases de su evolución, para lograr una respuesta más completa, se precisó de la intervención del legislador” (Comandé Giovanni, *Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales - La perspectiva europea*, Bogotá, 2006, pag. 101, se subraya).>>

mencionado daño a la vida de relación. Concretamente, se alude en forma directa a *“los derechos inalienables de las personas”*, para los cuales ha *“sido asignado el rango de fundamentales”*, esto es, *“aquellos que amparan los bienes esenciales y más preciados de la personalidad, tales como la vida, la integridad personal, la igualdad, la intimidad individual y familiar, el buen nombre, la propia imagen, la libertad de culto y de conciencia, el libre desarrollo, la honra, entre otros...”* (Página 48).

Asimismo, como antes fuera indicado, señala la referida providencia de 2008 como característica del daño a la vida de relación, que este puede tener origen *“también en la afectación de otros bienes intangibles a la personalidad o derechos fundamentales”* (pág. 55); y que el reconocimiento de esta categoría alterna de daño extrapatrimonial *“es una de las vías a través de las cuales puede ser preservado el absoluto respeto y la integridad de los derechos superiores contemplados en la Constitución Política.”*

Es notorio entonces que en la clasificación postulada el 13 de mayo de 2008 por esta Sala estuvo directamente inspirada en la intención de dar cumplida aplicación a los dictados constitucionales, y así no existía ningún déficit de protección superior que la jurisprudencia de la misma debiera entrar a remediar.

Se destaca igualmente que la lesión a la honra o al buen nombre fue expresamente reconocida como causa posible del daño a la vida de relación, cuando siendo extrapatrimoniales sus efectos, los proyectara en la esfera externa o social de la víctima. Por tal razón no existía

justificación para intentar abandonar la clasificación de 2008, en una coyuntura que claramente no la desborda.

Amén de lo expuesto, el principal problema práctico que deriva de la clasificación que postula la sentencia de la cual se plantea concepto divergente, es que, termina por formular proposiciones absolutas que no resultan consonantes con la tradición de equilibrio y medida que la Sala ha aplicado en la labor de perfilar el instituto de la responsabilidad civil, como constructo fundamentalmente jurisprudencial que es. Nótese a este respecto cómo la providencia en comento postula que si los derechos fundamentales *“realmente son inalienables y constituyen intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, entonces tienen que ser resarcibles en todos los casos en que resulten seriamente vulnerados”* (f. 115).

Evidenciado el exceso en la formulación, la decisión intenta establecer tres limitaciones, que denotan ciertas contradicciones en su definición. Una primera parecería referirse a la intensidad de la afectación, para privar de consecuencias indemnizatorias las violaciones a derechos fundamentales que constituyan *“simples bagatelas”* (fl. 119).

La segunda, plantea una adicional a la formulación absoluta de la vocación a ser indemnizados, para los casos en los cuales se afecten derechos fundamentales distintos de aquellos *“que comprometen de modo directo la dignidad”* (f. 119 ídem), como si cualquiera de los reconocidos en el ordenamiento superior no dijera relación inescindible con la

misma⁴⁷. Nótese que en este caso la limitación no provendría ya de la intensidad del agravio sino de la naturaleza del derecho fundamental afectado, sobre la base de una distinción que parece no tener respaldo constitucional.

Finalmente, en una tercera, condiciona también el resarcimiento a que la lesión al derecho fundamental no se subsuma en otro perjuicio o se identifique con él. De esta última limitación señala que es la única (f. 121 *ibídem*), a pesar de haber sido establecidas anteriormente las dos ya mencionadas.

Sabido es que la protección que el derecho privado presta a los derechos fundamentales complementa la custodia básica que a los mismos debe entregar el derecho público, pero no puede imponerse y desplazar los instrumentos que constituyen la forma natural de salvaguardarlos, orientados principalmente a impedir la violación y a restablecer la efectividad de las garantías conculcadas.

El hecho de que, por ejemplo, el acceso a la justicia constituya una prerrogativa esencial cuya cumplida realización debe respaldarse por el Estado, no implica que toda frustración a la posibilidad de plantear un caso ante los jueces, por ejemplo a consecuencia de la incuria del mandatario judicial, necesariamente deba ser objeto de indemnización incluso si la causa carece de cualquier posibilidad de éxito.

⁴⁷Recuérdese este respecto que el respeto a la dignidad humana es uno de los fundamentos cardinales de nuestro estado social de derecho (Art. 1º C. P.).

Asimismo, no puede aceptarse, sin más análisis, que por virtud del planteamiento absoluto de la sentencia, la afectación pública de las creencias individuales –*verbi gratia* las religiosas- que la Constitución ordena al Estado proteger (artículo 2º) -asunto de la mayor seriedad y ciertamente no una bagatela- deba ser remediada mediante una indemnización provista por un particular.

De análogo modo acontece con el derecho de petición, o con el derecho a la información cuya protección parecería debe proveerse de manera satisfactoria en escenarios diferentes al de la responsabilidad civil.

Frente a temas de tamaño significación, la jurisprudencia, tal como lo anticipó la propia sentencia de 2008, irá determinando si resulta acompasado con la evolución del contexto jurídico y social admitir nuevas formas de daño resarcible, previa ponderación en cada caso de la pertinencia de hacer coexistir la protección que el derecho público está llamado a brindar con la que el ordenamiento privado puede dispensar.

En síntesis, no aparece aconsejable que en punto de la protección de los derechos fundamentales -y precisamente en reconocimiento a la dignidad de la persona humana que reclama la efectiva realización de estos-, se convierta en opción prioritaria una especie de cumplimiento por equivalente proporcionado por la vía de la responsabilidad civil.

III. RESPECTO A LAS CONDENAS IMPUESTAS

Basta lo indicado en los comentarios atinentes a los aspectos técnicos de la demanda de casación y concretamente al daño al buen nombre, para concluir que la condena por tal concepto carece de sustento legal.

Sin embargo, llama la atención el hecho de que los actores hayan circunscrito el valor de los “*perjuicios materiales ocasionados con sus acciones y omisiones [se refiere a la demandada], por el daño a su buen nombre y que se estiman en la suma de diez millones de pesos (10’000.000) o la que se demuestre en este proceso*” (f. 24, c. 1), y en la sentencia sustitutiva nada se indique acerca de porqué, no obstante esa limitación, obtienen los actores una condena por \$20’000.000,00 para cada uno.

De otra parte, la condena dispuesta por concepto de daño moral carece de sustento fáctico toda vez que las comunicaciones cursadas por la entidad financiera demandada que le sirvieron de soporte, no son otra cosa que respetuosas invitaciones a conciliar una diferencia de criterio, formuladas invariablemente en tono comedido y convivente, muchas de las cuales corresponden a respuestas emitidas con ocasión de peticiones formuladas por los propios demandantes, que el banco estaba constitucionalmente obligado a contestar. No se ve razón para que de las referidas misivas se concluya la existencia de una situación de zozobra, pesar o congoja.

Expresa la sentencia como fundamento de la orden de reparación de ese daño inmaterial que: “...es forzoso

concluir que la demostración del cobro insistente y prolongado de una suma de dinero que los demandantes no debían, es una circunstancia que debe ser valorada como una afectación de su esfera psíquica. En efecto, es incontrovertible –al menos desde la generalidad que revelan nuestras prácticas y usos sociales-, que las frecuentes llamadas y el envío de correspondencia para reclamar el pago de una deuda inexistente y amenazar a sus clientes con el inicio de eventuales procesos judiciales en los que podrían perder sus bienes patrimoniales, y particularmente su vivienda, es una situación que causa angustia, estrés, zozobra, intranquilidad, ansiedad, inquietud, aflicción y preocupación, pues eso es lo que comúnmente sucede en el normal desenvolvimiento en nuestra cotidianidad...”, manifestación que a no dudarlo compartiríamos si estuvieran debidamente demostrados los elementos fácticos allí plasmados como soporte de su argumentación. Y es evidente que en el proveído que definió el recurso extraordinario al concluir que las cartas suscritas por el propio demandante y que reposan en el plenario, analizadas en conjunto con los escritos remitidos por el Banco, revelan un cruce de información que gira en torno al cobro de las sumas de dinero que el Tribunal halló injustificado y por tanto son prueba del daño reclamado, equivocó el sentido de esas documentales, pues, si se observan con detenimiento, lejos están de demostrar el detrimento moral reconocido.

En efecto, las comunicaciones de fecha dos (2) de enero y diez (10) de diciembre de 2002, tres (3) de marzo, y dieciocho (18) de abril de 2005 son respuestas a derechos de petición formulados por el señor Fernando García

Matamoros; las signadas el siete (7) de septiembre y tres (3) de diciembre de 2001, febrero de 2002, primero (1º) de febrero y diez (10) de febrero de 2003, no fueron más que respetuosos y comedidos ofrecimientos realizados en virtud a que para esas fechas el Banco Central Hipotecario, entidad encargada de hacer las correcciones a la reliquidación del crédito, no había remitido la información correspondiente al Banco Granahorrar, lo que hacía que en el sistema de la entidad demandada apareciera la mora sobre el préstamo otorgado.

Es bueno memorar, que el motivo central de la controversia entre las partes del proceso de marras fue el doble alivio del que se benefició el demandante, sin ser ello permitido por la ley, y que motivó al Banco Central Hipotecario (quien cedió el crédito al Banco Granahorrar) revertir el entregado inicialmente, al enterarse que con anterioridad se había otorgado otro a la obligación que también tenía el actor con la corporación Colmena. Discusión que luego de un largo período, en donde hubo el cruce de cartas en algunas de las cuales se solicitaba el pago de las obligaciones pendientes, concluyó ordenando a Colmena que hiciera la reversión del alivio y dejar vigente el concedido por el Banco Central Hipotecario, para que posterior a esas actuaciones, el sujeto pasivo de este litigio hiciera las adecuaciones del caso.

Esa confrontación justificaba las conversaciones y reclamaciones suscitadas, sin poder derivar de ellas la existencia del referido daño, sobre todo respecto del Banco cesionario, entidad que no era la encargada de solucionar

los planteamientos encontrados, que en últimas definió la Superintendencia del ramo.

Quedan en la forma expuesta las razones de apartamiento del fallo dictado dentro del proceso del epígrafe.

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

Magistrado

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

Magistrado