

**Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia
y
Daño al buen nombre de la persona natural como perjuicio autónomo**

**Trabajo realizado por:
Sigifredo Wilches Bornacelli
Candidato a Magíster en Derecho Contractual Público y Privado**



**Universidad Santo Tomás de Aquino
Bogotá
2016**

Nota de aceptación:

Resumen

El presente trabajo se ha desarrollado con la intención de presentar un tema que no es de pacífica aceptación en la doctrina; y precisamente por esta particular circunstancia, se ha preparado de manera tal que, el lector pueda comprender en un primer momento, las nociones básicas relacionadas con la conceptualización y clasificación del daño como elemento notorio de la responsabilidad civil. Asimismo, se exponen las características del daño y se realiza un ejercicio de derecho comparado rico en doctrina que, tiene por fin una mayor ilustración para el lector; para concluir con la primera entrega, se analizan los conceptos expuestos anteriormente, pero, a la luz de la doctrina de los Altos Cortes en Colombia.

En un segundo apartado, el autor analiza el concepto medular –el daño- pero circunscrito a una esfera delimitada: cuando recae sobre el buen nombre de la persona natural. Si bien es cierto, no se dejan de mencionar las posibles consecuencias cuando el evento dañino recae sobre el nombre de persona jurídica, la real intención del investigador es acotar la autonomía de esta clase de daño cuando el perjuicio es consecuencia del daño infligido a persona natural; posteriormente, se intenta solucionar el tema del reconocimiento y valoración del mismo, sin dejar de hacer mención de los aspectos procesales más relevantes en relación con el daño al buen nombre de la persona natural.

Palabras clave

Daño, daño material, daño inmaterial, daño al buen nombre, jurisprudencia, el nombre, nombre de la persona natural, nombre de la persona jurídica, reconocimiento y valoración.

Abstract

This work has been developed with the intention of presenting a subject that is not peacefully accepted in the doctrine; and precisely for this particular circumstance, it has been prepared so that the reader can understand at first, the basic concepts related to the conceptualization and classification of damage as a notorious element of liability. The characteristics of the damage are also exposed on the text and, likewise, a comparative analysis of the international doctrine related with the object of the investigation is done in order to illustrate the reader; finally, the first article concludes with an examination of the concepts under the highest's courts perspective.

In a second section, the author analyzes the core concept -the damage- but related exclusively with a defined sphere: the good name of the natural person. While it is true, this paper cannot fail to mention the possible consequences when the harmful event falls on the name of a legal person, the real intention of the research is to limit this kind of injury to a natural person; then this paper intends to solve the issue of recognition and value of it, not without mention the most relevant procedural aspects in relation to damage to the good name of the natural person.

Key words

Damage, property damage, non-pecuniary damage, damage to reputation, jurisprudence, name, name of the natural person, name of the legal entity, recognition and appreciation.

Contenido

I.	Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia.....	1
	Introducción.....	1
1.	El daño. Su entidad ontológica.....	4
1.1	Nociones generales del daño.....	5
1.2	Características del daño.....	11
1.2.1	Daño cierto.....	11
1.2.2	Daño personal.....	13
1.2.3	Daño antijurídico.....	14
2.	Clasificación del daño.....	15
2.1	El daño material (Perjuicio material).....	15
2.2	El daño inmaterial.....	17
2.3	El daño: otras clasificaciones.....	18
2.3.1	El daño a la vida de relación.....	19
2.3.2	El daño estético.....	19
2.3.3	El daño a los derechos de la personalidad.....	20
2.3.4	La pérdida de los placeres de la vida.....	21
2.3.5	El daño al buen nombre.....	21
3.	El daño en el derecho comparado.....	21
3.1	Inglaterra.....	22
3.2	Francia.....	24
3.3	Italia.....	28
3.4	Chile.....	31

4.	El daño en la jurisprudencia.....	34
4.1	Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	34
4.2	Jurisprudencia del Consejo de Estado.....	35
5.	Conclusiones.....	44
II Daño al buen nombre en la persona natural como perjuicio autónomo.....		48
Introducción.....		48
1.	El nombre.....	51
1.1	El nombre: naturaleza jurídica.....	52
1.2	El nombre: atributo de la personalidad y elemento del estado civil.....	54
2.	Derecho al buen nombre y derecho a la honra.....	55
2.1	El buen nombre de la persona natural.....	58
2.2	El buen nombre de la persona jurídica.....	59
3.	Daño al buen nombre.....	63
3.1	El daño al buen nombre. Clase <i>sui generis</i> de daño.....	67
4.	Valoración de los perjuicios por daño al buen nombre.....	68
4.1	¿Cuándo se reconoce e indemniza?.....	71
4.2	Solución desde la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.....	77
4.3	Análisis y proposición de la tasación del perjuicio.....	86
4.4	Aspectos procesales en relación con el daño al buen nombre.....	88
5.	Conclusiones.....	94
Referencias bibliográficas.....		99

Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia

Por: Sigifredo Wilches Bornacelli

Introducción

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, valores trascendentales consagrados en su texto, han impreso en el ordenamiento jurídico una dinámica diferente frente a la responsabilidad civil; de suerte que el dolo y la culpa, como factores a estudiarse en relación con la imputación subjetiva, cedan lugar a valores como la convivencia pacífica, la solidaridad y la igualdad, propios de la fundamentación teórica de la imputación objetiva.

Los estudios jurídicos -desde hace un centenar de años- han debatido frente a lo conducente de uno u otro título de imputación, comoquiera que tienen un sustento distinto; en todo caso, el progreso no se ha detenido, toda sociedad avanza a costa de actividades en las que implícitamente existe el riesgo y con él, la consecuencia natural es la generación de daños; todo esto, con total independencia del marco en el que se puedan dar los presupuestos de hecho, pues que, los daños pueden derivarse de una obligación contenida en un contrato, o simplemente, pueden ser el resultado de un suceso imprevisto, con consecuencias que causen detrimento en la situación de los derechos subjetivos de un individuo.

En concreto, según Alessandri Rodríguez (2011), si el acuerdo de voluntades tiene por objeto crear obligaciones, recibe el nombre específico de contrato. Y como género, es el resultado de un largo proceso de tecnificación. No obstante, se ha comprobado que, la ejecución del mismo, no siempre es sana; inclusive, no son pocas las ocasiones en que de él se derivan

perjuicios que recaen sobre la persona y bienes de los contratantes; como consecuencia, la determinación de la responsabilidad de las partes no ha sido ubicada pacíficamente en el universo jurídico. Y es así, porque no pocos autores consideran que, el daño derivado del incumplimiento contractual es una consecuencia de su inejecución, o de su ejecución defectuosa; de ello resulta que, un sector de la doctrina civilista lo ubique dentro del tema de los efectos de las obligaciones, son de esta corriente los profesores Alessandri (2011) y Valencia (2004).

No obstante, en el vasto campo de estudio del derecho, no hay un tema más dinámico, complejo y –si se quiere- tentador, que el de la responsabilidad civil. En un primer momento, ubicarlo dentro del universo jurídico, es tarea poco menos que imposible, y, desarrollar la sistematización del mismo parece una empresa desesperada; el caso es que, la responsabilidad está latente en el tráfico jurídico, y no puede desconocerse que en el régimen de las obligaciones, en concreto los contratos, subyace el tema de la responsabilidad que en cualquier momento sale a relucir; efectivamente, la discusión no sólo es, si existe o no, una obligación preexistente que ligue a dos partes, el *quid* del asunto incluye el planteamiento en torno a la naturaleza de la obligación de responder y a los elementos que configuran la responsabilidad misma.

Con independencia de su fuente, la responsabilidad no dejará de ser objeto de estudio, puesto que, la obligación de responder subsiste mientras se corra el riesgo de causar un daño; en este punto, cabe reflexionar si su naturaleza es patrimonial o extrapatrimonial, lo que ofrecerá un amplio capítulo de reflexión en los estudios jurídicos, debido a que las condiciones para su reconocimiento son muy diferentes, porque además de estar sujetas a escenarios distintos, los presupuestos para su resarcimiento son igualmente muy disímiles; y, cuando el bien jurídico vulnerado es inmaterial, verbigracia, el buen nombre –o *good will*- no existen unos criterios que sirvan de factores determinantes para la uniformidad al momento de reconocer su configuración y en consecuencia, las orientaciones para establecer el *quantum* no son coincidentes.

En este contexto se justifica una investigación del tipo *cualitativa*, apoyada en la metodología *analítica, descriptiva y propositiva*, en la que al investigador le corresponderá la realización de un recorrido doctrinal, no desprovisto de la adopción de una postura crítica frente al texto, por ello, se afirma que la investigación es a su vez *factual o dinámica*, pues es necesario el contraste entre la teoría y la praxis aquilatada por los años de ejercicio adelantando la defensa de los intereses de sus patrocinados ante diferentes tribunales del país. Así pues, en una primera parte, se abordará la temática relativa al daño y su tipología; asuntos estos que han inspirado páginas de páginas durante los últimos años. Acto seguido, se expondrá la doctrina relacionada con el buen nombre y la naturaleza del daño causado a éste, para entonces sí, proponer una solución de afortunada aplicación frente a su reconocimiento y posterior resarcimiento, teniendo muy presente –sin seguir servilmente– la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Es importante aclarar al lector en este aparte introductorio, que el objeto principal de la investigación y posterior conclusión se centrará en el daño al buen nombre cuando éste recaer sobre personas naturales, toda vez que como se podrá apreciar, la autonomía del perjuicio sólo es predicable frente a éstas y no en los eventos cuya afectación al *good will* recaiga sobre personas jurídicas en tanto que, de ocurrir, su resarcimiento es estrictamente patrimonial bajo la modalidad de lucro cesante o daño emergente y no como perjuicio autónomo diferente al moral dentro de la clasificación de daños inmateriales.

Ahora bien, lo anotado no es óbice para que en el desarrollo del presente trabajo se encuentren posturas referentes al daño al buen nombre cuando la afectación es sobre personas jurídicas, toda vez que si bien no resulta ser el eje central de este ejercicio académico, sin lugar a dudas, es un tema sobre el cual se deben hacer las referencias del caso, en aras de lograr una mayor comprensión del tema.

1. El daño. Su entidad ontológica.

*¿Quiere esto decir que, cada vez que alguien sufra un perjuicio, habrá de surgir un problema de responsabilidad?*¹

En los diferentes estudios relacionados con la responsabilidad civil, resulta notorio que los autores no debatan respecto a la existencia de un elemento –si se prefiere, requisito- que es ineludible en materia de responsabilidad: el daño. Tanto es así que, Alberto Tamayo (2009) afirma que el daño o perjuicio es un elemento común y fundamental en todos los casos de responsabilidad civil. Sin un perjuicio sufrido por la víctima, no se cuestionaría la responsabilidad. Sin embargo, la construcción de una definición de este componente, ha quedado librada a la decantación que del concepto se haga en la jurisprudencia y la doctrina, pues que, los textos legales omiten un concepto del mismo ocasionando una vaguedad conceptual relativamente grande.

En este sentido, menester es rehuir del ánimo docto y procurar el enriquecimiento de un trabajo monográfico, atendiendo el llamado al diálogo con los interesados; es decir, la exposición *per sé* de la doctrina más autorizada, las acotaciones del autor y la ponderación del lector, quien en últimas es quien consiente o disiente, según le dicte su inteligencia.

Con estas ideas en mente, se precisa de un esfuerzo adicional y partir de lo elemental que pueda llegar a parecer una conceptualización, pero que a la postre se considera necesaria, pues los términos *daño* y *perjuicio* suelen confundirse, bien porque algún sector de la doctrina los identifica, bien porque se les estima como categorías jurídicas distantes, o porque se utilizan indistintamente para referirse a un elemento de la responsabilidad civil, al cual no corresponde.

¹ Mazeaud, Henri y Mazeaud, León, *Elementos de la Responsabilidad Civil, Perjuicio, Culpa y Relación de Causalidad*, Colección Clásicos del Derecho, Editorial Leyer, Bogotá, 2005, p. 9.

En defensa de la importancia de esta distinción, débese tener presente que ya en Roma, en tiempos de la *Lex Aquilia* ambos conceptos se diferenciaban. Se entendía por daño el detrimento causado a la cosa, a un objeto material, y perjuicio era el daño que sufría el dueño de la cosa por su destrucción o deterioro (Velásquez, 2013); entonces, no se justifica el atavismo conceptual con que se aborda esta temática hoy, pues genera imprecisiones que repercuten algunas veces en la orientación de las investigaciones que cursan sobre esta materia; *contrario sensu*, algunos autores, en correspondencia con los estudios realizados, han comprendido el valor de hacer precisión en los términos de referencia en esta área del universo jurídico y es que, para proponer cuándo se debe reconocer el daño moral por perjuicios que recaen sobre el buen nombre y tasar el monto de una indemnización, bueno es tener bien claro el contenido de los términos en relativa vinculación causal.

1.1 Nociones generales del daño.

Etimológicamente la palabra ‘daño’ encuentra su raíz en el *latín* ‘*damnum*’ y transmite la idea de ‘molestia, dolor, deterioro’; no obstante el origen *itálico* del término, no es posible afirmar que no haya evolucionado, es más, algún sector de la doctrina hoy, considera que por *damnum* débese entender el daño en sí, mientras que, por *iniuria* deben entenderse los perjuicios que ocasiona el daño; vale decir, que, los romanos entendieron por *damnum* la destrucción de la *res* (cosa-bien) y por *iniuria*, entendieron los padecimientos de la víctima del daño².

En Colombia no son pocos los autores que han abordado con mayor o menor precisión este importante acápite del derecho civil; es así que, los primeros comentaristas nacionales con un marcado criterio exégeta, no intentaron una sistematización del mismo, sino que limitaron sus

² Así las cosas, según Carlos Medellín, el *damnum*, es, el “daño, perjuicio”; mientras que la *iniuria*, es, la “lesión o violencia corporal, injuria (delito privado); antijuricidad, en sentido amplio”. Tomado de Medellín, Carlos, *Lecciones de Derecho Romano*, Editorial Temis, Decimocuarta Edición, Bogotá, 1999, pp. 291, 300.

trabajos a comentarios -a manera de glosas- de los textos del Libro IV, Título XXXIV, Artículos 2341 a 2360; en este contexto, téngase presente a Don Fernando Vélez (1928) y Don Eduardo Rodríguez Piñeres (1923). Por otra parte, generaciones más próximas de juristas, merced de la adopción de un criterio más riguroso al investigar y en consecuencia producir textos científicos, trataron el asunto con mayor precisión, pues el *daño per sé* es una cuestión objetiva y aparente en el derecho civil; en este contexto, los recordados profesores Arturo Valencia Zea (1949) y Álvaro Pérez Vives (1951), dedicaron varias páginas de sus obras, al tema las *obligaciones y sus fuentes*, razón por la que no alcanzó una sistematización importante, pero sí, se presentó este tópico desde una lenta más progresiva.

En ese orden, se tiene que Valencia Z. (2004, Vol. III, p. 179) afirmaba: “el elemento común de toda clase de responsabilidad es el daño o perjuicio. En general, existe perjuicio cuando se destruye o menoscaba alguno de los derechos subjetivos de las personas”. Como se puede apreciar, el desaparecido profesor de la Universidad Nacional, utiliza la disyunción “o” con la que denota la equivalencia de los términos; no obstante, en un apartado posterior sostiene que “no es suficiente la noción según la cual el daño es la supresión o disminución de cualquiera de los bienes que sirven al hombre para satisfacción de sus necesidades porque la palabra es bien vaga” (Valencia Z., 2004, Vol. III, p. 179). Sin embargo, la situación hace carrera porque la doctrina en su mayoría, prescinde de una noción del daño, o la que presenta resulta a la postre, tan difusa que es igual a su omisión.

En su obra, el profesor Gilberto Martínez Rave (2003) manifiesta su sentir respecto a la imprecisión terminológica en la materia y expone que “el daño es la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que se afecte un interés lícito del ofendido, para que exista el daño” (2003, p. 256). De lo anterior se

colige que, toda afectación a un interés genera daño y en consecuencia, se establece una relación causal del tipo obligacional; por ello agrega el mismo Martínez que “si ese interés se encuentra protegido normativamente como un derecho real o subjetivo, no pierde su categoría de interés, y su desconocimiento, violación o detrimento origina el daño indemnizable, desde el punto de vista jurídico” (2003, p. 256).

Al parecer, la raíz de la imprecisión son los textos legales mismos. Bien por inadecuada técnica legislativa, ora por tratarse de un tema poco decantado a la sazón, el ‘Ilustre Hombre de América’, Don Andrés Bello, se sirvió -en este apartado- de la corriente legislativa francesa, de la que se ha dicho en algún momento que “se ha construido según los principios y la jurisprudencia; los textos son totalmente insuficientes, y casi ninguna ayuda nos han prestado” (Planiol & Ripert, 2005, p. 301). En todo caso, para otros autores, el asunto es leído desde una lente pragmática, así, en una didáctica obra, Alberto Tamayo Lombana señala: “a pesar de que el Código Civil no definió el perjuicio, su noción resulta clara, por cuanto coincide con el significado corriente de la palabra: es un daño, una lesión en el patrimonio, en el honor, en los sentimientos, en las prerrogativas de orden afectivo e intelectual” (2009, p. 59). Desprendiéndose de lo anterior que, Tamayo Lombana acepta sin ambages ni reticencias la discutida sinonimia, quizás porque para efectos prácticos, una diferenciación aporta poco a la discusión.

Gozando de aprecio académico, el Rector de la Universidad de la Sabana, Dr. Obdulio Posada Velásquez, refiriéndose a los vocablos ‘*daño*’ y ‘*perjuicio*’ expone sintéticamente que “en tiempos de la *Lex Aquilia* ambos conceptos se diferenciaban. Se entendía por daño el detrimento causado a la cosa, a un objeto material, y perjuicio era el daño que sufría el dueño de la cosa por su destrucción o deterioro” (2013, p. 265). Este esfuerzo académico realizado por Posada V., hace evidente una tendencia que no se circunscribe al ámbito nacional, pues que, coexisten y

hacen carrera en la doctrina tres posturas, a saber: aquellos que consagran esfuerzos por establecer de plano una diferenciación entre ‘*daño*’ y ‘*perjuicio*’ (en Colombia, Juan Carlos Henao Pérez); otros que, por pragmatismo evitan distinciones ya que se trata de un elemento fundamental, aparente e ineludible en la configuración de la relación causal en la responsabilidad (en Francia, los hermanos Mazeaud, con toda su autoridad); y quienes con eclecticismo, participan de una y otra corriente, afirmando que para efectos académicos bueno es entender el contenido preciso de cada término en cuestión, pero que, en los terrenos de la praxis jurídica, poco beneficio reporta el debate. Como soporte para la discusión de la distinción terminológica, se aduce:

Si bien en términos generales los conceptos son utilizados indistintamente, lo que explica que la jurisprudencia colombiana haya afirmado que la “palabra *daño* equivale exactamente a *perjuicio*”, vale la pena precisar que las nociones, dependiendo de cómo sean tratadas, llaman la atención sobre formas diferentes de operar la responsabilidad civil, de concebir la legitimación en la causa para actuar y, por tanto, de indemnizar (Henao, 1998, p. 76).

A su vez, tratadistas de autoridad ampliamente aceptada, sostienen que “aún hoy se encuentran algunos autores que intentan hacer una diferenciación con sutiles argumentos que preferimos rechazar por carecer de consecuencias prácticas y no aportar claridad conceptual a la noción de *daño*” (Mazeaud & Tunc, 1961, Vol. I, p. 293). Y como botón de muestra de la postura ecléctica, el uruguayo, Jorge Peirano Facio (2004) advierte que existe coincidencia entre el texto del Código Civil Oriental (art. 1319) y el diccionario de la RAE, por lo que no es dable encontrar una acepción vulgar y una que sea técnicamente acertada.

Por insistir en aquello del enriquecimiento doctrinal de un trabajo monográfico, no pueden dejar de citarse dos destacados autores nacionales, tanto por la extensión y autoridad de sus obras, como por la densidad de las mismas, pues que, cuentan con un acervo teórico sensiblemente importante, a saber: Juan Carlos Henao Pérez (1998) y Javier Tamayo Jaramillo (2007).

En un primer lugar, cabe destacar que la obra de Henao Pérez, actual Rector de la Universidad Externado de Colombia, versa sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, aun así, expande el panorama por la profundidad de su investigación y la estatura de sus razonamientos; entonces, tras exponer a varios autores, él mismo concluye: “se puede extraer el elemento común de lo hasta aquí expresado para llegar a la siguiente definición: daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (Henao, 1998, p. 84).

Y en Colombia, la más completa, sofisticada y sistematizada obra sobre la responsabilidad, la constituye las 2400 páginas a pulso del abogado, Javier Tamayo Jaramillo, quien enseña: “Daño civil indemnizable es el menoscabo a 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” (Tamayo, 2007, Vol. II, p. 326).

Otras definiciones de autores nacionales y extranjeros que reportan interés son: “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que le acongoja” (Hinestrosa, 2001, p. 529). El argentino, Eduardo Zannoni, dice: “el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio, dejando por fuera el aspecto moral y espiritual” (2005, p. 1); un coterráneo de Zannoni, el profesor Jorge Bustamante Alsina, habla del daño como el “perjuicio ocasionado a un interés privado que tenga relevancia

para el resarcimiento cuando goza de tutela jurídica” (1998, p. 238). Muy cerca de Mar del Plata, pero con una orientación diferente –en virtud de la pluma de Dalmacio Vélez Sarsfield- y muy respetado académicamente en el medio nacional, el uruguayo Peirano Facio, sostiene: “de modo un tanto descriptivo, pero sumamente comprensivo, podemos afirmar que daño es la diferencia, perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo” (Peirano, 2004, p. 366).

Hasta este punto se ha dicho, no sin razón, que los textos legales en esta materia adolecen de insuficiencia, así que, la conceptualización y posterior sistematización de la materia ha dependido “más que todo de las labores inteligentísimas y persistentes de la doctrina y la jurisprudencia” (Tamayo L., 2009, p. 19); en efecto, la regulación existente es frágil por no decir precaria, pues en el Código Civil colombiano se cuenta con 20 artículos nada más (arts. 2341 - 2360) y el Código Civil francés orienta la cuestión con 5 apartados solamente. En este sentido, le asiste la razón a Tamayo Lombana (2009, p. 24) cuando expone:

Meritoria labor han desempeñado la doctrina y la jurisprudencia en la construcción de este interesante sistema de la responsabilidad civil, si se tiene en cuenta que la *revolución industrial* y los perjuicios graves que ella trajo, encontraron como única normatividad esos escasos y anticuados textos legales. A partir de ellos se elaboró la moderna teoría de la responsabilidad civil. Por esa razón se ha dicho, que, en realidad, la *teoría de la responsabilidad civil* es obra de los tiempos modernos. Principalísimo papel ha desempeñado la jurisprudencia francesa en esta labor³.

³ Cursivas originales del texto.

1.2 Características del daño.

Entendido lo anterior, se justifica sobradamente que hayan sido la jurisprudencia y la doctrina, las llamadas a establecer con autoridad, las características que deben de reunir los hechos demandados en calidad de daño; así pues, se tiene que, el daño resarcible está revestido de los siguientes rasgos distintivos, a saber: *cierto, personal y antijurídico (ilícito)*. Aunque en Colombia, el fallecido profesor Gilberto Martínez Rave (2003) defiende la existencia de un cuarto rasgo, al que denomina, *subsistencia*; con todo, el consenso se encamina a reconocer la caracterización tripartita citada arriba, pues que, por obra de los estudios y de la actividad judicial se ha decantado el tema, además, el peso académico de los hermanos Mazeaud –quienes tildan de ‘perogrullada’ la subsistencia- es impronta de singular valor referente en estas lides⁴.

1.2.1 Daño Cierto.

Ahora bien, por *daño cierto* debe entenderse, aquel que “será cierto en la medida en que el juzgador conozca con evidencia que la acción dañosa ha producido o producirá desmedro patrimonial o moral en el perjudicado. La certidumbre del daño se contrapone a lo hipotético o eventual del perjuicio” (Velásquez P., 2013, p. 270); lo anterior no excluye la futuridad como adelante se verá, en realidad hace referencia a la certeza, a la realidad, a la verdad, que, a no dudarlo, constituyen elementos necesarios para que en sede judicial, se produzca el convencimiento de su existencia, bien que sea pasada, presente o futura.

En similar línea de argumentación, Martínez enseña que “la certeza del daño se refiere a la realidad de su existencia. Es la certidumbre sobre el mismo. Por tanto, el concepto está referido a

⁴ Para consuelo del profesor Gilberto Martínez y de quienes estiman pertinente agregar como nota distintiva en el *daño*, la característica de la *subsistencia*, el maestro argentino Bustamante Alsina, hablando del daño resarcible, afirma: “este daño debe ser: cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar un interés legítimo del damnificado. Subsistente significa, que el daño no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido” (1998, p. 170).

su existencia y no a su monto o actualidad” (2003, p. 259); como se aprecia, este carácter del daño guarda relación directa con el nivel de convencimiento que se tenga de su existencia, de su entidad, sea pasada, presente o futura, con razón se ha dicho que “el concepto de certeza no tiene que ver con la futuridad. Si el daño existe, no interesa que sea pasado, presente o futuro. Insistimos en este concepto porque comúnmente nuestros jueces confunden certeza con futuridad” (Martínez, 2003, p. 259), siendo esta, la causa de que exista un sector que desconozca la posibilidad de alcanzar la indemnización de un daño futuro.

Con claridad conceptual y tras hacer distinción entre las diferentes acepciones en que suele utilizarse, el maestro uruguayo, Jorge Peirano F. (2004, p. 367 y 368), enseña que:

En el sentido que ahora le atribuimos consideramos, pues, perjuicio cierto aquel que es real y efectivo, y no meramente hipotético o eventual. El criterio esencial para determinar en qué casos un perjuicio es cierto, resulta de apreciar que de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo.

Tras esta breve exposición en relación con el *daño cierto*, bueno es tener presente que, “el daño indemnizable debe ser cierto y, en principio, salvo contadas excepciones, corresponde al demandante probarlo. Si no existe esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva” (Tamayo, 2007, Vol. II, p. 336); evidentemente, la *certeza* debe ser analizada cuidadosamente desde su vinculación con el hecho que genera el daño, en su relación con el nexo causal y en su diferenciación con la certidumbre de la cuantía a la que ascienda el perjuicio. Es por ello que le asiste la razón al maestro Tamayo Jaramillo (2007, Vol. II, p. 336) cuando afirma: “la certidumbre del daño está sujeta a una serie de matices y de dificultades en el espacio y en el

tiempo que hacen demasiado volátil cualquier principio general que trate de establecerse al respecto”.

1.2.2 Daño personal.

Ahora, por *daño personal*, debe pensarse primero en la evolución que el mismo carácter ha sufrido. “Para la jurisprudencia francesa una persona sufría personalmente un perjuicio cuando había sido víctima de la violación de un derecho o de una situación jurídicamente protegida o legítima, radicados en su cabeza” (Henaó, 1998, p. 88). Sin embargo, puede pensarse que, la voz ‘*personalmente*’, tiene un valor procesal y hace alusión al fenómeno de la *legitimatio ad causam*, en este caso, por activa; empero, doctrinal y jurisprudencialmente se ha elaborado el concepto de ‘*perjuicio de rebote o contragolpe*’, que con fundamento en el artículo 2342 del Código Civil, admite que un hecho dañoso cause perjuicio directo sobre un individuo y al tiempo, irradie menoscabo a terceros; “en consecuencia, es claro que la lesión de un derecho constituye una condición de existencia del daño, necesaria para que proceda la indemnización. La lesión del derecho es entonces un elemento para apreciar el perjuicio reparable” (Henaó, 1998, p. 103); con lo que se puede apreciar que, la legitimación en la causa por activa y el carácter personal del daño, tienden a identificarse al punto de confundirse, llegándose a cuestionar si lo protegido es un derecho o una situación. Entonces “aunque parecía claro, lo expresado adquiere su complejidad cuando se pregunta si el bien lesionado debe tener su fundamento en un derecho. Si esto es así, el quebranto basado en una simple situación de hecho no merecería reparación” (Tamayo L., 2009, p. 71).

No obstante, el rasgo del *daño* al que se ha denominado *personal*, viene a ser una concreción del aforismo que sentencia: ‘*donde no hay interés no hay acción*’; empero, se debe ajustar la afirmación a un término saludable, así pues, piénsese en las siguientes líneas:

El criterio de la doctrina en este aspecto es ajustado, pero es preciso anotar que él no debe ser interpretado al pie de la letra en el sentido de que para que se configure el daño a los efectos de la responsabilidad extracontractual es necesario que quien la reclama sea el mismo sujeto directamente lesionado por el ofensor: en muchas oportunidades, y eso ocurre, especialmente en la hipótesis de daño moral, el daño sufrido por el que acciona en justicia, no es sino una consecuencia de otro daño (moral o no) que a su vez sufrió diversa persona directamente lesionada por el autor del hecho ilícito (Peirano, 2004, p- 380).

Con singular claridad y extensión expositiva, el profesor Tamayo Jaramillo (2007, Vol. II, p. 421), zanja la cuestión al aclarar que “el derecho colombiano no puede sentar un principio tan categórico, pues nuestra legislación expresamente establece las denominadas acciones por daño contingente”; entonces, el carácter *personal* del *daño* dependerá directamente del derecho invocado, pues se hace distinción entre la legitimación para demandar en casos de amenazas o daños contingentes; y lo mismo para los casos de daño cierto.

1.2.3 Daño antijurídico.

Y en relación con el *daño antijurídico (ilícito)* el doctor Obdulio Velásquez (2013, p. 277) expone: “A diferencia del daño ontológico, la antijuridicidad o ilegalidad es la esencia del concepto jurídico de daño resarcible, es daño porque es antijurídico o por ser antijurídico es daño indemnizable”.

Con anterioridad, el maestro Arturo Valencia (2004, T. III, p. 181 y ss.) había estudiado la cuestión del *daño antijurídico*, estableciendo una identificación entre el daño directo y el daño antijurídico, similar al estudio realizado tangencialmente por Jorge Peirano (2004, p. 380), en el

que hacen distinción entre el interés material lesionado y un derecho objetivo del ofendido. En contraste con las discusiones complejas mencionadas, se ha dicho prístinamente:

Para que el daño sea reparable, además de ser personal y cierto, debe haber afectado un beneficio del que lícitamente disfrutaba la víctima; es decir, se requiere que el causante del daño no tuviera el derecho de producirlo, ya que la víctima tenía el derecho a disfrutar del beneficio alterado (Peirano, 2004).

2. Clasificación del daño.

La ocurrencia de un hecho que implica daños lleva necesariamente a la evaluación de las consecuencias del mismo. Tradicionalmente se ha hablado de los perjuicios materiales y morales; sin embargo, como se verá, esta clasificación, más por tradición que por reflexión resulta tal cual hoy, un tanto desactualizada en relación con la fuerza de los hechos, pues que, esta sociedad industrializada ha traído consigo un incremento en las actividades riesgosas y con ellas, los perjuicios se han diversificado.

2.1 El daño material (perjuicio material).

Se ha dicho que el daño material es de idéntico contenido al daño patrimonial. “El daño material o patrimonial es el que implica la destrucción o menoscabo de alguno de los derechos patrimoniales de una persona, ya en forma directa, ya en forma indirecta” (Valencia, 2004, Vol. III, p. 181). Tal parece que en este primer intento de sistematización, la doctrina y la jurisprudencia caminan de la mano, pues, en temas de responsabilidad civil se ha dicho insistentemente que, “los perjuicios de orden material son aquellos que atentan contra bienes o

intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mensurables en dinero” (Henao, 1998, p. 195)⁵.

Con sencillez el profesor Martínez Rave (2003, p. 263) dice: “se entiende por tales los que afectan el patrimonio económico de las personas, los que modifican la situación pecuniaria del perjudicado. Por eso se conocen también como perjuicios patrimoniales, en oposición a los perjuicios morales que afectan los aspectos emocionales, psicológicos, o afectivos de la persona”. No obstante, no es desacertado advertir en este punto que, la tradicional clasificación que se ha seguido de cerca, ha hecho crisis, pues que hoy, existen daños que no corresponden con rigor a un tipo material o a un tipo moral.

Después de presentar una novedosa propuesta de clasificación que va desde la declaración de lo cierto o incierto que pueda llegar a ser el daño, pasando por su actualidad o futuridad, siguiendo con su previsibilidad o imprevisibilidad y hasta con la inclusión de su certeza o incertidumbre, el profesor Obdulio Velásquez (2013) se detiene en el estudio del *daño patrimonial* como sinónimo del *daño material*, para distinguir que su contenido se compone del *daño emergente* y el *lucro cesante*. Presentándose aquel “cuando un bien económico que debía ingresar al patrimonio de la víctima, según el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará” (Velásquez, 2013, p. 283); mientras que este, debe entenderse sin “limitar el concepto de lucro cesante al simple ‘dejar de recibir una suma de dinero’, pues el concepto es más amplio y comprende otros beneficios que no son puramente económicos” (Velásquez, 2013, p. 283)⁶.

⁵ En su valiosa obra el Rector de la Universidad Externado de Colombia, Dr. Juan Carlos Henao Pérez, anota, refiriéndose al lucro cesante y al daño emergente, que “En el derecho francés, [...], dichos conceptos existen pero no adquieren la trascendencia clasificatoria que tienen en el derecho colombiano”. Henao, Ob. Cit., p. 196.

⁶ Para efectos de una ilustración superior a la presentada en apretada síntesis, se recomienda la obra de Tamayo Jaramillo, en el Vol. II, el autor se solaza en sus apreciaciones y presenta aclaraciones terminológicas de incalculable valor relacionado con la clasificación de los daños. Consúltense las páginas 470 a 534.

2.2 El daño inmaterial.

En relación con la pretendida existencia de un *daño inmaterial*, varios son los tropiezos que se han encontrado en el camino; de momento, recuérdese que, “el daño inmaterial (o moral subjetivo), si bien no envuelve menoscabo de determinado derecho patrimonial, produce, no obstante, una lesión afectiva o algún menoscabo en los sentimientos de la víctima o de terceras personas” (Valencia, 2004, Vol. III, p. 181). Como se advirtió, la construcción de un contenido preciso del *daño inmaterial* no ha sido de tránsito pacífico, pues, en este tema en particular, se revela la subjetividad humana como en el que más, debido a lo inconmensurable que puede llegar a ser el dolor de una persona (*pretium doloris*).

En palabras de Henao Pérez (1998, p. 230), este *daño inmaterial* se compone de “los perjuicios que no tienen una naturaleza económica, en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero. Distinto, como ya se vio, es lo que ocurre con el daño material en donde se puede encontrar un valor de reemplazo”. Aunque con una denominación diferente, Tamayo Lombana (2009, p. 64), procede a señalar el contenido posible de este tipo de lesión cuando precisa que, el perjuicio “moral vulnera los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos”.

No obstante, lo que parece ser claro ya expuesto en las líneas inmediatamente precedentes, no ha dejado de ser tema de obligado debate en los diferentes círculos intelectuales en los que se trata la cuestión; de hecho, vale la pena hacer un lugar a las fundamentadas críticas que se esbozan en relación con las dificultades terminológicas. Es así que Peirano (2004, p. 383) menciona que los “obstáculos con los que se choca en esta materia se encuentran ya al referirse a

la terminología que le es propia: daños incorporales, daños extrapatrimoniales, daños de afección, daños morales, etc., son otras tantas denominaciones que se han empleado para aludir a esta categoría de perjuicios”.

De lo anterior se han hecho eco en el medio nacional, autores de enorme talante; en efecto, Tamayo Jaramillo (2007, Vol. II, p. 473), ha dicho: “la confusión nos afecta, pues según hemos dicho, en el contrato de seguros, a menudo los reaseguradores del exterior clasifican los daños en personales, materiales e inmateriales, lo que dificulta aún más la tarea interpretativa de los jueces colombianos”. Y por su parte, Velásquez Posada (2013, p. 288) ha sentenciado en relación con el *daño moral* “el concepto aún está en estado de indefinición, así muchos autores y alguna jurisprudencia quieren dar por cerrado el debate con frases absolutas, pero con argumentos y expresiones equívocas”. De lo anterior resulta que, existan intentos de clasificación más amplios, en los que se contemplen diferentes rasgos de los perjuicios -diversidad si se quiere- pero, con el ánimo de dar claridad a propios y a ajenos, puesto que, sin que quepa la menor duda, esta disciplina del universo jurídico crece y adquiere dimensiones que tienen como límite, el desarrollo mismo de la sociedad, el cual, no se detiene, lo que obliga a un intento de catalogación con base en parámetros más progresivos.

2.3 El daño: otras clasificaciones.

Entonces, en aras de estar a tono con las exigencias -cada vez mayores- del contexto, la doctrina y la jurisprudencia han construido catalogaciones más amplias que, procuran atender renglones del ‘perjuicio’ que no son del resorte estricto de los daños materiales e inmateriales; en este orden se han propuesto: 1. El daño a la vida de relación, el cual, implica los perjuicios fisiológicos; 2. El daño estético; 3. El daño a los derechos de la personalidad; 4. La pérdida de los placeres de la vida (*préjudice d’agrément*, en Francia); 5. El derecho al buen nombre.

2.3.1 El daño a la vida de relación.

El Daño a la Vida de Relación. Se estará frente a este particular tipo de *perjuicio* cuando “ciertas lesiones corporales o psíquicas, pueden acarrear a una persona la pérdida o disminución de ciertos placeres o alegrías (esparcimientos, diversiones, etc.) de la vida” (Valencia, 2004, Vol. III, p. 181). Con esta clase de *daño* se ha querido tener presente aquellos perjuicios que no son materiales, pero tampoco son morales y que tienen origen en una sentencia hito en Italia, en el Tribunal de Génova, en la que se acoge una tesis de Guido Alpa, según la cual, “el daño biológico o a la salud tiene autonomía e identidad propia respecto del daño moral y debía reconocerse en los procesos de responsabilidad civil” (Velásquez, 2013, p. 328). Y para terminar, el profesor Martínez Rave (2003, p. 270), al explicar los daños fisiológicos, expone:

Con este nombre identificamos aquellos perjuicios que se diferencian de los conocidos tradicionalmente como materiales y morales. En torno de estos existen interpretaciones no siempre uniformes por sus características especiales: a) Una primera tesis sostiene que los perjuicios fisiológicos son los funcionales, los que atentan contra la integridad funcional del organismo humano y que, sin tener repercusiones económicas, afectan o lesionan la actividad fisiológica [...]. b) La segunda tesis sostiene que el daño fisiológico se da cuando se limita el goce de los placeres de la vida y que su indemnización repara la supresión o limitación de las actividades vitales.

2.3.2 El daño estético.

El Daño Estético. Por tal se entiende “toda desfiguración, afeamiento, deformación o mutilación en el cuerpo de la víctima a consecuencia del hecho dañoso” (Zanoni, 2005, p. 161). A la fecha ha sido tratado como un daño moral; no obstante, cabe señalar que en algunos casos puede ser tenido por daño fisiológico, lo que ha motivado a Velásquez (2013, p. 345) a decir que

“no aparece claro que como tal pueda tener autonomía e identidad propias como una especie más de los daños extrapatrimoniales”.

Se ha insistido en que la imagen proyectada por el individuo, es un *plus* que precisa de protección, de ello resulta que el *daño estético* sea entendido como la perturbación de “la armonía física del cuerpo y se hace más notorio si afecta la cara o el rostro o áreas del cuerpo que generalmente están expuestas a la vista del público” (Martínez, 2003, p. 273). Con todo, hasta la fecha no se ha establecido un consenso al respecto, de suerte que, no hay unanimidad en cuanto a la autonomía que pueda predicársele al daño estético; es más, uno de sus contradictores ha sostenido que “el perjuicio estético constituye un daño patrimonial indirecto o se absorbe en el daño moral que la víctima pueda padecer. No es admisible, dice el doctrinante, que además del resarcimiento del daño moral y el daño patrimonial causados por el hecho, la víctima pueda obtener la reparación de la lesión estética independientemente de aquellos rubros que configuran la totalidad del daño resarcible ocasionado con el mismo hecho ilícito” (Bustamante, 1998, p. 677).

2.3.3 El daño a los derechos de la personalidad.

El Daño a los Derechos de la Personalidad. Con esta clase de perjuicio se procura atender las lesiones que se infieran al cuerpo y a la salud. “Toda lesión corporal produce determinada incapacidad para el trabajo; algunas generan además incapacidad permanente en razón de la pérdida de un órgano o miembro” (Valencia, 2004, Vol. III, p. 190); no obstante, a pesar de la claridad –aparente- de su contenido, se han formulado críticas a las áreas que comprende, así pues, una indemnización cubriría gastos de curación y la pérdida de orden económico. Con todo, menester es, no confundir el menoscabo de un derecho con la existencia de lesión o perturbación por un daño; es por ello que, Luis Díez-Picazo (1999, p. 328) dice que, “debe reducirse al

sufrimiento o perturbación de carácter psicológico en el ámbito de la persona y producido como consecuencia de los derechos de la personalidad”.

2.3.4 La pérdida de los placeres de la vida.

La Pérdida de los Placeres de la Vida (*‘préjudice d’ agrément* en Francia y *‘loss of amenities of life’* en el common law). Este tópico ha sido desarrollado con más ahínco por la doctrina extranjera, de ello resulta que, en Colombia no se le tenga por perjuicio autónomo, aunque el Consejo de Estado lo ha subsumido en el *daño fisiológico* o *daño a la vida de relación*, como ya se vio. En todo caso, probablemente por su formación jurídica, el profesor Obdulio Velásquez (2013, p. 347) señala en su obra que este daño es “la privación de las satisfacciones de orden social, mundano y deportivo de las cuales se beneficia un hombre de la edad y de la cultura de la víctima”.

2.3.5 El daño al buen nombre.

El Daño al Buen Nombre. He aquí la sustancia de este trabajo, puesto que en relación con el buen nombre, cabe hablar de honra, dignidad, reputación, y según la doctrina, este es “el valor social, moral o jurídico que corresponde a una persona en virtud de su comportamiento ante los demás” (Valencia, 2004, Vol. III, p. 191). Históricamente, la tradición jurídica nacional ha tratado el tema de los *daños al buen nombre* con una terapéutica penal; no obstante, se ha ganado terreno en lo que respecta al reconocimiento de indemnizaciones comoquiera que legalmente se hable de un monto máximo de 1000 S.M.L.M.V. En todo caso, este preciso punto es del resorte temático de la siguiente entrega.

3. El daño en el derecho comparado.

Para una cabal comprensión de un fenómeno jurídico, el ejercicio del parangón es ineludible, de suerte que, permite una extensión del horizonte y ratifica que, de algún modo, existe una conciencia colectiva en la terapéutica legal en la que recaen ciertos temas, como que

los hombres han entendido mejor, la regulación con más o menos similitud, de ciertos renglones de la vida social. Así, pues, se ofrece un recorrido doctrinal breve, en consonancia con la temática tratada en las líneas precedentes; procurándose la concisión, se exponen el *common law* y los países más representativos del sistema continental.

3.1 Inglaterra.

Para abordar el tema de la responsabilidad civil en los países no pertenecientes al sistema continental romano-germánico, es necesario tener en presente que, “por las características del *common law* y del sistema federal norteamericano, hay algunas diferencias de matiz en algunos aspectos de las instituciones de la responsabilidad civil” (Velásquez, 2013, p. 171), de suerte que se impone al lector un ejercicio de sana hermenéutica jurídica, en el que han de convergir necesariamente puntos de comparación, de encuentro y de distanciamiento.

Lo primero que cabe tener en cuenta es que la diferenciación clásica romana, según la cual existe una obligación de responder por el incumplimiento de un contrato, o por su cumplimiento defectuoso y la existencia de una obligación que se ajusta al carácter de la culpa aquiliana, tiene efectos universales, de suerte que en el mundo anglosajón se hagan eco de tal diferenciación. No obstante, como se verá, en los países del *common law*, se parte de la naturaleza de la conducta del autor y no propiamente del resultado, es decir del daño como tal. Según Obdulio Velásquez (2013, p. 174) “la mayoría de los cursos sobre responsabilidad civil dividen esta responsabilidad en tres categorías, atendiendo a la naturaleza de la conducta del responsable: *intentional torts*, *negligence* y *strict liability*”.

En un primer momento, se hace necesario hablar de lo que implica la *intentional torts*. Esta categoría de responsabilidad está ligada a la intencionalidad del autor, con razón se ha dicho que equivale al dolo en el sistema del derecho romano – germánico; sin embargo para establecer una

distinción, se ha aclarado que el daño causado con dolo, genera una indemnización superior – económicamente, claro está- que cuando es causado por negligencia.

En este orden, por *intentional torts*, pueden causarse daños por *battery*, es decir infligir una “lesión personal causada por un golpe o contacto corporal con la víctima, por ejemplo con algún instrumento, como un arma de fuego” (Steven, 1996, p. 3). En esta misma especie, se habla también de *assault*, que traduce asalto o ataque, o sea, una intención resuelta de dañar y para tal fin, media una amenaza; dicho de otra manera, el *assault* precede al *battery*, la idea es causar o infligir un daño, pero para tal, se coacciona a la víctima a través de la fuerza de la amenaza.

Formando parte de la *intentional torts*, existe un tipo de daño denominado, *false imprisonment*, el cual, “generalmente se asocia con el falso encarcelamiento, esto es, cuando se encierra con seguro en una habitación o celda a una persona, pero también puede ser cuando en un lugar abierto se previene a la persona que no puede irse” (Velásquez, 2013, p. 176). Como es de esperar, este tipo de daño es alegado frecuentemente por las personas que han sido detenidas – arrestadas, también- cuando las autoridades han carecido de una justa causa para tales fines; entonces, ante la ausencia de una jurisdicción administrativa diferenciada de la jurisdicción ordinaria, se recurre a las instancias civiles.

Íntegramente relacionado con la *intentional torts*, existe un tipo de daño cuyo contenido se asemeja en algo, al daño inmaterial que se ventiló en otro apartado (ver. 2.2), se hace referencia a la *infliction of mental distress*, daño este que “se configura si se producen daños psicológicos o emocionales por causa de actos injustos” (Velásquez, 2013, p. 177). No obstante, para alegarla y esperar su prosperidad, se requiere de un acervo probatorio, que debe incluir al menos, la acreditación psiquiátrica.

En relación con la noción de *daño* en el *common law*, esta resulta vinculada a las distintas clases mencionadas en los párrafos precedentes; no obstante, es sabido que en toda acción civil

incoada, se precisa de un daño actual, denominado *actual injury*, con lo que se establece una distancia con los *intentional torts*⁷.

3.2 Francia.

Se ha insistido, no sin razón, que el desarrollo de la teoría general de la responsabilidad civil ha sido el resultado de una labor inteligente de la doctrina y la jurisprudencia; con justeza Tamayo Lombana (2009, p. 24) ha sentenciado “que, en realidad, la teoría de la responsabilidad civil es obra de los tiempos modernos. Principalísimo papel ha desempeñado la jurisprudencia francesa en esta labor”. Y en conformidad con lo anterior es que, se aprecia necesario – ineludible, si se quiere- avistar la ruta teórica expuesta por los autores franceses.

Según Bonnacase (1997, p. 62): “Con Planiol desapareció en 1931, el más grande civilista de nuestra época. Encarnó, en su máximo grado, el derecho civil, y con una perfección que nadie ha igualado, el nuevo espíritu”. Y precisamente, de Marcel Planiol se traen los comentarios en relación con la responsabilidad civil, tema al que el maestro francés denomina ‘*obligaciones no contractuales*’. Para Planiol & Ripert (2005, p. 301):

La culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente, cuya reparación es ordenada por la ley cuando causa un perjuicio a otra persona. Por tanto, la idea de la culpa considerada en sí misma es sencillísima, y está en relación directa con la idea de obligación; nadie puede incurrir en culpa, sin haber estado obligado antes del acto que se le imputa. En principio, es indiferente saber si el autor de la culpa incurrió en esta con intención de dañar o sin ella. Toda la teoría de la culpa se ha construido según los

⁷ Para mayor ilustración, en el medio nacional, goza de aceptación y reconocimiento la obra de Jesús Alberto Buitrago Duque, titulada ‘El Daño Punitivo en la Responsabilidad Civil. Hacia una Evolución Conceptual de las Finalidades de la Responsabilidad Civil’. Pereira, 2007. En la que se estudia más a fondo las diferencias entre el sistema civil y el *common law*.

principios y la jurisprudencia; los textos son totalmente insuficientes, y casi ninguna ayuda nos han prestado.

Se advierte que en los escritos de Marcel Planiol es ostensible una confusión entre la *responsabilidad* como género, y la *culpa* como criterio de imputación. Tanto es así que indistintamente se va a hablar de *daño* y *culpa*, para hacer referencia al hecho ilegítimo que causa perjuicios y a la posibilidad de endilgar la obligación de reparación al autor. Así pues, para Planiol “un acto constituye culpa no por ser perjudicial, sino por ser contrario al derecho. El daño constituye, únicamente, la condición para que la culpa sea reprimida por el derecho” (2005, p. 308). En su doctrina, Planiol relaciona *culpa* y *daño* como se le relaciona, tal cual hoy al *daño* y al *perjuicio*; aspecto este, que, en otro apartado se ha tratado desde la moderna doctrina nacional, y que, como se vio, resulta de interés académico sin mayores consecuencias prácticas. Y al hablar de las ‘diversas especies de daños’ afirma que:

En materia de culpa la naturaleza del daño importa poco; en todo caso, y tan pronto como el daño es real y demostrado, origina una reparación. Se puede distinguir: 1. El daño material a los bienes corpóreos. [...]. 2. El daño pecuniario resultante de las averías o de la pérdida de objetos corporales. [...]. 3. El atentado a la salud o a la vida de las personas, [...].”

Daño Moral.- Además de los daños materiales, la jurisprudencia admite que procede la reparación del daño moral. Actualmente estas acciones de reparación se multiplican. Aseguran la reprensión eficaz de aquellos hechos culpables que no produjeron consecuencias económicas (Planiol, 2005, pp. 308, 309).

Ahora bien, de una generación más próxima y gozando de amplia aceptación en los círculos intelectuales en el medio nacional, el profesor de Lyon, Louis Josserand, con un tratamiento más acertado que el de Marcel Planiol, ubica el tema de la *responsabilidad civil* en el apartado más amplio de las fuentes de las obligaciones. Y al hacer referencia conceptual al daño manifiesta: “para que se contraiga la responsabilidad delictual, es preciso que se haya causado un daño, y que este daño sea cierto” (Josserand, 2007, p. 254). Con mayor acierto, acaso por contar con un mayor desarrollo jurisprudencial, Josserand distingue el daño de la culpa, pues con buen tino anota: “es preciso que se haya inferido un daño, pues de no ser así puede haber culpa, pero no delito o cuasidelito, no hay hecho ilícito: sin interés no hay acción” (2007, p. 254).

Fiel a su pragmatismo característico, citando constantemente la jurisprudencia de los tribunales franceses, Josserand ha resumido –sin definir- el contenido de los distintos tipos de daños, a saber:

1 El daño *material* puede alcanzar a la víctima: a) en su *patrimonio*: excavaciones practicadas para secar la fuente del vecino; deterioro, destrucción de inmuebles o de objetos mobiliarios; b) en su *persona física*: accidente de locomoción, culpa cometida por un médico o por un cirujano o por un farmacéutico, contagio de una enfermedad, sobre todo de una enfermedad venérea.

2 El daño *moral* puede revestir dos aspectos diferentes: una persona puede ser afectada, bien en su honor, en su reputación, en su consideración, en una palabra en su *patrimonio moral*, bien en sus afectos, como si su cónyuge o su pariente próximo llegara a perecer en un accidente de locomoción (Josserand, 2007, p. 257)⁸.

⁸ Las cursivas son originales del texto que se cita.

Ahora bien, con una autoridad a toda prueba, los autores más influyentes en el foro, en relación con este importante tema, son, sin duda alguna, los hermanos Mazeaud; efectivamente, los célebres hermanos Henri, León y Jean Mazeaud, han traspasado fronteras y décadas tras ser autores del Tratado Teórico Práctico de Responsabilidad Civil Contractual y Delictual, el cual es un clásico en la materia y es obra de consulta obligada.

En la precitada obra, se tiene que, el *daño* es tratado como sinónimo de *perjuicio* y sin entrar en disquisiciones conceptuales, los Mazeaud afirman: “Entre los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, el perjuicio es aquel cuya existencia provoca menos discusiones. La jurisprudencia es unánime en declarar que no puede haber responsabilidad sin perjuicio y la inmensa mayoría de la doctrina se limita a consignar esta regla” (Mazeaud, 2005, p. 27). Y con razón, se cita a la jurisprudencia, puesto que, es un hecho notorio que, el perjuicio es indispensable para que se estructure la responsabilidad bien sea contractual o extracontractual; en efecto, el daño, es, el primer requisito.

De igual modo, los Mazeaud, en correspondencia con la doctrina que es mayoría, establecen que los perjuicios pueden ser de diversa índole, según que recaigan sobre bienes de naturaleza muy distinta. Con razón afirman: “ora afecta a la víctima pecuniariamente y se traduce en una disminución del patrimonio. Ora, por el contrario, no implica pérdida en dinero y la víctima se ve afectada moralmente, por ejemplo en su honor o en sus afectos” (Mazeaud, 2005, p. 29). Ante lo anterior, se tiene que, el uno es un perjuicio de carácter material y el otro, es, un perjuicio de tipo moral, extrapecuniario, extrapatrimonial o inmaterial, para reiterar la terminología empleada hasta ahora. No obstante, con razón afirman:

Los redactores del Código Civil francés se valieron de las fórmulas más amplias posibles y los trabajos preparatorios demuestran que, tanto en materia delictuosa como en materia contractual, quisieron reconocer indemnización a todos cuantos sufran cualquier

perjuicio pecuniario, por leve que sea, sin distinguir entre el daño corporal y el perjuicio patrimonial: tanto la integridad física como los bienes quedan protegidos contra cualquier atentado (Mazeaud, 2005, p. 29).

Y modernamente, se conocen los trabajos del profesor francés Phillippe Le Tourneau que, se empiezan a asomar en el medio nacional, por mano de su traductor, el siempre respetado, doctor Javier Tamayo Jaramillo. En su didáctica obra “La Responsabilidad Civil” (Legis, 2004), enseña que:

El daño (material, corporal o moral) significa la lesión sufrida, que es considerada: un hecho bruto que se aprecia en el sustrato u objeto sobre el cual recae esta lesión (de los bienes, de los cuerpos, de los sentimientos). Se distingue del perjuicio cuyo concepto jurídico es el efecto o la continuación del daño: un atentado a la integridad física, es decir un daño corporal, puede así engendrar un perjuicio patrimonial (por ejemplo, la pérdida de salario, gastos médicos) y un perjuicio extrapatrimonial (sufrimiento moral entre otras) (Le Torneau, 2004, p. 2).

3.3 Italia.

Clásico del pensamiento jurídico itálico –y sin duda universal- resulta ser la obra del profesor de la Universidad de Perugia, Adriano De Cupis, intitulada ‘El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil’ en la que se exponen con singular maestría y sencillez, varios acápites del tema en desarrollo. Es así que, desde la lente del profesor De Cupis, se tiene que, “*daño* no significa más que *nocimiento* o *perjuicio*, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable” (De Cupis, 1996, p. 81).

Con agudeza conceptual, justifica el interés académico que suscita este tema, puesto que, “por la facilidad con que puede apreciarse, el daño es objeto del conocimiento común. Pero

además de ser un fenómeno físico, puede integrar un *fenómeno jurídico*, es decir, susceptible de ser jurídicamente calificado y, desde este punto de vista, entra en los dominios del estudio de los juristas” (De Cupis, 1996, p. 81)⁹. Y es que a no dudarlo, el hecho causante de los perjuicios, es, un hecho jurídico, espacial y temporalmente ubicado que, con cuya ocurrencia genera consecuencias jurídicas; entonces, los perjuicios, equivalen a las consecuencias, razón de más para justificar su estudio.

Distingue –como la mayoría- la existencia de un interés privado por la tutela de los bienes, ya de carácter patrimonial; ora de carácter no patrimonial, a los que, debe relacionarse el hecho dañino generador con igual carácter, vale decir, De Cupis distingue un *daño patrimonial* y un *daño no patrimonial*.

Ahora bien, según lo mencionado, se tienen que la doctrina italiana considera que, existe un *daño patrimonial* (material) que, “es, indudablemente, una especie notoria del daño privado. [...]. Parece que se estuviese además ante la única forma del daño privado, valga decir que éste se identifica con él. Pero en realidad el daño patrimonial no comprende totalmente el daño privado, es tan sólo una *especie*, aunque sea la más importante, [...]” (De Cupis, 1996, p. 122).

Contrario sensu, el maestro De Cupis (1996, 122) en relación con el *daño moral*, ha dicho: “el daño no patrimonial no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación con un bien no patrimonial”.

Más modernamente, la doctrina italiana en temas de responsabilidad civil, ha encontrado apoyo en la preclara inteligencia del profesor de la Universidad de Génova, Guido Alpa, quien

⁹ Cursivas originales del texto.

tras décadas de estudio ha consolidado una escuela del pensamiento jurídico y que, sin asomo de dudas, se encuentra en plena madurez de producción intelectual. En su obra, enseña que:

El daño comprende el evento lesivo y sus consecuencias. Desde el punto de vista del derecho civil, no es necesario distinguir el evento de las consecuencias: de por sí, el evento podría parecer irrelevante, aunque sus consecuencias sean patrimonialmente gravosas; viceversa, el evento podría parecer relevante, pero no tener consecuencias (Alpa, 2006, p. 774).

Al momento de hacerse distinción entre las categorías de daño, Alpa (2006, p. 826) se encamina a exponer que “el daño a la persona es entendido –normalmente- como daño físico y como daño moral. Quedan al margen de nuestras reflexiones los daños a la persona que derivan de la violación de los demás derechos de la personalidad”; en consecuencia, tras un estudio minucioso, el autor abre paso a la enunciación de unos subtipos de daños, a saber: el daño emergente, el lucro cesante, el daño futuro, el daño no patrimonial o *daño moral*.

A partir de la diferenciación de los aspectos necesarios para su resarcimiento, en relación con el *daño moral*, Alpa (2006, p. 828) manifiesta:

La premisa de la que parte esta última tesis, es que se debe considerar como daño toda modificación *in peius* de un bien socialmente apreciable, sólo que el daño patrimonial tiene una regulación separada y distinta de la reservada al daño no patrimonial por el artículo 2043 del Código Civil. El *discrimen* aquí está dado por la técnica de cuantificación: el daño patrimonial, se mide con los criterios ofrecidos por el mercado; el daño no patrimonial, con el método equitativo.

De alguna manera, según Alpa, lo que realmente diferencia un *daño patrimonial* de un *daño no patrimonial*, es, la manera en que se llega a su resarcimiento; en efecto, el autor crítica a la que denomina ‘fractura’ vigente en otros países en los que se habla de daños materiales e inmateriales, pues la persona, puede ser objeto de daño que físico y moral a la vez.

Y es que, si en algo le asiste la razón, es en que, “la liquidación equitativa del daño no patrimonial no obedece a los principios generales de la liquidación equitativa del daño en general. Por lo tanto, tal liquidación no puede tener lugar únicamente en caso de dificultad para aportar la prueba del daño efectivamente sufrido” (Alpa, 2006, p. 829). En efecto, la liquidación del *daño* material obedece a criterios de sustitución –excepto en los países del *commonlaw*, donde además cuenta con un carácter *punitivo*–, mas no sucede igual en caso de *daño no patrimonial*, pues el *pretium doloris* no escapa al arbitrio de quien reclama y de quien juzga.

3.4 Chile.

Con un rigor y un lustre académicos, Don Arturo Alessandri Rodríguez, escribe el clásico de la literatura jurídica, intitulado, “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno” (Imprenta Universitaria, 1943), y que, por la familiaridad existente entre el Código Civil chileno y el colombiano, goza de aceptación e influencia en el medio nacional.

Don Arturo Alessandri, con una marcada influencia de los hermanos Mazeaud, no define en un primer momento el daño, sino que lo coloca en el plano de la *necesidad*, en lo que a su existencia respecta, para la configuración de la relación obligacional propia de la responsabilidad extracontractual. Así pues, “para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito engendre responsabilidad delictual o cuasidelictual, no basta su ejecución con dolo o culpa. Es indispensable que cause daño” (1943, p. 209). Luego de ubicar el tema dentro de la estructura de la *responsabilidad civil*, el profesor Alessandri manifiesta que:

Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes; la ley no las considera (1943, p. 210).

Luego, el autor citado estudia temas de interés como la certeza del daño, la futuridad del mismo, la eventualidad y las medidas para mitigar una contingencia dañina, da inicio al estudio de la naturaleza del daño; tema este que es de relevancia, pues, “el daño puede ser material o moral. Es material el que consiste en una lesión pecuniaria, en una disminución del patrimonio, y moral, el que consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico” (Alessandri, 1943, p. 220).

Así pues, a las claras, se aprecia una tendencia uniforme a clasificar el daño en un doble plano: material, patrimonial, pecuniario; y moral, inmaterial, extrapatrimonial, extrapecuniario. Con todo, se verá más adelante, que no siempre es claro establecer un criterio absoluto para sostener este ítem; igualmente, dados los avances en la técnica, no todos los daños, pueden subsumirse en uno u otro tipo de daño, lo que ha llevado a la doctrina moderna a contemplar intentos serios por reclasificar la tipología de los perjuicios.

Con una casuística que hizo necesaria, la inexactitud de los textos legales, al respecto el profesor Alessandri enseña:

El daño material puede recaer en las personas o en las cosas: no solo es indemnizable la pérdida, deterioro, sustracción o destrucción de una cosa mueble o inmueble, corporal o

incorporal, y, en general, todo daño en los bienes, cualquiera que sea su forma o naturaleza (competencia desleal, destrucción de un instrumento probatorio, privación de aguas o de los intereses estipulados, etc.), sino también la muerte de una persona, toda la lesión que se le infiera (pérdida de un ojo, de un brazo, de una pierna, de una mano, fractura de un hueso, etc.) y aún la transmisión de una enfermedad contagiosa o venérea. La doctrina y la jurisprudencia son uniformes al respecto (Alessandri, 1943, p. 222).

Y al estudiar el contenido del daño moral, el que sin duda reviste mayor complejidad, dado el nivel de subjetividad de que puede adolecer, advierte el profesor Alessandri que:

El daño moral puede revestir dos formas, según tenga o no repercusiones patrimoniales. De ordinario –y es el caso más frecuente- el daño moral comporta a la vez un daño material. Así ocurre cuando un mismo hecho produce un perjuicio pecuniario y un dolor o sufrimiento moral: tal es el caso de una lesión o pérdida de un miembro, que hace sufrir a la víctima y le disminuye sus fuerzas o capacidad de trabajo, [...] (1943, p. 224).

[...] Pero el daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser meramente moral. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. El daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño (1943, p. 225).

4. El daño en la jurisprudencia.

En virtud de lo preceptuado en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, los jueces en su actividad están sometidos al imperio de la ley *–latus sensu–*, contando con la doctrina y la jurisprudencia, como criterios auxiliares, de suerte que hoy, gracias a la señora labor de los tribunales del país, es que se ha podido desarrollar el contenido de los 20 artículos que abordan el tema en el Código Civil. De lo anterior resulta la justeza de dedicar un apartado – sucintamente- a la producción jurisprudencial nacional.

4.1 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Dada la referencia normativa expresa (artículo 1614 C.C.), que de manera exclusiva alude a los perjuicios de orden material o patrimonial, lo cual sirvió a la jurisprudencia para limitar el reconocimiento de los daños a este rubro, fue sólo hasta el año 1922 que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 21 de julio de 1922, M.P. Tancredo Nannetti) le otorgó al daño moral entidad propia dentro de la esfera del perjuicio y por dicha razón, por primera vez reconoce 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 solo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho [...]”.

Y es que la justificación para el resarcimiento de perjuicios diferentes a los denominados patrimoniales la encontramos en diversas normas del código civil tales como el 1494 el cual al establecer como fuente de obligaciones la “consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona” o el 2341 “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...” no hace distinción en si el bien afectado es el patrimonio o la persona en su contexto cuerpo – espíritu.

Ahora bien, no obstante que resulta ser más que un gran aporte el reconocimiento del daño moral y por lo tanto, a partir de allí, empezaríamos a hablar de dos grandes géneros del perjuicio (daños materiales y morales), un aspecto relevante de la sentencia de 1922 lo encontramos cuando considera que “Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal dolor o molestia por obra de malicia o negligencia del agente...”, toda vez que se convierte en el primer antecedente de ese abanico que compone lo que actualmente conocemos como el género de daños inmateriales en contraposición al daño moral que sólo constituye una especie de este.

En este orden de ideas y partiendo de que el daño moral es solo una especie del daño inmaterial o no patrimonial y por lo tanto, su resarcimiento se circunscribe a los perjuicios derivados del dolor, aflicción, congoja, tristeza o sufrimiento que experimenta una persona fruto de la afectación propia de un hecho que altera una condición favorable preexistente, es que resulta apropiado exponer en líneas siguientes, la posición que han mantenido la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado colombiano en cuanto al reconocimiento de perjuicios inmateriales diferentes al moral.

4.2 Jurisprudencia del Consejo de Estado.

El primer antecedente de reconocimiento expreso por parte del Consejo de Estado lo encontramos en el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera– de fecha 6 de mayo de 1993, Consejero Ponente, Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 7428, el cual, ante petición de reconocimiento de perjuicios fisiológicos en la demanda, consideró lo siguiente:

La Sala procede a dar el paso jurisprudencial en virtud del cual hay lugar, en casos como el presente, al reconocimiento y pago del *perjuicio fisiológico o a la vida de relación*.

Este debe distinguirse, en forma clara, del *daño material*, en su modalidad de *daño emergente* y *lucro cesante*, y también de los *perjuicios morales subjetivos*. Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte “... no solo las angustias depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima del accidente [...] (Tamayo, 2007, T. II, p. 139).

[...] el *perjuicio fisiológico o a la vida de relación*, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar “... otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia...” (Tamayo, 2007, T. II, p. 144).

La sentencia en cita constituyó el inicio del reconocimiento de daños diferentes a los ya en múltiples ocasiones estudiados por la jurisprudencia colombiana (daño emergente, lucro cesante y daño moral), aclarando, por ser un punto que no podemos pasar por alto, que la misma estuvo empañada cuando al entrar a la fijación de su quantum, precisó:

Por lo que tiene que ver con el monto de los perjuicios que deben ser indemnizados, la Sala, habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, lo cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000.00), con cuya rentabilidad, la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla, sin sofisticaciones.

Si bien resulta haber sido una gran imprecisión el haber justificado el reconocimiento de un daño estrictamente material en su modalidad de daño emergente bajo la denominación de perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, tal como se consagró en el numeral segundo del fallo, se considera que este hecho no demerita la importancia de este gran avance jurisprudencial, máxime que por primera vez, se reconoce un rubro diferente a lo clásicamente indemnizado, lo que sin lugar a dudas inicia el camino hacia lo que procuramos llamar una verdadera indemnización del daño inmaterial, el cual y hasta ese momento sólo se circunscribía a los sentimientos.

Fueron múltiples las sentencias en la cual se reconoció el perjuicio fisiológico como daño autónomo, encontrando como elemento común en cada uno de los eventos en los cuales se reconoció, la existencia de una lesión física o corporal.

Lo anterior condujo a la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de fecha 19 de julio de 2000, expediente 11.842, Consejero Ponente, Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez a efectuar la siguiente precisión:

Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados ‘daño a la vida de relación’, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral- es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido 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 lo sufre.

De otra parte, se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física. Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4o del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que – al margen del perjuicio material que en sí misma implica – produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.

Posteriormente y como se refleja claramente en la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007, siendo Consejero Ponente, el Dr. Mauricio Fajardo Gómez, en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp. 2003-385, abandonó dicha denominación y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, en los siguientes términos:

En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el *nomen* que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones

de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política.

En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.

Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante. (...)

El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente

compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

La posición en cuanto a la denominación del perjuicio inmaterial al que se hace referencia fue pacífica hasta la sentencia de la Sección Tercera de fecha 4 de mayo de 2011, expediente 17.396, Consejero Ponente, Dr. Danilo Rojas Betancourth, frente a la cual el doctor Enrique Gil Botero aclaró voto, bajo los siguientes argumentos:

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto desechado y obsoleto por la doctrina y jurisprudencia Italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo- y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros), sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivación).

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, nunca podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, puesto que parten de confrontar, o mejor de un paragón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo o inequitativo – dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño-, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro. A contrario sensu, el daño a la salud, gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguirá una sistematización del daño no patrimonial.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica.

Así las cosas, resulta pertinente que la Sección Tercera delimite y sistematice los distintos perjuicios inmateriales distintos al moral, con miras a dotar de seguridad jurídica a la comunidad y, principalmente, para estructurar criterios de resarcimiento fundamentados

con bases de igualdad y objetividad de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”.

En consecuencia, se debería adoptar el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de un lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genere con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible- una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, el trastrocamiento del derecho a la salud del individuo. Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), se podrán reclamar los siguientes tipos de perjuicios -siempre que estén acreditados en el proceso-: i) los materiales o patrimoniales de daño emergente y lucro cesante, y los inmateriales o no patrimoniales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal. No resulta pertinente suprimir la categoría del daño moral, a pesar de lo anfibológico de su nominación, puesto que está encaminado, se insiste, a compensar económicamente la aflicción espiritual que se origina con un daño, mientras que el daño a la salud va dirigido a resarcir la modificación de la armonía psicofísica de la persona, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos.

Ahora bien, aquellos eventos en los cuales el daño no provenga de la lesión psicofísica del sujeto (casos minoritarios), sería oportuno que la jurisprudencia contencioso administrativa avanzara hacia una indemnización de los bienes, derechos o intereses legítimos que tengan un reconocimiento y protección constitucional, de manera autónoma e independiente, sin arribar el

extremo de reconducirlos a su unificación en una única categoría (v.gr. como la de daño existencial o daño a la vida de relación), sino que sean analizados, valorados y cuantificados en cuanto a su dimensión (v.gr. el daño al buen nombre, a la honra, al honor), por cuanto constituyen daños indemnizables por sí mismos. Lo anterior, máxime si los conceptos de daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, dadas su ambivalencia, ambigüedad y conceptualización equívoca, generan varios problemas en la definición y tasación de los perjuicios que dicen comprender o abarcar.

En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicios fisiológicos o biológicos); y iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización individual y autónoma (v.gr el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros).

En conclusión, los conceptos de daño a la vida de relación adoptados a partir del año 2000, y modificados por el de alteración a las condiciones de existencia desde el año 2007, no son de recibo, puesto que tales aserciones, de conformidad con las anteriores razones, no se acompañan con los lineamientos modernos que se asumen frente a la reparación del daño, esto es, con una tipología del perjuicio que reconozca que el ser humano se integra por una multiplicidad de derechos, bienes e intereses legítimos, en donde se conjugan aspectos físicos, psíquicos, morales, afectivos, de integridad emocional y social, así como relativos a la existencia espacio temporal, en sí misma.

La posición adoptada en el salvamento de voto por el doctor Enrique Gil Botero fue asumida por la Sala en sentencia de fecha 14 de agosto de 2011, expediente

051233100020070013901, constituyéndose hoy, en la posición vigente del alto Tribunal en cuanto al reconocimiento de perjuicios inmateriales se refiere, tal como se puede constatar en el documento aprobado por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante acta del 28 de agosto de 2014, referente a la reparación de los perjuicios inmateriales (Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25 de Septiembre de 2013).

5. Conclusiones.

Pensar en concluir resulta aventurado; máxime, si la idea es sintetizar en este espacio el recorrido doctrinal y jurisprudencial presentado en las páginas precedentes. No obstante, algunas apreciaciones no admiten discusión, pero, son las menos; en efecto, sin lugar a dudas se puede exponer como corolario que, el aforismo según el cual “*todo aquel que cause un daño, debe responder*” –*alterum nom laedere*- es, el principio más fecundo para la investigación jurídica en la actualidad; y lo es, porque cada día, el desarrollo de la sociedad impone en consecuencia el desarrollo de la técnica, de suerte que las actividades riesgosas no cesan.

En este orden, también con carácter definitivo, es dable afirmar que la *responsabilidad civil* es una de las dos fuentes de obligaciones con mayor incidencia en las relaciones entre sujetos de derecho, la otra es el negocio jurídico. Solo bastará pensar en que su diferencia radica en el control que las *personas* pueden llegar a tener sobre este y la imposibilidad de ejercer un estricto control de aquella; esto es así, porque toda actividad genera un margen de riesgo y con él, los perjuicios están a la orden del día.

No obstante, las observaciones anotadas, abordan el tema de manera tangencial, intentan justificar de más, la importancia del tema trabajado en estas líneas. Así las cosas, lo que precisa el lector es, conocer la postura del autor frente a tres tópicos abordados en estas páginas. En efecto,

sin que se crea que el tema se ha agotado, el concepto del *daño*, su relación con la voz *perjuicio* y la *tipología del daño*, constituyen los ejes para continuar con una segunda entrega, en la que se ampliará el estudio sobre el *daño al buen nombre*.

En ese preciso orden expuesto, se considera que:

Para comprender la dimensión del vocablo *daño* debe partirse del entendimiento de la noción de *derecho subjetivo*. Efectivamente, según la doctrina, se ha sostenido que estos “son poderes (o facultades) de goce cuyo ejercicio (o gobierno) se deja a la iniciativa de su titular (o representante legal cuando se trata de incapaces) y que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico frente a las violaciones provenientes de la conducta de los obligados a respetarlos” (Valencia, 2004, T. I, p. 240); y en ese sentido, se tiene que *daño* es *toda aminoración, menoscabo, lesión, vulneración, merma, perturbación y quebranto de una facultad o prerrogativa -derecho subjetivo-, sin que medie justificación alguna*.

En lo que respecta a la diferenciación o identificación de los vocablos “*daño*” y “*perjuicio*”, la etimología expone argumentos sólidos en beneficio de la pretendida diferenciación; en efecto, el origen de cada voz las sitúa de la mano, pero, con contenidos diferentes. En concreto: la *Lex Aquilia* en un sentido estricto establecía el *damnum* –daño- para referirse al deterioro de la *res* –cosa-; mientras que, por *iniuria* –injuria- el perjuicio que recaía sobre el propietario o beneficiario de la cosa dañada. No obstante, el decurso demuestra que las palabras pueden variar fonéticamente y de significación también; tanto es así que, no se puede precisar en qué momento terminaron siendo utilizadas como sinónimos.

Fruto de la experiencia como letrado ante diferentes tribunales del país, el ejercicio ha provisto de argumentos suficientes para considerar de poco valor práctico, la diferenciación de significados, pues que, los operadores jurídicos, emplean *daño* o *perjuicio* indistintamente. Sin

embargo, llaman la atención las palabras de un autor que, como el que más, ha estudiado el tema copiosamente y a profundidad: “vale la pena precisar que las nociones, dependiendo de cómo sean tratadas, llaman la atención sobre formas diferentes de operar la responsabilidad civil, de concebir la legitimación en la causa para actuar y, por tanto, de indemnizar” (Henaó, 1998, p. 76).

Entonces, por *daño*, debe entenderse *el hecho notorio causante del perjuicio*. Mientras que por *perjuicio*, debe entenderse *la consecuencia del daño, la cual debe ser valorada para la determinación de la reparación*.

De la tipología de los perjuicios en Colombia, no está de más reconocer, que corre por cuenta de la jurisprudencia la clasificación que tal cual hoy sirve de estado del arte. En ese orden, bueno es tener presente que la norma es insuficiente y arcaica; lo que es más, la construcción de la técnica ha llevado a la diferenciación de los perjuicios, muy lejos de lo originalmente previsto en el Código Civil de Don Andrés Bello, a saber: *perjuicios materiales*, los cuales tienen un valor de reemplazo que facilita su reparación; y *perjuicios inmateriales*, que no solamente morales, sin valor de reemplazo definido.

A su vez, los perjuicios inmateriales se subdividen según su naturaleza y según han ido siendo reconocidos por la jurisprudencia; se tienen por perjuicios inmateriales, los siguientes:

- a. Perjuicios morales propiamente dichos (1922).
- b. Daños a la vida de relación (1968).
- c. Daños fisiológicos (1993).
- d. Daños a la vida de relación (2000).
- e. Alteración grave a las condiciones de existencia (2007).

- f. Daño a la salud (2011).
- g. Daño a intereses jurídicos, convencional y constitucionalmente amparados (2011).

Daño al buen nombre en la persona natural como perjuicio autónomo

Por: Sigifredo Wilches Bornacelli

Introducción

Se ha visto en una entrega anterior, el recorrido realizado por el estudio de la teoría general del daño; efectivamente, se analizó sucintamente su noción, su naturaleza, su catalogación, se presentó un ejercicio de derecho comparado y en concreto, se expuso el actual estado de la cuestión, a la luz de las decisiones de las altas corporaciones que, en Colombia, han abordado el tema.

En esta segunda entrega, corresponde al autor, enlazar la teoría general del daño y uno de los derechos subjetivos más importantes, por tratarse de un elemento del estado civil de todo *sujeto de derechos*, a saber: el nombre. En todo caso, cabe anticipar que no se tratará de un voluminoso estudio que contemple antecedentes y formación del concepto, sino, de cómo se encuentra el nombre jurídicamente protegido, por ser un elemento intrínseco a la dignidad humana preconizada como un valor de estirpe constitucional¹⁰.

¹⁰ **Constitución Política. Art. 15.-** Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Al

Cabe en este punto reiterar la precisión efectuada en la introducción al primer capítulo del presente texto, en cuanto a que la autonomía que se pretende exponer sólo es predicable frente al daño al buen nombre cuando este recae sobre personas naturales y no en relación con las personas jurídicas; lo anterior, toda vez que la propuesta sustentada en estas líneas, va encaminada a determinar la autonomía de dicho perjuicio en su connotación inmaterial, situación que no sucede en lo que atiene a personas jurídicas en cuanto, a juicio de quien escribe, su resarcimiento se limita a una indemnización de carácter material, particularmente y en la mayoría de los eventos, en su modalidad de lucro cesante.

Precisado lo anterior, cabe hacer énfasis en cuanto a que el nombre *per se*, es de interés para el universo jurídico, pues constituye un elemento para la individuación del sujeto (doctrina francesa); también, se predicará del mismo, un valor agregado cuando se establezca que, con ese nombre se individualiza y honra a un sujeto de derechos particularizado, lo que equivale a decir que, moralmente, existe un *buen nombre*, cuyo portador no solo está plenamente identificado sino que además, está interesado en la protección de ese elemento de identificación. Con razón la Corte Constitucional, en sentencia C – 489 de 2002, siendo Magistrado Ponente, el Dr. Rodrigo Escobar Gil, ha sostenido que:

El buen nombre ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de

iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad. El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo.

De lo anterior, cabe pensar en varios planteamientos que precisan de un estudio más detenido, toda vez que con lo expresado por la Corte Constitucional, se aprecia que, el *buen nombre* es tenido por elemento moral apreciable, así que, de algún modo su lesión constituiría un daño de igual calidad. No obstante, un estudio pormenorizado del derecho daños, arroja que el desarrollo jurisprudencial ha tenido a bien considerar que existe una relación de género a especie entre el daño inmaterial y el daño moral.

En consecuencia, atendiendo el rigor metodológico, se analizarán en breve: cómo el daño puede entenderse por menoscabo o aminoración causada a un derecho subjetivo de la *persona*; y cómo el nombre, siendo un derecho personalísimo puede verse afectado por una conducta que le inflija perjuicios; en consecuencia, conviene hacerse precisiones en relación con la noción, naturaleza, tipo de lesión y condiciones para que un daño que recaiga en el nombre, pueda ser reconocido e indemnizado.

1. El Nombre.

*El nombre es la forma más antigua de individualizar e identificar una persona dentro de su propia familia y en la sociedad que conforma*¹¹.

Elemento de vital importancia para la identificación de los *sujetos de derecho* es el nombre. “En la familia primaria, gracias al precario número que la integraba, el nombre era simple o individual, pero en la medida que fue creciendo la sociedad y aumentando la población, a ese nombre o prenombre se agregó el de la familia a la cual pertenecía, hecho que se transmitió de padres a hijos para distinguir tales familias” (Cañón, 1994, p. 339). Así pues, de cierto se tiene que, cada *sujeto de derecho* constituye una individualidad y en ese sentido, cada uno “contiene y conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones (jurídicas, económicas, morales, sociales, etc.)” (Cañón, p. 339), que, en virtud de su importancia, no deben prestarse a confusiones, pues que, la individualización de la *persona* mediante el uso de un *nombre*, identifica física, social y jurídicamente. En síntesis, el nombre es un atributo esencial de la *personalidad* (En *Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia*, ver **1.1**).

El nombre es “un término técnico que responde a una noción legal, y que sirve para designar a las personas” (Bonnecase, 1997, Vol. I., p. 125); para los hermanos Mazeaud es el “vocativo con que se designa a una persona” (Mazeaud, 1959, Vol. II, p. 122); y en la doctrina francesa, hay consenso en estimar que, con dos elementos se forma el nombre, en palabras de Josserand (2008, p. 37): “el nombre comprende dos elementos: el *nombre propiamente dicho*, *stricto sensu*, o nombre de familia (denominado *apellido* en español), y el *nombre individual* que se atribuye a cada persona al practicarse la inscripción de su nacimiento (en francés *prénom*, y en el campo de la religión católica *nombre de pila*)”.

¹¹ CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo, *Derecho Civil, Parte General y Personas*, Vol. I – T. I, Editorial ABC, Bogotá, 1994, p. 339.

Idéntico criterio se ha acogido en Colombia, probablemente porque ‘El Ilustre Hombre de América’, Andrés Bello, abrevó del Código Civil Francés de 1804. Así las cosas, autores nacionales han seguido los pasos sobre el camino trazado por los *galos*; en palabras de Cañón Ramírez se tiene: “El nombre de una persona comprende dos elementos; el nombre como tal – *stricto sensu* nombre civil o de pila-, el cual es voluntario y se atribuye a cada persona al momento de la inscripción de su nacimiento, y el apellido, originado en la familia legítima, extramatrimonial, o adoptiva” (1994, p. 340). En relación a los elementos que lo conforman, el maestro Valencia Zea omite comentarios; en cambio, Parra Benítez, con sencillez dice: “hoy por hoy, la composición del nombre es simple: nombre y apellidos” (2002, p. 115).

1.1 El nombre: naturaleza jurídica.

En lo que respecta a la determinación de su naturaleza jurídica, *el nombre* ha sido objeto de discusión; efectivamente, en un primer momento, se consideró que sobre él recaía un derecho de propiedad, puesto que, de algún modo se ejercía *erga omnes*. Empero, una revisión detenida del tema exponía la debilidad de los argumentos en este sentido. No obstante, por su valor académico pueden darse cita los autores franceses, que participaron de dicha corriente, sosteniendo que el nombre en tanto *derecho de propiedad*, participaba de los caracteres de esta, “esto es, podían hacerse valer *erga omnes*, eran objeto de reivindicación y podían ganarse por prescripción” (Valencia, 2004, Vol. I, p. 337).

Con todo, muy temprano en la formación de este concepto –nombre/propiedad- el profesor Julien Bonnecase, enarbolaba banderas que se oponían a la tratativa propuesta por la jurisprudencia francesa; en un aparte de su obra, se lee:

En efecto, la propiedad es un derecho exclusivo, decían Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade. El propietario de una cosa, puede retirar de ella toda la utilidad jurídica que contiene, con exclusión de cualquier otra persona. La misma cosa en su totalidad no

puede tener dos propietarios diferentes, porque se limitarían uno a otro, lo que sería contrario a la esencia de la propiedad. Ahora bien, este carácter exclusivo no se encuentra en el derecho que se tiene sobre el nombre. Varias personas no parientes, que entre sí nada tienen de común, pueden llevar y de hecho llevan el mismo nombre, pudiendo cada una de ellas prevalerse de todas las ventajas inherentes a esto (Vol. I, 1997, p. 128).

Entonces, ante la fragilidad de la teoría, se expuso con mayor acierto que el nombre tiene un valor intrínseco a la naturaleza del *sujeto de derechos*, es decir, se trata de una característica que sirve de herramienta para su individualización, a la vez que facilita su proyección ante la sociedad. “El nombre es una cualidad, un derecho subjetivo, un atributo de la personalidad” (Parra, 2002, p. 114).

Así pues, hasta este punto, teniendo presente que el derecho de la personalidad es, “el conjunto de reglas e instituciones que se aplican a la persona considerada en sí misma, es decir, en su existencia y poder de acción” (Bonnecase, Vol. 1, 1997, p. 100), el nombre será un derecho y una institución que, formará parte del derecho de la personalidad. En idéntica línea argumentativa se expresa Valencia Zea (2004, Vol. I, p. 337), cuando dice que el nombre es: “un derecho de la personalidad, como lo es el derecho a la vida, al honor, etc., y representa un poder de nuestra propia persona: el derecho a usar un nombre y apellido para identificarnos frente a las demás personas, y la obligación para los demás de designarnos por tal nombre y apellido, por una parte, y de que no nos sea arrebatado o usado indebidamente, por la otra”.

Hasta aquí lo visto, de su particular naturaleza jurídica se desprenden varios aspectos de indisoluble relación, a saber: el nombre como atributo de la personalidad; el nombre como elemento del estado civil y el nombre como objeto de protección del ordenamiento, es decir, el derecho a un buen nombre.

1.2 El nombre: atributo de la personalidad y elemento del estado civil.

Cuando se habla de los atributos de la personalidad, se debe entender “una serie de cualidades o propiedades que se predicán de todos los seres humanos, sin distinguir su condición” (Valencia, 2004, Vol. I, p. 333); en otras palabras, “esta expresión designa un conjunto de derechos subjetivos y estados o situaciones de la persona natural que permiten individualizarla, distinguirla de otras, relacionarla” (Parra, 2002, p. 110); entonces, de su naturaleza jurídica quedó claro que se trata de uno de los atributos innegables del *sujeto de derechos* (En *Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia*, ver 1.1).

Y si se habla del estado civil, se tiene que este “es la situación permanente que el hombre tiene, en relación con la sociedad política o con el grupo familiar de que forma parte, generadora de derechos y obligaciones” (Cuadrado, p. 7); y siguiendo a Cañón Ramírez (1994, p. 358), el estado civil es un “conjunto de calidades o de situaciones jurídicas que distinguen y relacionan a cada persona con la sociedad en que vive [...], con la familia que integra o de la cual hace parte [...], y de ciertos hechos puramente personales, de sí mismo [...]”; de lo que se colige que el nombre será apenas un elemento integrante de la situación jurídica del sujeto de derechos.

Cabe hacer precisiones al respecto. De un lado, mientras que con los atributos de la personalidad, se está haciendo alusión a los privilegios inherentes a los *sujetos de derecho*, y en consecuencia, se está diciendo que toda *persona* tiene derecho a un nombre; por el otro, con el estado civil se están proyectando socialmente esos derechos, es decir, se está publicitando la situación jurídica del sujeto. Con razón se dice que el estado civil “no es tanto un derecho como una relación jurídica (que se convierte en fuente de derechos y obligaciones) inherente a la persona, por lo que no puede ser objeto de compromiso ni de transacción” (Cañón, 1994, p. 359).

En todo caso el nombre será parte integral del conjunto de derechos de la personalidad, que son los que estructuran el conjunto de atributos de la misma; y a la vez, se contará dentro de los

elementos que sirven para registrar el estado civil del sujeto y su respectiva publicidad. Es por todo lo anterior que el nombre se caracteriza por unos rasgos específicos y que la doctrina ha delimitado claramente, a saber: “obligatorio, intransferible, inalienable e indisponible, imprescriptible, uno e indivisible, inmutable relativamente, irrenunciable y tutelado por la ley” (Parra, 2002, p. 114).

Precisamente, en vista de su tutela, es que reporta un valor agregado en el universo jurídico hablar del derecho a un buen nombre, pues que su lesión acarrearía consecuencias para el autor del hecho dañino que causa desmedro en el nombre. En ese orden, algún estudioso relacionó el derecho de propiedad o dominio con el derecho al buen nombre, partiendo de la proximidad que se tiene con los derechos sobre las cosas incorporales, verbigracia, el derecho de autor.

2. Derecho al buen nombre y derecho a la honra.

En esencia, al hablarse de buen nombre se hace referencia a la reputación de una *persona*, lo que equivale a hacer alusión de su honor, que no de su honra, pues deben entenderse como categorías jurídicas diferentes. En ese sentido, es ineludible concluir que la Carta Política de 1991, consagra como derecho fundamental de todo individuo gozar de un buen nombre; al tiempo, radica en cabeza del Estado colombiano el deber de respetarlo y hacerlo respetar de terceros.

Cabe en todo caso, hacer claridad en un aspecto puntual que no es anodino; aun cuando exista la tendencia a confundir *honor* y *honra*, lo cierto es que con el *honor* se relaciona directamente el buen nombre, mientras que, la *honra* se hace referencia al deber de respetar el buen nombre; en efecto, con el artículo 15 de la Constitución se protege aquel y a través del texto

del artículo 21 se garantiza o ampara esta¹². En apoyo de lo afirmado, puede seguirse a Valencia Zea (2004, T. I, p. 339), quien manifiesta que, el buen nombre:

... no debe confundirse con el derecho a la honra; aquel se refiere a la buena fama o reputación, que no es más que la opinión que la gente tiene de una persona, y el derecho a la honra, también protegido por el artículo 21, es el reconocimiento que deben hacer las personas del honor de una persona, entendiendo este como “la estima propia de la dignidad que naturalmente tiene todo ser humano”¹³.

En razón de lo anterior, todo aquel que de modo alguno lesione el buen nombre de un *sujeto de derechos*, se encontrará frente a la comisión del delito de injuria, cuando no de calumnia, sin perjuicio de la obligación civil de resarcir el perjuicio causado con su conducta dolosa. En otras palabras “quien difame a una persona imputándole en forma dolosa hechos deshonorosos, incurre en el delito de injuria y además está obligado a resarcir el perjuicio material indirecto que le ocasione y a pagar el monto que señale el juez por el daño moral subjetivo” (Valencia, 2004, T. I, p. 339).

Y es que resulta claro que cuando se está frente al delito de injuria o calumnia, un estudio integral del ser humano muestra que la afectación al individuo presenta varias aristas, las cuales, circunscribiéndose a la lesión de bienes intangibles, no pueden limitarse a la vulneración de los sentimientos de la persona (daño moral) manifestados en la tristeza, congoja o aflicción que la información le genera, sino también en la afectación de su imagen, reputación, buen nombre, que

¹² **Constitución Política. Art. 21.-** Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

¹³ Según la Corte Constitucional: “Aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia muy clara entre ellos. Honor se refiere a un valor propio que de sí mismo tiene la persona, independientemente de la opinión ajena; en cambio, la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno –el sentimiento interno del honor-, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros”. (Sentencia T – 412 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

en ningún caso puede subsumirse en aquél, máxime que como lo veremos más adelante, dada su autonomía, debe resarcirse como rubro independiente al daño moral.

Ahora bien, por tratarse de conductas punibles pero con efectos civiles por generar un daño resarcible, el fundamento indemnizatorio en lo que se refiere a su *quantum*, se debe ubicar en el artículo 97 del código penal colombiano, el cual al rezar “En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos mensuales”; frente a lo anterior, se aparta el investigador, -con fundamento legal- de los topes indemnizatorios que de manera clara ha creado el Consejo de Estado y de igual manera, aunque un poco más sutil, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior encuentra pleno sustento en lo consignado por la Corte Constitucional en sentencia C - 916 de 2002, al estudiar la demanda presentada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 97 de la ley 599 de 2004 y que posteriormente se analizará con detenimiento (Ver el punto **4.1**).

Es por ello que se estiman de recibo las palabras del profesor Valencia en relación con la obligación civil de resarcir los perjuicios causados, aunque se discrepe de la naturaleza atribuida por él al daño, puesto que la lesión que se cause al buen nombre no debe entenderse como ‘*daño moral subjetivo*’, sino como daño inmaterial autónomo, conforme a una tipología más ajustada al contexto de que trata este trabajo y a un estado del arte más decantado.

Por vía de tutela, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa al reconocer el deber de protección que pesa sobre el Estado y en ese sentido ha manifestado:

Es claro que la Constitución y la ley garantizan la honra y el buen nombre de las personas sin excepción alguna, y procuran su protección en todos aquellos casos en que estos derechos sean desconocidos, sancionando a quien lesiona la dignidad o la buena

reputación del ofendido. Pero no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerado como imputación deshonrosa, ya que resultaría exagerado proteger o sancionar comportamiento que si bien afectan la vanidad personal, no tocan el núcleo esencial de los derechos a la honra y el buen nombre del sujeto.

En el caso de los derechos al buen nombre y a la honra, la imputación que se haga debe ser suficiente para generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende, en ningún caso, de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que este tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho. Por esta razón, la labor del juez en cada caso concreto, tomando en consideración elementos de juicios existentes y el grado de proporcionalidad de la ofensa, es la de determinar si ocurrió una verdadera amenaza o vulneración de los derechos en comento¹⁴.

A manera de síntesis, se tiene, pues, que el buen nombre se relaciona directamente con la reputación del *sujeto de derecho*; en cambio, la honra como derecho es el respeto que se puede exigir de terceros, como que el uno es interior y la otra es exterior; o sea, el honor es una valoración subjetiva de la *persona* misma, mientras que la honra es una tasación objetiva que se impone a la colectividad.

2.1 El buen nombre de la persona natural.

Habida cuenta de las precisiones anteriormente expuestas, puede apuntarse que el buen nombre en relación con la reputación, van de la mano y constituyen el *honor* que, según la doctrina alemana es “el reconocimiento del valor de una persona por sus contemporáneos (Enneccerus, 1943).

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T – 082 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Para Valencia Zea (2004, T. III, p. 191) “el honor (que también se denomina dignidad, reputación) es el valor social, moral o jurídico que corresponde a una persona en virtud de su comportamiento ante los demás”; entonces, el buen nombre de una persona se proyecta en razón de la reputación –honor- que se granjea ante los demás miembros del grupo social, en virtud del modo en que el *sujeto de derechos* se conduce en su cotidianidad. Continúa Valencia “el honor se integra por una serie armónica de características negativas y positivas: a) no delinquir, es decir, abstenerse de todo hecho ilícito; b) cumplir todas sus obligaciones; c) obrar con arreglo a las buenas costumbres, etc.”.

Tanto es así que, la ley civil ha procurado asignar efectos a la actividad particular que se surten, precisamente, en razón de la reputación de la persona; por ejemplo, en el anterior régimen de las guardas, no cabía la posibilidad de ser *tutor* o *curador* si la conducta inapropiada era evidente o notoria en el sujeto. De igual modo, el derecho penal ha clasificado una serie de conductas que tipifica como delitos por atentar contra el honor e integridad de las personas.

Ahora bien, todo esto evidencia un interés legítimo del Legislador por proteger el buen nombre; y “con carácter más general, la ley civil ordena la reparación de todo daño causado al honor. En general, el daño puede consistir en que el lesionado pierda su crédito, se disminuyan las entradas que normalmente recibía, tenga que hacer gastos que de otro modo no hubiera tenido que hacer, etc. Se requiere desde luego la afirmación o difusión de hechos contrarios a la verdad, idóneos para poner en peligro el crédito de otro o para lesionar su negocio” (Valencia, 2004, T. III, p. 192).

2.2 El buen nombre de la persona jurídica.

Ahora bien, entratándose del buen nombre de la *persona jurídica*, la Corte Constitucional ha señalado que lo predicado en relación con la *persona natural*, le es aplicable igualmente a la luz del artículo 15 Superior. Es así porque “el núcleo esencial del art. 15 permite también

proteger a las personas jurídicas, ante la difamación que le produzcan expresiones ofensivas o injuriosas. Es la protección del denominado *good will* en el derecho anglosajón, que es el derecho al buen nombre de la persona jurídica y que puede ser estimado pecuniariamente” (Corte Constitucional. Sentencia T – 412 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En un importante trabajo monográfico realizado por el Dr. Jorge Suescún Melo (2003, T. I, p. 10), se advierte:

...el vocablo inglés *good will*, se suele emplear para aludir a la fama, el crédito, el buen nombre que pueda tener una empresa industrial o comercial. Precisamente, una especie de esta figura es el llamado crédito mercantil o valor extrínseco que, acorde con lo enseñado por algún autor, “puede tomarse como la forma característica del activo intangible, y representa el valor de las relaciones comerciales, el valor de la probabilidad de que los clientes actuales sigan comprando, a pesar de las solicitudes y halagos de los competidores”.

De lo anterior se colige que, el llamado *good will* se entiende incorporado como activo patrimonial intangible, dentro del concepto más amplio de ‘establecimiento de comercio’ que, según la doctrina francesa, sería una especie del género propiedad intelectual. Sin embargo, de lo señalado hasta este punto, la protección del buen nombre de la persona jurídica, se justifica con nitidez dado su intrínseco contenido económico.

Entonces, cualquier lesión que se cause al buen nombre de una persona jurídica, precisará de medidas resarcitorias en las que no se puede excluir un componente pecuniario, amén de haberse ordenado algún tipo de retractación por parte del responsable del hecho lesivo. Lo anterior puede entenderse cierto porque al estimarse el patrimonio comercial por separado, cada uno de los bienes que lo compongan tendrá el valor que el mercado señale individualmente, sin embargo, según lo expone Medina Vergara (2013, p. 152):

...estos bienes unidos y organizados en forma coherente, con criterio económico, adquieren un mayor valor, superior a la suma de sus valores individuales, porque el conjunto organizado se hace idóneo para desarrollar una actividad económica y adquiere una aptitud que antes no tenía: la de producir un rendimiento, de tener capacidad para crear riqueza.

Así pues, toda lesión que se cause al buen nombre de una persona jurídica, no puede estar exenta de la respectiva medida resarcitoria con un ineludible contenido pecuniario.

Ahora bien, no obstante estar claro que el fundamento constitucional y legal para la protección del buen nombre tanto en las personas naturales como en las jurídicas es el mismo, no puede perderse de vista que la indemnización de uno y otro difieren en su naturaleza y por lo tanto, en su cuantificación.

En este punto considero oportuno traer a colación el artículo 10 del código de comercio colombiano, el cual al definir quiénes son comerciantes reza “las personas que profesionalmente se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles”, es decir, aquella persona natural o jurídica que voluntariamente y de forma regular y profesional desarrolle un acto jurídico considerado mercantil por la ley.

Por lo tanto, la vulneración del buen nombre puede recaer sobre la persona natural o jurídica comerciante, variando, como lo trataremos más adelante, en la tipología del perjuicio a resarcir.

Ahora bien tratándose de persona natural comerciante, la afectación al buen nombre puede tener dos aristas, una como individuo, en la cual se resarciría bajo la modalidad de perjuicio inmaterial, objeto del presente trabajo, y la otra, en razón a su actividad comercial, en donde se indemnizaría de las misma manera como si se tratara de una persona jurídica, toda vez que el buen nombre comercial es valorable contablemente.

Frente al tema del daño al buen nombre cuando este recae sobre personas jurídicas, en reciente sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, la Consejera Ponente, Dra. María Claudia Rojas Lasso, fechada 16 de febrero de 2016, expuso:

Respecto al resarcimiento del perjuicio ocasionado al buen nombre de una persona jurídica ésta Corporación ha considerado: “En este orden de ideas, de manera general los daños al buen nombre o *good will* deben incluirse en el concepto de perjuicios materiales, por cuanto dichos derechos aunque pertenezcan a la órbita de lo intangible constituyen parte del acervo patrimonial de la persona jurídica, por lo tanto, si el daño producido por la entidad demandada generó un detrimento en aquellos bienes inmateriales que constituyen la noción de establecimiento de comercio, la condena deberá resarcir tanto el daño emergente, cuya tasación depende de los gastos en los que haya incurrido la persona jurídica para restablecer su buen nombre o *good will*, como el lucro cesante, enmarcado en lo que la persona jurídica afectada por la actuación de la entidad demandada haya dejado de percibir por el hecho dañino. Lo anterior no obsta, se reitera, para que el Juez reconozca la existencia de perjuicios morales a favor de personas jurídicas, siempre y cuando, como es lógico, dichos perjuicios encuentren su fundamento en el acervo probatorio obrante en el expediente.” (Sentencia de 16 de agosto de 2002, expediente No. 50001-23-31-000-1997-06359- 01(24991), Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez).

Por consiguiente y no obstante que el *good will* o buen nombre en materia comercial, se trata como un bien intangible, no por ello su resarcimiento deba ser incluido dentro del rubro de perjuicios inmateriales, toda vez que su valoración escapa al subjetivismo del juez, encontrando su tasación en factores objetivos medibles o mesurables en dinero, propio de la naturaleza de los denominados perjuicios materiales o patrimoniales, en su modalidad de daño emergente o lucro cesante, según lo que se pretenda.

En razón de lo anterior, pretender la autonomía del daño al buen nombre en materia de personas jurídicas, resulta ser a todas luces una tarea infructuosa, situación que nos lleva a reiterar la necesidad de circunscribir el objetivo del presente trabajo, sólo en cuanto se refiere a las personas naturales.

Para finalizar, es pertinente precisar que el reconocimiento del daño al buen nombre en la persona jurídica puede tener su génesis tanto en hechos que generen una responsabilidad extracontractual, como en incumplimientos contractuales, situación que se puede presentar, según Escobar Gil citado por el profesor Young (2012, p. 118), en el caso del “detrimento que pueda ocasionar al buen nombre y al prestigio profesional de un contratista una situación prolongada de incumplimiento por parte de la administración que lo avoque, a su vez, a no cumplir los compromisos contraídos con sus acreedores”.

En todo caso, reitero, los comentarios a este respecto deben limitarse a lo expuesto, en aras de no exceder lo que se ha propuesto originalmente el autor, pues desbordaría por completo en su aspecto teleológico este trabajo.

3. Daño al buen nombre.

Se ha advertido arriba que, por *daño*, puede entenderse todo menoscabo o lesión que se cause a un derecho subjetivo del *sujeto de derechos* (Ver **1.1**); y recientemente, se ha dicho que, el nombre es, el conjunto de palabras que individualizan e identifican a las *personas* y constituye *per sé* uno de los más importantes derechos subjetivos (Ver **1.1**). Ahora, a tono con la profundidad de la propuesta investigativa de que trata, conviene precisar el concepto y condiciones para que un hecho constituya un *daño al buen nombre*; es más, débese precisar la naturaleza a la que responde este tipo de daño, pues que, su desarrollo en los tribunales se considera complejo y la doctrina no es unánime en sus apreciaciones.

En lo que a *daño al buen nombre* se refiere, los países del *common law* han venido registrando un incremento en el reconocimiento de medidas resarcitorias, en la medida en que se ha comprendido la importancia de proteger al buen nombre o reputación del *sujeto de derechos*; en gran parte, esta tendencia se ha dado porque se ha objetivado esta particular clase de daño, de suerte que a la víctima no le corresponde la materialización de perjuicio alguno. “El solo hecho de que se pruebe la publicación difamatoria, da lugar a conceder una compensación por el daño a la reputación sufrida, así no se acredite en concreto el dolo sufrido u otros daños como consecuencia de la lesión del bien extrapatrimonial del hombre” (Velásquez, 2009, p. 311).

Siguiendo con los países del *common law*, Inglaterra, Estados Unidos y Australia, entre otros, la jurisprudencia ha ratificado el principio según el cual, el daño al buen nombre se produce “cuando la publicación difamatoria es comprendida por el destinatario, un tercero diferente al difamado; en tal caso, la difamación es considerada *strict liability* en el sentido de que el demandado puede ser responsable a pesar de que pruebe que actuó con razonable cuidado o diligentemente” (Velásquez, 2009, p. 311)¹⁵.

Aunque lejos en el tiempo, la obra de Don Arturo Alessandri Rodríguez (1943), puede ser consultada con provecho por quien se acerca a estas lides; así pues, sin perder su lozanía pero siendo discutible, el célebre civilista chileno, habla de *daño material* y *daño moral* como especies del género *daño*. También, considera que, los *daños morales* pueden subdividirse según que puedan o no indemnizarse; y en este sentido, estima que el menoscabo al buen nombre, es decir, infligir deshonra, constituye un *daño meramente moral*. Según Alessandri (1943, p. 225) se tiene que:

¹⁵ Para definir el contenido de *strict liability* en *Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia*, ver 3.1.

Pero el daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser meramente moral. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. El daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en este último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su *desprestigio*, *difamación*, menosprecio o *deshonra*, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral¹⁶.

Sin duda alguna, la posición de un autor de este talante debe ser tomada en cuenta en estas líneas; no obstante, débese advertir que, el estado del arte en esta materia, ha registrado un vertiginoso crecimiento en los últimos años en todas las latitudes, de suerte que, la tipología de daños propuesta por Alessandri (1943), adolece de vetustez por encontrarse reevaluada por autores más próximos que, no solo otorgan un carácter autónomo al *daño al buen nombre*, sino que también, justifican su reconocimiento pecuniario.

En Colombia, la situación no es muy diferente, es así que, “el concepto de daños morales ha sido interpretado de diferente forma y no es un concepto claro y preciso que indique suficientemente el daño a que se refiere” (Martínez R., 2003, p. 266); en esa medida, todo intento

¹⁶ Cursivas fuera del texto original.

de clasificación, conlleva necesariamente a la exposición de criterios para su reconocimiento e indemnización.

Al examinarse la doctrina y la jurisprudencia se puede concluir que por su novedad, no hay claridad frente al tema de la autonomía del daño al buen nombre, toda vez que según voces, su reconocimiento proceda al subsumirlo en el daño moral como género; por ejemplo, en Colombia son de esta corriente de pensamiento, el profesor Valencia Zea (2004, T. III, p. 197), quien expresa: “De lo expuesto cabe deducir que ese concepto del perjuicio inmaterial o daño moral subjetivo se encuentra en formación dentro de la ciencia jurídica actual; posiblemente con el avance de la civilización puedan tenerse en cuenta otros casos y llegarse a formular un concepto más claro y definitivo”. Y participando de esta ambigüedad, el profesor Tamayo Lombana (2011), señala que por tradición, son dos las clases de perjuicios, a saber: el material y el moral; empero, al momento de exponer el contenido de uno y otro perjuicio, incurre en el error que se ha señalado anteriormente, pues según Tamayo L. (2011, p. 64):

El perjuicio *material* causa un daño a un interés *patrimonial, económico*; en cambio, el *moral* vulnera *derechos de la personalidad*; integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de la familia, profesionales, cívicos, políticos.

Con esto, queda claro que, el concepto de daño al buen nombre como especie de daño inmaterial aún se encuentra en proceso de formación; resulta evidente entonces, que el estado del arte en esta materia soporta un trabajo de especialización más sofisticado, toda vez que se ha demostrado que el daño al buen nombre constituye *per sé* un tipo de daño autónomo, con

consecuencias propias y con aspectos resarcibles muy particulares que ameritan una tratativa diferenciada.

3.1 El daño al buen nombre. Clase *sui generis* de daño.

En vista de lo anterior, huelga decir que el *daño al buen nombre* participa de unas notas distintivas muy particulares que, permiten afirmar su autonomía frente a otras clases de daño inmaterial. En ese sentido, se insiste desde ya, que el daño al buen nombre no es una especie de daño moral, ni puede creerse –como algún sector de la doctrina lo ha hecho– que, existe una relación de causa y efecto entre el perjuicio al buen nombre y la generación de un daño moral.

En efecto, no les asiste la razón a los profesores argentinos, Rivera, Giatti *et* Alonso (p. 111), cuando manifiestan que:

Con la reparación del daño moral se indemniza el quebranto que supone la lesión o disminución de bienes no patrimoniales, pero igualmente protegidos por representar un valor en la vida del hombre, como ser el honor, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el derecho a la imagen o a la intimidad y los demás sagrados afectos. La reparación se justifica como reafirmación del derecho, protegiéndose así a los valores morales atracados a través del medio más idóneo para hacerlo: el dinero.

De la cita se afirma que no es de recibo, toda vez que se cre que existe plena autonomía entre los diferentes tipos de daño que se mencionan; en efecto, el *buen nombre* tiene una proyección social, un valor extrínseco, de suerte que no pueda subsumirse el daño a este en la categoría del *daño moral*, cuyo valor es intrínseco y relacionado con el padecimiento interno.

Y en sustento de esta posición, con una autoridad a toda prueba, el Dr. Javier Tamayo Jaramillo (2007, T. II, p. 329), en relación con la autonomía de los daños en razón del bien que afecta, afirma:

Por todo ello pensamos que, desde que se produzca la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial, hay daño; si como consecuencia de esa disminución se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la misma víctima, o de víctimas diferentes, habrá entonces tantos nuevos daños como bienes afectados haya. Cada bien lesionado constituye un daño con entidad propia.

En efecto, la moral es un bien distinto al buen nombre, sus realidades ontológicas responden a esferas muy diferentes, se ha insistido que, mientras la una es interna, el otro cuenta con una proyección hacia el exterior, repercute en terceros; en esa medida, son de recibo las aseveraciones del profesor antioqueño, pues se deben reconocer por separado porque se trata de dos bienes protegidos.

4. Valoración de perjuicios por daño al buen nombre.

Partiendo entonces de la autonomía del daño al buen nombre cuando éste recae sobre personas naturales e incorporándolo dentro del género de perjuicios de carácter inmaterial, es claro que su valoración o tasación no puede efectuarse bajo fórmulas objetivas propias de los perjuicios patrimoniales (*damnum emergens* y *lucrum cessans*), sino que su compensación dependerá del arbitrio –no arbitrariedad- del juez; el cual, basados en elementos plenamente probados en el proceso (existencia e intensidad del perjuicio), determinará en su sabio proceder, el significado monetario de dicha afectación.

Por lo tanto, estando frente a la tasación de un tipo de daño inmaterial, es claro que debido a su naturaleza intangible y al no existir elementos objetivos o fórmulas que nos arrojen su valor exacto, forzoso es acudir a otros criterios; es por ello que, dado que se trata de un ‘daño autónomo’ dentro de la esfera de los perjuicios inmateriales, no puede ser evaluado como un bien material.

En ese sentido, M^o Causland Sánchez (2008) ha estudiado el tema de la tipología y la reparación del daño no patrimonial en Latinoamérica, con resultados muy interesantes pues que, el asunto no se aborda desde una óptica uniforme y conduce a las más variadas conclusiones; por ejemplo, en Argentina, dice la referida autora (M^o Causland S., 2008, p. 29):

Ahora bien, respecto a la reparación del daño no patrimonial, la doctrina y la jurisprudencia consideran unánimemente, que su naturaleza es satisfactoria y no compensatoria y, generalmente, consiste en una suma de dinero, fijada por el juez según su arbitrio, que, si bien no pretende –por imposible- reemplazar el interés perdido, ni siquiera con un equivalente, sí busca ofrecerle al ofendido los medios necesarios para buscar consuelo en otras actividades.

En Colombia, fruto de una evolución relativamente larga y sujeta a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, durante un tiempo se consideró que además del daño material, solo tenía cabida el reconocimiento del daño moral; no obstante, con el desarrollo y especialización de sus competencias, el Consejo de Estado empieza a aportar soluciones interesantes al tema en estudio. Y es que, frente a la fuerza de los hechos, se empezó a concluir que no solo existían perjuicios materiales indemnizables, sino que, en virtud de la multiplicidad de actividades y la variedad de bienes que ameritan protección, el *sujeto de derechos* tuvo a bien exigir la satisfacción por perjuicios que no eran cuantificables, que carecían de valor de reemplazo, al menos objetivamente; en efecto, “estos daños comienzan a configurarse por una nota negativa: no son materiales, o patrimoniales directos o indirectos, pues no se rozan con los derechos patrimoniales” (Valencia Z., 2004, T. III, p. 194), de lo que resulta que la jurisprudencia y la doctrina empiecen a hablar de daños inmateriales.

A su vez, la doctrina y la jurisprudencia procuran la determinación del contenido de este tipo de daño; para tales menesteres, se empieza a hablar del *pretium doloris*, del perjuicio

estético, de la supresión de las alegrías de la vida, del honor sexual femenino, del perjuicio de las cosas que tienen valor de afección y de los bienes convencional y constitucionalmente amparados. Con esto, la determinación de criterios económicos para la reparación de los perjuicios inmateriales, se ha hecho más complejo, de suerte que no exista consenso ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia.

Entrando entonces al tema de la valoración del daño al buen nombre, como se ha manifestado ya, jurisprudencialmente se ha señalado que dicha labor corresponde al juez, basándose para ello en lo probado en el proceso, esto es, verificando que su existencia e intensidad se encuentren plenamente demostradas.

Y es que el tema de la intensidad resulta ser a todas luces un elemento indispensable para que al momento de fallar el juez, ante la inexistencia de baremos en Colombia para la tasación del daño al buen nombre, pueda otorgar una cifra que realmente corresponda al perjuicio efectivamente causado, lo cual en palabras del profesor Jorge Moset Iturraspe (2003, p. 64): “No se puede hacer justicia que no tenga base de equidad, atendiendo a las circunstancias particulares del caso”.

Ahora bien, la inexistencia de baremos o tablas preestablecidas frente al daño al buen nombre no obedece a razones propias de la intangibilidad o la inmaterialidad de los bienes tutelados o protegidos, toda vez que si se examinan otros tipos de perjuicios dentro del mismo género, verbigracia, los morales, podemos encontrar que la Sección Tercera del Consejo de Estado en el documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014, tantas veces citado en este trabajo (Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales), utiliza tablas para su reconocimiento tanto en el evento de muerte o lesiones personales, estableciendo los porcentajes a reconocer (sobre la cifra máxima) de acuerdo a las relaciones afectivas conyugales, de parentesco o incapacidad otorgada.

Es por ello que a juicio de quien investiga, de modificarse la posición del Consejo de Estado frente al reconocimiento pecuniario por afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, rubro en el cual encontramos el daño al buen nombre de la persona natural, en el sentido de reconocer no sólo las medidas de satisfacción sino también las económicas extendiendo estas últimas al grupo familiar (posición que se sostiene en las conclusiones de este trabajo), considero que en este escenario sería posible el establecimiento de tablas regulando su tasación.

A modo de resumen: De permitirse en el Consejo de Estado colombiano la ampliación de beneficiarios de medidas resarcitorias pecuniarias por vulneración al buen nombre de la persona natural (hoy limitado a la víctima directa), considero totalmente viable el establecimiento de tablas que regulen los montos y porcentajes a conceder a los parientes en su diferentes órdenes, así como al cónyuge o compañero(a) permanente, tal como se ha establecido para el daño moral.

4.1. ¿Cuándo se reconoce e indemniza?

Como se ha visto en numerales anteriores, resultado de la adopción de criterios diferentes y la adaptación –sin ambages ni reticencias- de posturas doctrinales francesas e italianas, hablar del reconocimiento y consecuente indemnización de un perjuicio inmaterial que recaiga sobre el *buen nombre*, resulta tan difícil como abordar el tema mismo.

Siendo objetivos, débese partir del hecho evidente según el cual, reparar un sentimiento o el honor es cosa distinta a la indemnización que sí admiten los bienes materiales; sin embargo, es dable afirmar que frente a los daños inmateriales procede una satisfacción. En su momento, la doctrina y la jurisprudencia, han sostenido que en materia de resarcimiento, al dinero le corresponde cumplir con una doble función: “una equivalente, cuando se trata de reconstruir un

derecho subjetivo menoscabado; y otra satisfactoria o de consolación, cuando se trata de mitigar el dolor o la lesión de algún sentimiento” (Valencia Z., 2004, T. III, p. 199).

Ahora bien, en sede de interpretación y procurando un ejercicio de sana hermenéutica jurídica, el estudio de la sistematización de las reglas que permiten la reparación de los daños morales, pueden, analógicamente, ser aplicadas para intentar una reparación equitativa en materia de daños inmateriales, en concreto de *daños al buen nombre*. Así pues, sin hacer a un lado la noción del *pretium doloris*, según la cual, el precio del dolor no es otra cosa que la compensación por el sufrimiento propiamente dicho que, puede llegar a padecer el perjudicado con la acción lesiva.

Unido a esta noción, se debe tener presente que existe la necesidad de probar el daño y la intensidad del mismo. En efecto, “no se presume, aunque en ciertos casos opera la ‘presunción judicial’ a partir de los indicios. La certeza es uno de los estados de la mente en que se tiene como verdadero o real algo, es la condición necesaria para toda sentencia judicial” (Velásquez, 2009, p. 438); hasta este punto, vale la pena destacar que, en relación con el *pretium doloris* no es dable hablar de objetividad, mientras que con la prueba de la existencia e intensidad, se procura objetivar el perjuicio de que trate el asunto.

“Como solución al problema se han procurado el método de baremos, o sistema de tarifas preestablecidas, y el método de liquidación por equidad” (Velásquez, 2009, p. 439); no obstante, en materia probatoria, desde el Código de Procedimiento Civil de 1970, se ha hecho a un lado el sistema de la tarifa legal de la prueba y se ha optado por la sana crítica del juez; en otras palabras, en virtud de la equidad, los Tribunales en Colombia, valoran el perjuicio moral –y en este caso el daño al *buen nombre*-, a través del *arbitrium iudicis*. Al respecto, ha dicho la doctrina:

Teniendo este perjuicio naturaleza extrapatrimonial y, por tanto, indeterminable y económicamente insalvable, su reparación, al no ser resarcitoria sino paliativa de los

padecimientos, no se encuentra sujeta a prueba directa alguna de su *quantum* moral y económico, ni siquiera la pericial evaluativa, por ser inconmensurable este objeto y por lo mismo siempre se le ha dejado al *arbitrium iudicis* (Velásquez P., 2009, p. 440).

Tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado, han venido liquidando los daños extrapatrimoniales siguiendo muy presente las reglas de la sana crítica; en ese sentido, se ha dicho reiteradamente que el juez

...deberá tener en cuenta el *grado* de parentesco existente entre el damnificado y la víctima, así como la naturaleza de los hechos; por regla general, cuando daño se deriva de la muerte o de la invalidez absoluta y definitiva del padre o madre, cónyuge o compañero (a), o de un hijo, se ha reconocido el monto máximo, y en relación con los demás parientes, así como frente a otras fuentes de reparación del daño moral, a partir de allí, en una menor cuantía (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 19 julio 2001, C.P. Dr. Alier Hernández Enríquez).

Entonces, siempre que un hecho lesivo sea cierto, personal y antijurídico, caerá bajo la lente del juez, quien en su actividad verificará su existencia, tasará su intensidad y valorará el *pretium doloris*, con las reglas de la sana crítica en mente y haciendo uso razonable del *arbitrium iudicis*. Tal como se ha venido haciendo, con la liquidación de los perjuicios extrapatrimoniales puede hacerse otro tanto, para tasar los perjuicios causados al *buen nombre*, sin perjuicio de que se ordene alguna medida de retractación.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento del daño al buen nombre de la persona natural y como se verá en el siguiente punto, la posición de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado distan frente a la víctima en cuanto a su cuantía,

otorgamiento de la medida y legitimación, pero encuentran acercamiento en lo que atiene al tema de su autonomía, ambos, bajo la modalidad de afectación a bienes o derechos constitucionalmente protegidos.

No se encuentra la misma tendencia cuando a la materia penal se hace referencia, lo cual resulta un poco extraño si se tiene en cuenta que conductas punibles como la injuria y la calumnia envuelven en esencia la afectación del buen nombre y por lo tanto, además de la sanción pública, tienen también su expresión en la esfera del derecho de daños resarcibles.

Y es que los jueces penales en Colombia han incluido, erróneamente, dentro del concepto de daño moral la afectación al buen nombre, perjuicios que como se ha expuesto en el desarrollo del presente trabajo, gozan de autonomía y por consiguiente, merecedores de reparación individual. Con razón, expone el profesor Velásquez Posada (209, p. 308):

Siempre se ha dicho que el delito de calumnia da acción civil para la indemnización de los perjuicios tanto materiales como morales que la víctima pruebe dentro del proceso respectivo. La realidad de las cosas es que la mayoría de las veces no es posible probar el daño material, y cuando este se prueba no hay problema en otorgar la correspondiente indemnización. En cuanto al daño moral se concede a la víctima una cifra de carácter simbólico en reconocimiento del dolor que ha experimentado por el hecho injurioso o calumnioso, aunque con el régimen del nuevo Código Penal que pone un límite hasta mil salarios mínimos legales, las condenas podrían ser significativas en el futuro. Queda entonces preguntar: ¿por qué no se reconoce el derecho al buen nombre como un daño extrapatrimonial independiente del moral y del daño a la vida de relación?

Es de considerar que la respuesta surge principalmente del fantasma que ata a un significativo número de funcionarios judiciales en cuanto a esa clasificación clásica del daño en donde lo que no es material es moral y lo que no es moral es material, incluyendo en aquél todo tipo de perjuicios inmateriales, los cuales aún por definición, difieren de lo estrictamente reservado a los sentimientos.

Y es que cuando se hace referencia al daño al buen nombre, es claro que la afectación al individuo es en su reputación; en cambio, cuando se afecta la parte interna del ser, en sus sentimientos, nos hallamos en presencia de un daño moral y por lo tanto, al tratarse de lesiones a bienes jurídicos diferentes, que no llegan a converger o a identificarse el uno con el otro, forzoso es concluir que debido a esa autonomía, con dicho criterio deben ser reparados.

Es por ello que no existe razón alguna para incluir dentro del daño moral el perjuicio derivado de la afectación al buen nombre de la persona natural, con un ingrediente especial, su tasación encuentra justificación legal para superar el *quantum* establecido tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado, tal como lo podemos inferir de lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C 916 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, de fecha 29 de octubre de 2002, en la cual, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 97 de la ley 599 de 2000, consideró:

Con el fin de determinar frente a cuál tipo de perjuicios resulta proporcional la aplicación del límite de mil salarios mínimos legales mensuales que establece el artículo 97, la Corte aplicará dicho límite a las diferentes interpretaciones legales plausibles identificadas en el apartado 3, así: primero, a los perjuicios materiales; luego, a los perjuicios morales y, tercero dentro de éstos, a los perjuicios morales no valorables pecuniariamente. Entonces, examinará si dicho límite, en cada caso, es proporcional para

garantizar los derechos del procesado y de la víctima, así como para el logro de los fines que la norma busca alcanzar.

8.3.1 De aplicarse el límite de los mil salarios mínimos legales mensuales a los perjuicios materiales, la disposición resultaría claramente desproporcionada frente a los derechos constitucionales de las víctimas de delitos a la reparación en los eventos en que los daños causados por la conducta punible superen dicho monto, como lo aduce la actora y la interviniente...

...8.3.2 Si el límite de los mil salarios mínimos legales se aplica a todos los perjuicios morales, el límite también resultaría desproporcionado. Respecto de este tipo de perjuicios la doctrina ha distinguido entre perjuicios morales objetivables y perjuicios morales subjetivos, con base en la menor o mayor posibilidad de valorar su quantum por criterios objetivos.

... Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva...

... 8.3.3 La tercera categoría de daños a la que se podría aplicar el monto máximo que establece el artículo 97 es a la de los daños cuya valoración por medios objetivos no sea posible, como ocurre con el llamado daño moral subjetivo...

...Frente a este tipo de perjuicios, un límite fijo que responde tanto al interés de evitar la arbitrariedad y de proteger los derechos del procesado a la libertad y al debido proceso, como al interés de garantizar la reparación integral a las víctimas no parece inconstitucional. Al no existir un parámetro para la tasación de este tipo de perjuicios que

pueda ser tenido en cuenta por el juez o por las partes en el proceso para cuestionar la decisión del juez, no se observa que haya una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de las víctimas o los derechos del procesado.

No obstante la sentencia cuyos apartes se encuentran transcritos, sólo está referida a los daños morales subjetivos y precisa que únicamente sobre ellos es que puede recaer la concesión de los mil salarios mínimos legales mensuales establecidos en el artículo 97 del Código Penal para que proceda la constitucionalidad de la misma, un estudio detallado de las consideraciones permiten llegar a la conclusión que no sólo la norma está referida a aquéllos sino a toda la tipología del daño cuya valoración por medios objetivos no sea viable.

Es por ello que cuando la sentencia refiere que el monto máximo establecido en el precepto demandado se aplica a los daños donde su valoración no sea posible por medios objetivos “*como ocurre con el llamado moral subjetivo*” (cursivas fuera del texto original), se muestra claramente que ese tipo de perjuicio es sólo enunciativo, permitiendo que cualquier otro que tenga la misma connotación o naturaleza, sea objeto resarcimiento con la suma de los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.1 Solución desde la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al reconocimiento del daño al *buen nombre*, tanto el Consejo de Estado colombiano como la Corte Suprema de Justicia –Sala Civil-, han propuesto su reparación desde la noción de perjuicio inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

El punto de divergencia lo encontramos en cuanto a la forma de su reparación, toda vez que el primero lo hace a través de medidas de reparación integral no pecuniarias, tal como se puede apreciar en el documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes a la reparación de perjuicios inmateriales, y el segundo, mediante suma de dinero (Sentencia 5 de agosto de 2014).

Frente al punto, el Consejo de Estado (mediante el documento antes citado), expuso:

“Se reconocerá, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente o estable y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presume entre ellos...”.

“Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional...”.

“En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud”.

“Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado”.

Las medidas restaurativas no pecuniarias a que hace referencia el Consejo de Estado, sin lugar a dudas tiene su origen en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, verbigracia, el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el cual en su numeral 1 consagra que “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidos en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tienen derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”, agregando en su numeral 2 que “en ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiera incurrido”.

En cambio, y como se enunció en principio, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia optó mediante sentencia del 5 de agosto de 2014, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez, expediente SC10297-2014, a tasarlo en dinero, concediendo en el caso particular, la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000,00) para cada uno de los demandantes.

Ahora bien y siendo lo anterior en síntesis, la modalidad de reparación del daño al buen nombre tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Suprema de Justicia colombiana, se hace necesario establecer si éste es considerado por la jurisprudencia como un perjuicio autónomo o si el por el contrario, se repara bajo el entendido de constituir una causa para el reconocimiento del daño moral.

Frente al punto, resulta importante iniciar con la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, fechada 16 de marzo de 2012, expediente 19807, con ponencia de la Dra. Stella Conto

Díaz del Castillo, quien frente al evento de una privación injusta de la libertad por los delitos de homicidio en concurso con acceso carnal abusivo en su menor hija, consideró:

...a título de perjuicio moral y en calidad de víctima, con la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo.

La suma indicada obedece a la reparación por concepto del dolor, aflicción y congoja que el señor XXXXXX debió soportar, no solo por la privación injusta de la libertad de que fue víctima, sino, además, por la naturaleza execrable de los delitos imputados a quien, antes del día 28 de febrero de 1993, fuera un buen padre y un agente de la Policía Nacional respetado, así mismo, porque además de padecer la muerte de su menor hija en las condiciones conocidas, el señor Vásquez debió afrontar la pena de ser señalado por sus compañeros como autor de tales delitos.

Más adelante en cuanto al tema del daño al buen nombre, se hace referencia de la siguiente manera:

4.3 Medidas de reparación integral

La Sala estima que se hace necesario ordenar medidas de reparación integral a favor del señor XXXXXXXX, comoquiera que su señalamiento como responsable, sin serlo, de la violación y muerte de su menor hija, así como la privación injusta de la libertad de que fue víctima por esos hechos, *constituyen una grave violación de su derecho a la honra y al buen nombre*, a la libertad personal, a la honra, dignidad e intimidad familiar, consagrados en los artículos 21, 28 y 42 de la Constitución Política y 7, 11 y 11.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, respectivamente (Cursivas fuera del texto original).

[...] En este sentido, con el objeto de resarcir integralmente el daño causado al señor XXXXXXXX, la Sala considera imperioso ordenar medidas de reparación integral orientadas a restablecer el estado en el que se encontraba el mencionado señor antes del 23 de febrero de 1993, especialmente en lo tocante a la recuperación de su salud mental pues, de acuerdo con el examen siquiátrico forense que se le practicó el 29 de julio de 1998 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Bogotá, ya citado, para superar las secuelas sicológicas de los hechos objeto de la demanda, debe “iniciar un tratamiento con sicoterapia y si es necesario con sicofármacos.

En virtud de lo expuesto, se condenará a la Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional a adoptar las siguientes medidas de naturaleza no pecuniaria, dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia, a favor del señor XXXXXXXXXXXX:

1. A fin de resarcir el buen nombre del señor XXXXXXXX, la parte resolutive de esta sentencia será publicada, en un lugar visible, en las instalaciones de la estación de policía en que ocurrieron los hechos del 23 de febrero de 1993 o en el lugar que haga sus veces en la actualidad y en la página web de la Policía Nacional, por el término de seis (6) meses, de tal forma que toda persona que las visite, tenga posibilidad de acceder al contenido de la misma.

2. En las instalaciones de la estación de policía en que ocurrieron los hechos del 23 de febrero de 1993 o en el lugar que haga sus veces en la actualidad, el señor Director de la Policía Nacional informará directa y personalmente, al señor XXXXXXXX y a sus familiares, sobre la publicación que se ordena en el numeral anterior.

3. La Policía Nacional brindará gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por el señor

XXXXXXXXXXXX, incluyendo los medicamentos que prescriba el médico tratante, hasta que recupere su estado de salud mental.

No obstante alguna crítica que puede surgir, a juicio del autor, frente a la sentencia antes citada, es, incluir dentro de las medidas restaurativas tendientes a la reparación del buen nombre, “el tratamiento médico y psicológico requerido por el señor XXXXXXXXXXXX, incluyendo los medicamentos que prescriba el médico tratante, hasta que recupere su estado de salud mental”, el cual constituye sin lugar a dudas un daño emergente y como tal se debió indemnizar al tratar el tema de los perjuicios materiales, se estima que el haber incluido el perjuicio ocasionado por el daño al buen nombre como requisito para poder obtener la reparación integral, denota la autonomía que se le concedió frente al daño moral, el cual, si bien es una especie del daño inmaterial, no subsume a aquél, como se desprende de la posición asumida por un sector de la doctrina citada en líneas anteriores.

Ahora bien, no es posible manifestar lo mismo de las consideraciones expuestas en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha 5 de abril de 2013, radicado 27281, C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth, en la cual, al referirse al tema de la protección al buen nombre de una persona fallecida expone lo siguiente:

16.2.1. En efecto, aunque sería posible acreditar la existencia de un daño moral y/o patrimonial *por causa* de la afectación de los derechos a la honra y al buen nombre de una persona fallecida, en el presente caso ninguna de las pruebas señala el padecimiento de un menoscabo de ese tipo por virtud de la afectación de los aludidos intereses jurídicos, y no encuentra la Sala alguna regla de la experiencia que permita inferir la existencia de ese tipo de daño (Cursivas fuera del texto original).

Como se aprecia, el resarcimiento del daño al buen nombre sólo sería viable en la medida en que su causación genere un perjuicio de daño material o moral, lo que significa, que, para hablar de perjuicios de carácter inmaterial, sólo puede ser reconocido como daño moral. En síntesis, el daño al buen nombre no puede ser considerado como autónomo, sólo siendo posible su compensación cuando por una vulneración contra el mismo se cause un perjuicio moral.

En este orden de ideas, y no obstante que el daño al buen nombre debe ser considerado como autónomo y por lo tanto, una modalidad de perjuicio inmaterial o extrapatrimonial diferentes al daño moral, bajo la premisa de estar incluido dentro de los bienes jurídicos convencional o constitucionalmente protegidos (clasificación imperante en la jurisprudencia actual del Consejo de Estado), consideraciones como la expuesta en la sentencia del 5 de abril de 2013, nos remonta a aquellas épocas en que la jurisprudencia incluía toda afectación a un bien jurídico inmaterial dentro de la denominación de daño moral, siendo ejemplo de ello, la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera de fecha mayo 5 de 2005, expediente 14.970, M.P. Alier Hernández Enríquez, en donde y a pesar de reconocerse la existencia de un daño al buen nombre y honra de los demandantes, esta Corporación expuso:

En estas circunstancias, es claro que la diligencia realizada por las autoridades causó un gran revuelo entre los residentes del barrio Villa Rosa de Bucaramanga quienes vieron cómo la residencia de una de sus vecinas era allanada por la policía judicial. Esta situación, sin lugar a dudas, *afectó el buen nombre y honra de los demandantes*, pues las reglas de la experiencia enseñan que dichos operativos únicamente se realizan en los lugares en los que se ha cometido un delito o en los que se oculta un delincuente.

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que el operativo realizado generó un manto de dudas sobre la reputación de la familia de la señora Bautista, afectándolos

moralmente. Es claro que a toda persona le produce desagrado ser catalogado como delincuente y el hecho de que su honestidad sea puesta en duda causa una aflicción que merece ser reparada.

Así las cosas, los demandantes se vieron afectados en su buen nombre cuando las autoridades, sin cumplir los requisitos para ello, realizaron una diligencia de allanamiento en su residencia. [...].

Por lo anterior, la Sala considera que *se debe condenar a la entidad demandada al pago de los perjuicios morales ocasionados a los residentes de la vivienda* (Cursivas fuera del texto original).

En cuanto a la posición actual de la Corte Suprema de Justicia –Sala Civil- referente al tema de la vulneración del buen nombre y su consiguiente reparación, resulta importante traer una vez más, por su precisión conceptual, la varias veces citada sentencia de la Sala de Casación Civil, de fecha 5 de agosto de 2014, en la cual al dirimir un conflicto surgido por el actuar de una entidad bancaria al reportar en las centrales de riesgo de un grupo de personas que no debían suma alguna, aunado a los constantes cobros de dicha obligación saldada, expuso:

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.

[...] 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.

Se estiman de recibo las aseveraciones de la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia al establecer con gran precisión, que se deben indemnizar tantos perjuicios como bienes jurídicos se vulneren, encontrando su justificación, en materia contractual, en las normas del código civil colombiano, al esgrimir que:

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 [...].

En consonancia con lo anterior, se aprecia que el artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual al señalar el principio de indemnización plena de los daños, no estipula limitación alguna en cuanto al reconocimiento de los diferentes rubros del perjuicio. Entonces, frente al tema de los perjuicios inmateriales, la indemnización de los daños irrogados al sujeto de derecho no se puede circunscribir de manera exclusiva a la afectación moral como si de un género del perjuicio se tratara, llegando al punto de establecer que toda vulneración a un bien jurídico extrapatrimonial deba incorporarse en éste; por lo tanto, si el daño moral hace referencia a los sentimientos y por ende a la órbita interna del ser, y el buen nombre, como atributo de la personalidad pero con proyección externa (reputación o concepto que de una persona tienen los demás – Sentencia C-489/2002), resulta a todas luces claro que su vulneración genera una afectación a bienes jurídicos diferentes, conllevando por consiguiente a que frente a cada perjuicio exista un resarcimiento, para de esta forma, llegar a la reparación plena del daño.

4.3 Análisis y proposición de la tasación del perjuicio

Como preámbulo a las conclusiones que se expondrán adelante, se estima relevante extraer de forma numerada, algunos aspectos que más que críticos, constituyen un análisis propositivo de la forma indemnizatoria del daño al buen nombre, a saber:

- Siendo el daño al buen nombre un perjuicio inmaterial y que en él convergen dos tipos de situaciones, la primera, directamente relacionada con la reputación del sujeto de derecho injuriado, y la segunda, referida al derecho a que el daño ocasionado le sea resarcido pecuniariamente, no se encuentra desprovisto de fundamento proponer una reparación que incluya una medida no pecuniaria, por ejemplo, de retractación o aclaratoria, en aras de restaurar la reputación y/o el crédito de que gozara el perjudicado antes de la ocurrencia del hecho lesivo y, otra medida sí pecuniaria con el propósito de compensar ese daño que sobre la persona se ha causado, máxime que la primera está encaminada a propender por recuperar el *status quo* y la segunda, en mantener incólume el mandato legal en el sentido de que ‘*quien cause un daño debe resarcirlo*’, bien sea por incumplimiento contractual o ante la falta del deber genérico de no causar daño a los demás (extracontractual o aquiliana).

- Al momento del reconocimiento de una reparación integral, débese pensar en un resarcimiento que contemple medidas pecuniarias y retractatorias, las primeras, tasadas bajo el arbitrio judicial y que siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pueden corresponder en los eventos de mayor intensidad, a lo que se otorga por concepto de perjuicio moral (hasta 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes).

- Disentimos de la posición de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, recogida en el acta de 28 de agosto de 2014 (Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales) al considerar que: “En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud” , toda vez que las medidas

pecuniarias no pueden ser reconocidas sólo en casos excepcionales, sino que deben de ser atendidas en todos los eventos, máxime que el fundamento de una y otra son totalmente diferentes; se insiste, en atención a que éstas pretenden reparar al demandante por el señalamiento público del que fue objeto y las no pecuniarias, propenden por restablecer el derecho fundamental vulnerado.

- Concederle la reparación pecuniaria sólo a la víctima directa del daño, es a juicio del autor, desconocer, en no pocos casos, la titularidad del derecho pretendido, situación que podemos apreciar en la protección a la *memoria defuncti*, toda vez que cuando se protege el buen nombre del fallecido, y cuyo descrédito no fue conocida por éste en vida, el perjuicio, no es de la víctima directa del daño sino, de sus familiares cercanos y por lo tanto, nada impediría para que el resarcimiento económico pueda ser pretendido por éstos, máxime que el perjuicio es directo y personal y por lo tanto, legitimados para su resarcimiento iure proprio.

4.4 Aspectos procesales en relación con el daño al buen nombre

Frente al reconocimiento e indemnización del daño al buen nombre, resulta pertinente entrar a considerar algunos aspectos estrictamente procedimentales de suma importancia, como lo relacionado con las cautelas de las que dispone el afectado a fin que, desde el inicio del proceso, se conserve el objeto del litigio o se evite la vulneración del derecho afectado, evitando de esta forma que sólo hasta la sentencia definitiva se reconozca el derecho y con la alta probabilidad que sea tardía para remediar el perjuicio causado.

En atención a lo anterior, se debe efectuar un sencillo análisis de las medidas cautelares que proceden cuando se trata garantizar la protección efectiva al buen nombre, su procedencia, práctica y aspectos inherentes a ello, dependiendo de la jurisdicción y la clase de proceso que se adelante.

En primer lugar, se hará alusión a los procesos declarativos adelantados ante la jurisdicción ordinaria en asuntos civiles, en los cuales se pretende la reparación de daño al buen nombre como consecuencia de una responsabilidad civil contractual o extracontractual. Al respecto, se debe remitir al lector al artículo 590 de la Ley 1564 de 2012, en el cual se establecen los presupuestos necesarios para la solicitud, procedencia, decreto y práctica de medidas cautelares en este tipo de procesos.

Contempla el mencionado artículo que, además de las medidas cautelares típicas o nominadas, podrá solicitarse la práctica de cualquier otra que, siendo razonable, permita una efectiva y pronta protección del derecho en litigio, concediéndoseles a éstas la denominación de medidas cautelares innominadas.

Frente a la solicitud de una medida cautelar, en los procesos de tipo declarativos, reza en parte, el artículo 590 del Código General del Proceso que:

... el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Al establecer el legislador la posibilidad de solicitar medidas cautelares innominadas, se abre una puerta que era en gran medida restringida dada la propia naturaleza de los procesos de carácter declarativo. Y es que resulta evidente que para el caso que demanda la atención del

lector, si bien es cierto que por perseguirse un resarcimiento del perjuicio resulta totalmente procedente la práctica de medidas típicas o nominadas, verbigracia, la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro (tal como lo había dispuesto la Ley 1395 de 2015 en su artículo 39), no es menos cierto que son múltiples y verdaderamente eficaces las medidas cautelares innominadas que podrían solicitarse a fin de cesar la afectación.

Claro está que deberá el juez estudiar la razonabilidad de la medida cautelar solicitada, lo cual se traduce en un análisis en el cual ha de tenerse en cuenta, entre otros aspectos, la necesidad de protección del derecho al buen nombre y que a través de ésta cese la extensión de los perjuicios que se han causado a quien efectúa la solicitud.

Entonces, en relación con el daño al buen nombre, a manera de ejemplo podría enunciarse el evento en el cual la afectación de éste provenga de la divulgación de información a través de un medio de comunicación. Como medida cautelar innominada, incluso desde la presentación de la demanda, podría solicitarse que se suspenda la divulgación de la información si efectivamente el derecho ha sido vulnerado o si la amenaza a éste es probable.

Ahora bien, si la indemnización por daño al buen nombre se pretende ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo débese traer a colación lo normado en los artículos 230 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011, que amplió de manera significativa las limitaciones que sobre la práctica de las medidas cautelares se presentaba en el Decreto 01 de 1984, en el cual únicamente se contemplaba como tal la suspensión provisional (artículo 152).

Similar a lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria, la medida podrá solicitarse inclusive desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso; corresponde al juez analizar si concurren los requisitos enunciados por el legislador en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a fin de decretar o no la correspondiente medida cautelar.

Proceden también, ante esta jurisdicción, medidas cautelares como la mencionada precedentemente, concerniente a que se ordene por parte del juez que cese la divulgación de la información que afecta el buen nombre, la cual es totalmente compatible con las señaladas en el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)¹⁷.

En este orden de ideas, es que se puede manifestar que tal como ocurre en la jurisdicción ordinaria, también, en lo contencioso administrativo se amplió el limitado margen que sobre las medidas cautelares recaía.

Corresponde entonces al afectado hacer ver al juez la afectación del derecho, el perjuicio causado (daño al buen nombre) o la circunstancia irremediable que el daño se produzca. A su vez el juez deberá efectuar el análisis precedente que le permita de manera fundada otorgar o negar la cautela solicitada.

Finalmente, resulta pertinente hacer referencia al proceso arbitral, en el cual también se evidencia la necesidad de adoptar algunas cautelas con la finalidad que se garantice la efectiva

¹⁷ **Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

protección del derecho. Esta situación no fue desconocida por el legislador y en atención a ello el artículo 32 de la Ley 1563 de 2012, establece:

Artículo 32. Medidas cautelares. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

Adicionalmente, el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Asimismo, el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El tribunal establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Como puede observarse, lo dispuesto para los procesos arbitrales guarda total correspondencia con lo consagrado en el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fortaleciéndose de esta forma el proceso como tal y garantizando la efectiva protección del derecho en litigio que es la finalidad de la cautela.

En consecuencia, como corolario se tiene que, son aplicables igualmente las medidas cautelares innominadas que permitan el cese o prevención de la afectación al buen nombre, tal como opera en la jurisdicción ordinaria y frente a lo contencioso administrativo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que estamos frente a medidas cautelares en donde el juez debe realizar una valoración de las pruebas aportadas para que al menos la solicitud tenga, al tenor de lo dispuesto en el artículo 590 del Código General del Proceso “apariencia de buen derecho”, es necesario e importante aportar con el libelo introductorio los elementos demostrativos de los hechos y afectaciones invocadas, máxime que si bien no se trata de un fallo *a priori*, el funcionario judicial debe, bajo las reglas de la sana crítica, exponer razonadamente el mérito que le asigne a la solicitud, lo cual a mi sentir, constituye un imperativo que no permitirá la arbitrariedad del funcionario judicial.

En cuanto a las pruebas a aportar y solicitar, existe libertad en este sentido, eso sí, correspondiéndole a la parte que invoca, probar “el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto judicial que ellas persiguen” (artículo 167 C.G.P.).

La importancia del tema expuesto radica en que se garantice desde el inicio del proceso la protección del derecho y que la sentencia no se torne tardía o inoperante frente al daño al buen nombre que, por lo menos, se aparente haber causado, todo esto en aras a evitar la extensión o propagación negativa del *statu quo* de la víctima.

5. Conclusiones.

Alcanzar en este apartado proposiciones con la estatura de afirmaciones de desenlace, es a todas luces, una osadía; no obstante, se considera pertinente y viable, la formulación de unas proposiciones que en tono de afirmación, tocan los temas tratados a lo largo del presente escrito, tales como la noción de *daño al buen nombre*, la *justificación de su reparación*, su ubicación dentro de la catalogación de los daños y una *propuesta de reconocimiento*; con todo, se ha advertido que se aspira a la aproximación conceptual, a la presentación de la postura del autor, sostenida en diferentes oportunidades al acercarse a la barra en calidad de togado.

En ese orden se tiene que:

Siendo así las cosas, se puede definir el daño al buen nombre como la *lesión inferida a lo que representa el nombre*, y por tanto, *a la reputación de un sujeto de derecho*; consiste este perjuicio, en la *divulgación o publicación de información negativa que mancille el crédito* de, o *coloque en tela de juicio a una persona*.

Ahora bien, cierto es que, el nombre es un atributo de la personalidad con una función determinada: la identificación e individuación de los sujetos de derechos; y el buen nombre, constituye un derecho de las personas, cuyo atentado generaría una obligación resarcitoria por parte del causante del daño. Lo anterior se justifica plenamente si se sigue de cerca que, el Código Civil no estableció distinciones entre reparar un daño material y uno que no lo es, pues que, de manera muy amplia, impuso el deber de indemnización a quien cause un perjuicio, sin entrar a detallar la naturaleza del bien objeto de reparación.

El hecho evidente según el cual, existen bienes cuyo valor de reemplazo puede ser tasado objetivamente, no implica que otros bienes sin valor objetivo, puedan preterirse en su reparación. Si bien es cierto la indemnización procura el restablecimiento de un patrimonio, sería injusto y gravemente inconveniente, negarle a los bienes no materiales un valor, en aras de reconocerse y

ordenarse su eficaz compensación o satisfacción. Sabiamente anota Alessandri (1943, p. 236): “la dificultad para apreciar pecuniariamente el daño moral no puede tampoco ser un motivo para inadmitir su indemnización. [...]. La ley entrega su apreciación a la prudencia del juez, y si puede temerse su arbitrariedad, ello es preferible a rehusar la indemnización”; planteamiento éste que, de igual forma, puede aplicarse al resarcimiento por afectación al buen nombre y por lo tanto, rehusar su compensación, sería tanto como motivar la creencia de que al legislador solo le interesa lo tasado o tasable en dinero, siendo que en el actual estado de la civilización, existen valores, sentimientos, bienes jurídicos que precisan de protección aunque su valor carezca de un patrón de medida.

Se insiste, tal es el caso del buen nombre y por ello, se ha reconocido desde 1922 -en la jurisprudencia colombiana- que existen bienes jurídicos no patrimoniales que, deben ser protegidos, reconocidos y resarcidos en caso de haberse lesionado; vale aclarar sí, que en un principio no se vio la necesidad de precisar las características de los diferentes bienes jurídicos no patrimoniales, empero, una adecuada técnica jurídica ha llevado a decantar con mayor precisión una catalogación (en *Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia*, ver **5. Conclusiones**).

Ahora bien, siendo el daño al buen nombre un perjuicio inmaterial, incluido dentro de la especie denominada ‘daños a intereses jurídicos, convencional y constitucionalmente amparados’, debe ser objeto de reconocimiento teniendo presente que, en él convergen, dos tipos de situaciones, a saber: una directamente relacionada con la reputación del sujeto de derecho injuriado, y otra, referida al derecho a que el daño ocasionado le sea resarcido pecuniariamente.

En ese sentido, cabe pensar que, no se encuentra desprovisto de fundamento proponer una reparación que incluya una medida no pecuniaria, por ejemplo, de retractación o aclaratoria, en aras de restaurar la reputación y/o el crédito de que gozara el perjudicado antes de la ocurrencia

del hecho lesivo; y, otra medida sí pecuniaria con el propósito de compensar ese daño que sobre la persona se ha causado, máxime que la primera está encaminada a propender por recuperar el *status quo* y la segunda, en mantener incólume el mandato legal en el sentido de que ‘*quien cause un daño debe resarcirlo*’, bien sea por incumplimiento contractual o ante la falta del deber genérico de no causar daño a los demás (extracontractual o aquiliana).

Y es que, como se dejó anotado arriba en una sentencia que se comentó (Ver **4.2**), de la inteligencia de la Corte Suprema de Justicia, se puede colegir que, cada bien jurídico protegido es, a su vez, un daño autónomo, de suerte que, el resarcimiento que se imponga debe contemplar las varias aristas que se pueden vulnerar con un solo hecho lesivo.

Ahora bien, en relación con su naturaleza, no caben dilaciones para considerar que se trata de un daño inmaterial en razón de recaer sobre un interés convencional y constitucionalmente amparado, puesto que se desprende de la Constitución Política misma en su Artículo 15; con todo, no puede negarse que, además de la garantía Superior, al buen nombre le asiste una protección convencional relacionada íntimamente con el crédito que de ese nombre se tiene, razón por la que es dable reconocer una reparación pecuniaria, pues del descrédito puede desprenderse un lucro cesante.

A tal punto es cierto lo anterior que, existe un interés legítimo por proteger aún el buen nombre del difunto, bien como protección del apellido de una familia, bien como una medida para restablecer las condiciones de un nombre que se vio en entredicho por medidas judiciales erradas, etc.; el punto es que, al momento del reconocimiento de una reparación integral, débese pensar en un resarcimiento que contemple medidas pecuniarias y retractatorias.

Por lo expuesto, es que disentimos de la posición de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, recogida en el acta de 28 de agosto de 2014 (Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales) al considerar que: “En casos excepcionales, cuando las medidas de

satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud” (Ver **4.2**).

No obstante, de lo esgrimido en las consideraciones jurisprudenciales, se toma prudente distancia, toda vez que como se expuso en su momento, frente al daño al buen nombre las medidas pecuniarias no pueden ser reconocidas sólo en casos excepcionales, sino que, se insiste desde esta modesta tribuna que, deben de ser atendidas en todos los eventos, toda vez que el fundamento de una y otra son totalmente diferentes; se insiste, en atención a que éstas pretenden reparar al demandante por el señalamiento público del que fue objeto y las no pecuniarias, propenden por restablecer el derecho fundamental vulnerado.

De otra parte, concederle la reparación pecuniaria sólo a la víctima directa del daño, es a juicio del autor, desconocer, en no pocos casos, la titularidad del derecho pretendido, situación que podemos apreciar en la protección a la *memoria defuncti*, en la cual, y siguiendo lo expuesto por Doña Mercedes Ramos Gutiérrez en su tesis doctoral (2012, p. 91), citando de cerca al profesor Adriano de Cupis, afirma que:

[...] la memoria defuncti se traslada al cónyuge y demás familiares, porque las ofensas realmente se dirigen a los sentimientos de piedad que tienen los familiares con el fallecido [...] estiman que como a los muertos ya no se les puede lesionar ningún derecho, la lesión realmente se produce a los parientes unidos a él [...].

En consecuencia, cuando se protege el buen nombre del fallecido, y cuyo descrédito no fue conocida por éste en vida, el perjuicio, a la luz de la tesis italiana expuesta, no es de la víctima directa del daño sino, de sus familiares cercanos y por lo tanto, nada impediría para que el

resarcimiento económico pueda ser pretendido por éstos, máxime que el perjuicio es directo y personal y por lo tanto, legitimados para su resarcimiento iure proprio.

Ahora bien, desatendiendo –no por falta de importancia- la discusión áspera de la primera mitad del Siglo XX, en relación con la diferenciación y/o identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil contractual, lo cierto es que, prescindiendo de la fuente, todo daño debe ser resarcido; y precisamente, en ese orden de ideas, todas las reflexiones encaminadas a la justificación del reconocimiento e indemnización del *daño al buen nombre*, pueden ser aplicadas con igual criterio cuando el perjuicio tiene origen en un contrato.

En efecto, un contrato válidamente celebrado es un marco jurídico en el que pueden presentarse situaciones que den origen a un daño; y con este, surge el tema de la responsabilidad contractual puesto que, los presupuestos para su estructuración no diferirán sustancialmente de los que se precisan en los eventos de responsabilidad aquiliana. Así pues, un contrato válidamente celebrado, incumplido parcial o totalmente, bien por violación del crédito o cumplimiento moroso, constituirá un hecho dañoso; si además, se evalúa la culpa y se prueba la relación de causalidad, se tendrán entre manos una típica causa de responsabilidad civil contractual.

Entonces, cuando la violación negativa del crédito o la violación positiva (cumplimiento tardío), originan daños que pueden repercutir en la reputación de que goce *persona*, pueden tenerse en cuenta los comentarios y reflexiones que se han venido sosteniendo en las líneas precedentes, puesto que, idéntico es el criterio que sostiene la adopción de medidas retractatorias y pecuniarias, en los eventos contractuales y extracontractuales.

Referencias bibliográficas

- Alessandri Rodríguez, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria.
- Alessandri Rodríguez, A. (2011). *De Los Contratos* (Reimpresión; primera ed.). Bogotá: Editorial Temis - Editorial Jurídica de Chile.
- Bonnecase, J. (1997). *Tratado Elemental de Derecho Civil* (Vol. I). (E. F. Alfonzo, Trad.) México D.F.: Pedagógica Iberoamericana.
- Bustamante Alsina, J. (1998). *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Novena ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- C.P. Alier Eduardo Hernández, Exp. 11.842 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 19 de Julio de 2000).
- C.P. Alier Hernández Enríquez, Exp. 14970 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 5 de Mayo de 2005).
- C.P. Danilo Rojas Betancourth, 17.396 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 4 de Mayo de 2011).
- C.P. Danilo Rojas Betancourth, 27281 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 5 de Abril de 2013).
- C.P. Enrique Gil Botero, 13.901 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 14 de Agosto de 2011).
- C.P. Julio César Acosta, Exp. 7428 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 6 de Mayo de 1993).
- C.P. María Claudia Rojas Lasso (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 16 de Febrero de 2001).
- C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 2003-385 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 15 de Agosto de 2007).
- C.P. Stella Conto Díaz, Exp. 19807 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 16 de Marzo de 2012).
- Cañón Ramírez, P. A. (1994). *Derecho Civil. Parte General y Personas*. (Vols. Vol. I - T. I.). Bogotá: ABC.
- Corral Talciani, H. (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

- Cortés, É. (2009). *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cuadrado Paternina, A. I. (s.f.). *Manual Didáctico-Práctico Sobre el Estado Civil y la Corrección de Errores en su Registro*. Barranquilla: Fondo Editorial Universidad Libre.
- De Cupis, A. (1996). *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (Segunda ed.). Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Diez Schwerter, J. L. (2005). La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador. Del modelo de Bello a nuestros días. *Derecho Privado*(9), 177-203.
- Díez-Picazo Ponce De León, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- Echeverri Uruburu, Á. (2011). *Responsabilidad civil y negocio jurídico* (Vols. Coords. José Gual-Joaquín Acosta). Bogotá: Ibañez-USTA.
- Emiliani Román, R. (1994). *La responsabilidad delictual en el Código Civil colombiano*. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda.
- Fernández Sessarego, C. (1999). Daño al proyecto de vida. *Responsabilidad Civil y del Estado*(6), 59-119.
- Gherzi, C. A. (1995). *Modernos conceptos de responsabilidad civil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Gil Botero, E. (2006). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado* (Tercera ed.). Medellín: Librería Jurídica Comlibros.
- Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado* (Quinta ed.). Bogotá: Temis.
- Giovanni, C. (2006). Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales. *Revista de Derecho Privado*(2), 10-99.
- Henaó Pérez, J. C. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés* (Segunda reimpresión ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2001). *Tratado de las Obligaciones* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Josserand, L. (2005). *Los móviles de los actos jurídicos en el derecho privado* (Colección Clásicos del Derecho ed.). Bogotá: Leyer.
- Josserand, L. (2007). *Teoría general de las obligaciones* (Colección Clásicos del Derecho ed.). Bogotá: Leyer.
- Josserand, L. (2008). *Las personas*. Bogotá: Leyer.

- M' Causland, M. C. (2008). *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externo de Colombia.
- M.P. Alejandro Martínez Caballero, T - 412 (Corte Constitucional 17 de Junio de 1992).
- M.P. Ariel Salazar Ramírez, Exp. 10297 (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. 5 de Agosto de 2014).
- M.P. Manuel José Cepeda Espinosa C - 912 (Corte Constitucional 29 de Octubre de 2002).
- M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 082 (Corte Constitucional 29 de Febrero de 1996).
- Mariño Camacho, L. E. (2005). *Manual práctico de indemnización de perjuicios-indexación* (Tercera ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Martínez Rave, G., & Martínez Tamayo, C. (2003). *Responsabilidad Civil Extracontractual* (Undécima ed.). Bogotá: Temis.
- Mazeaud, H. L. (1959). *Lecciones de derecho civil. Parte primera* (Vol. II). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA).
- Mazeaud, H., & Mazeaud, L. (2005). *Elementos de la Responsabilidad Civil* (Colección Clásicos del Derecho ed.). Bogotá: Leyer.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1961). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual* (Quinta ed., Vols. I - I). (L. A.-Z. Castillo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América.
- Medellín, C. (2000). *Lecciones de derecho romano* (Decimocatorce ed.). Bogotá: Temis.
- Medina Vergara, J. (2013). *Derecho comercial. Parte general* (Quinta ed.). Bogotá: Temis.
- Montoya Gómez, M. (1977). *La responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Mosset Iturraspe, J. (1998). *Responsabilidad por daños. El daño moral* (Vol. V). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Mosset Iturraspe, J. (2003). Cuantía del resarcimiento por daño moral. *Responsabilidad civil y del Estado*(15), 57-68.
- Navia Arroyo, F. (2000). *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pantoja Bravo, J. (2015). *Derecho de daños* (Vol. I). Bogotá: Leyer.
- Pantoja Bravo, J. (2015). *Derecho de daños* (Vol. II). Bogotá: Leyer.
- Pantoja Bravo, J. (2015). *Derecho de daños* (Vol. III). Bogotá: Leyer.
- Parra Benítez, J. A. (2002). *Manual de Derecho Civil. Personas, familia y derecho de menores* (Cuarta ed.). Bogotá: Temis.

- Peirano Facio, J. (2004). *Responsabilidad extracontractual* (Reimpresión; Segunda ed.). Bogotá: Temis.
- Planiol, M., & Ripert, G. (2005). *Las obligaciones civiles* (Colección Clásicos del Derecho ed.). Bogotá: Leyer.
- Pontificia Universidad Javeriana - Biblioteca Jurídica Diké. (2009). *Tendencias de la responsabilidad en el Siglo XXI*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- Preciado Agudelo, D. (1997). *Indemnización de perjuicios* (Segunda ed., Vol. I). Bogotá: Librería del Profesional.
- Preciado Agudelo, D. (1997). *Indemnización de perjuicios* (Segunda ed., Vol. II). Bogotá: Librería del Profesional.
- Quiñones Rojas, S. (2015). *El daño a la persona y su reparación*. Bogotá: Ibañez-IARCE.
- Ramos Gutiérrez, M. (2012). *La protección a la memoria defuncti (Tesis doctoral)*. Salamanca: Universidad Salamanca.
- Rozo Sordini, P. E. (2002). *El daño biológico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Saavedra Madrid, C. A. (2005). *La indemnización del daño no patrimonial*. Bogotá: Leyer.
- Santos Ballesteros, J. (2012). *Responsabilidad civil* (Tercera ed., Vol. I). Bogotá: Temis-Pontificia Universidad Javeriana.
- Santos Ballesteros, J. (2012). *Responsabilidad civil* (Tercera ed., Vol. II). Bogotá: Temis-Pontificia Universidad Javeriana.
- Scognamiglio, R. (1957). *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extrapatrimonial*. (F. Hinestrosa, Trad.) Milan: Padova.
- Sentencia León Villaveces contra el Municipio de Bogotá, Exp. 1515 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P. Dr. Tancredo Nanetti 21 de Julio de 1922).
- Suescún Melo, J. (2005). *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (Tercera reimpresión. Segunda ed., Vol. II). Bogotá: Legis.
- Suescún Melo, J. (2005). *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (Tercera reimpresión. Segunda ed., Vol. I). Bogotá: Legis.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de la Responsabilidad Civil* (Séptima reimpresión; segunda ed., Vol. II). Bogotá: Legis.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de la Responsabilidad Civil* (Séptima reimpresión; segunda ed., Vol. I). Bogotá: Legis.
- Tamayo Lombana, A. (2009). *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual* (Tercera ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Trazegnies Granda, F. d. (2001). *La Responsabilidad Extracontractual* (Séptima ed., Vol. II). Lima: Fondo Editorial.

Trazegnies Granda, F. d. (2001). *La Responsabilidad Extracontractual* (Séptima ed., Vol. I). Lima: Fondo Editorial.

Uribe García, S. (. (2014). *Anuario de responsabilidad civil y del Estado*. Medellín: Fondo Editorial UNAULA.

Valencia Zea, A. (2004). *Derecho Civil, de las Obligaciones* (Reimpresión novena ed., Vol. III). Bogotá: Temis.

Valencia Zea, A. (2004). *Derecho Civil, Parte General y Personas* (Segunda reimpresión; decimoquinta ed., Vol. I). Bogotá: Temis.

Velásquez Posada, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis - Universidad de la Sabana.

Velásquez Posada, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual* (Segunda ed.). Bogotá: Temis.

Yong Serrano, S. (2012). *Introducción a la responsabilidad pública y privada* (Segunda ed.). Bogotá: USTA.

Zanonni, E. (2005). *El Daño en la Responsabilidad Civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Astrea.

Zuleta Ángel, E. (1974). *Estudios Jurídicos*. Bogotá: Temis.