



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Expediente: 33945

Radicación 50001-23-31-000-2000-30072-01

Actor: Yamid Weimar Rey Velásquez y otros

Demandado: Municipio de Acacias y otro

Naturaleza: Reparación directa

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Consejeros:

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

De conformidad con el num. 7 del art. 33 del Reglamento Interno del Consejo de Estado -Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el art. 1 del Acuerdo n.º 35 de 2001-, procedemos a consignar las razones por las cuales salvamos parcialmente y aclaramos el voto en el asunto de la referencia.

Se modifica la sentencia de 16 de enero de 2007 mediante la cual se accedió parcialmente a las peticiones impetradas por los familiares de la señora Isneida Rincón Valverde, con ocasión de su muerte en accidente de tránsito imputable al municipio de Acacias, Meta y la empresa de servicios públicos “Gases de Llano



S.A". Así mismo, se unifican los criterios jurisprudenciales para la indemnización del lucro cesante, derivado de la muerte o lesión causada a personas dedicadas al hogar.

La Sala reiteró las consideraciones del *a quo* en cuanto a la imputabilidad del daño a las entidades demandadas, así como en lo relativo a la concurrencia de culpas, derivada de que la señora Rincón Valverde viaja en motocicleta sin casco, esto es sin sujeción a lo prescrito por la ley. Empero, se apartó del fallo en lo que respecta a la indemnización del lucro cesante, que el *a quo* negó en razón de que consideró que la víctima no realizaba actividades productivas, en cuanto su dedicación al hogar.

Sobre este último punto la Sala unificó su jurisprudencia¹, en el sentido de reiterar la procedencia de la indemnización por lucro cesante a quienes se dedican a actividades como el trabajo del hogar, en cuanto productivas y altamente valiosas, que inequívocamente contribuyen a la economía y el bienestar social, aunque no se remuneren. Para su cuantificación reiteró el criterio general del lucro cierto en cuantía indeterminable, a saber, la fijación de la base liquidatoria en un salario mínimo legal incrementado en un 25%, correspondiente a las prestaciones sociales. Ello a pesar del reconocimiento explícito de que el trabajo que se desempeña en el hogar comporta mayor responsabilidad, desgaste y exigencia que propio del servicio doméstico, cuya remuneración ordinariamente equivale a un salario mínimo. El reconocimiento de la falta de equivalencia del trabajo de quien tiene a su cargo la dirección del hogar y el servicio doméstico contratado, lleva a la Sala a entender que el detrimento producido por la muerte o lesión de quien se desempeña en el hogar produce un daño cierto, y gravísimo, no totalmente subsumible dentro de la categoría del lucro cesante sino más bien comprendida dentro del genérico concepto de violación grave de bienes convencionales, que, por lo general es objeto de medidas de reparación extrapatrimoniales pero que, excepcionalmente, puede dar lugar a indemnización monetaria. Sin embargo, en un giro inesperado, la Sala optó por la figura de la "jurisprudencia anunciada", esto es, por no reconocer la procedencia de la reparación (monetaria o no) del daño en el caso concreto, y en su lugar, anunciar un cambio de jurisprudencia en el futuro.

¹ Es de anotar que conforme lo decidido por la Sala Plena Contenciosa en los términos del auto del 18 de noviembre del 2015, radicado n°. 25000-23-24-000-2012-00806-01, M.P. Hernán Andrade Rincón, en vigencia del C.C.A. no se cuenta con competencia para unificar.



Aunque comparto las consideraciones mayoritarias en lo que respecta al juicio de responsabilidad y, por supuesto, al imperativo de reconocer el lucro cesante debo lamentar que la sala no haya logrado avanzar en el ajuste propuesto inicialmente por el ponente, esto es, la reparación integral por la muerte o incapacidad de quien asumía el cuidado en el grupo familiar, con un significado superior en dedicación y compromiso al simple trabajo doméstico. Lo anterior en cuanto aunado a que se advierte la perpetuación de estructuras sociales patriarcales injustas, se logra permear la aplicación inmediata de las normas constitucionales y los tratados internacionales suscritos por Colombia, en materia de discriminación y violencia de género. Se advierte, además, extraño y en sí mismo discriminatorio, entender que toda violación de derechos humanos se repara inmediatamente en tanto lo relativo a la violencia de género se reconoce, pero la reparación se deja para el futuro. Además, es de advertir que como la Sala acepta explícitamente del daño y al tiempo declara que no será reparado, desconoce el artículo 90 Constitucional y el mandato de reparación integral de la Ley 446 de 1998, en cuanto opta porque la víctima mantenga su condición de damnificada, dado que la reparación integral se trata como una simple aspiración.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia sostiene que cuando se trata de daños antijurídicos ocasionados a mujeres en supuestos de violencia de género o sexual la perpetuación de las estructuras sociales patriarcales comprende la violación de los derechos humanos reconocidos con base en los criterios siguientes: (i) porque constituyen una ofensa a la dignidad humana²; (ii) porque son manifestación “*de las relaciones de poder históricamente desiguales*

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasília vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 245. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), preámbulo.



entre mujeres y hombres”³, creando estereotipos o modelos sesgados⁴; (iii) que trascienden a todos los sectores de la sociedad⁵; (iv) afectando negativamente sus propias bases⁶; (v) promoviendo actos de violencia sexual, que *“constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”*⁷; (vi) o permitiendo que se arraiguen actos de violencia de género, y en especial, de carácter sexual que comprenden una *“experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas”*⁸; (vi) pese a que los estándares, mandatos y deberes convencionales indican la exigencia de no

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasilia vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 245. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), preámbulo. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84, Resolución de 19 de enero de 1984, párrafo 65. *“En el primer tercio del presente siglo se inicia un movimiento contra estos principios tradicionales, tanto por el reconocimiento de la capacidad decisiva de la mujer, como por la difusión de la igualdad de los sexos dentro del concepto de la no discriminación por razón del mismo. Esta evolución, que se puede comprobar con un análisis de derecho comparado, encuentra su impulso determinante desde el plano internacional. En el ámbito americano, el 26 de diciembre de 1933, se celebró el Convenio de Montevideo sobre la Nacionalidad de la Mujer, que en su artículo 1 estableció: “No se hará distinción alguna, basada en el sexo, en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica” (Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo, 3-26 diciembre 1933). También el Convenio sobre la Nacionalidad suscrito en la misma fecha, en Montevideo igualmente, determinó en su artículo 6: “Ni el matrimonio ni su disolución afectan a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos”. Por su parte, la Declaración Americana en su artículo II estableció: Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los deberes y derechos consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Estos mismos principios han sido incorporados en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 3.j) de la Carta de la OEA”.*

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 401. *“En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.*

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasilia vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 245. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), preámbulo.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasilia vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 245. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), preámbulo.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasilia vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 251. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 119.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasilia vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 255. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Penal Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, fondo, reparaciones y costas, párrafo 303 y 311.



discriminar a la mujer⁹, de manera que se menoscabe o anule su reconocimiento bajo cualquier forma, modalidad, expresión o instrumento, tanto del Estado, como de particulares que no sean sometidos a la legalidad, y en especial cuando se trata de reparar integral y plenamente los daños antijurídicos y los perjuicios de los que son objeto las mujeres ante actos de violencia de género; de (vii) modo que la discriminación puede provenir de toda manifestación o expresión en la que está comprometido el Estado, en especial cuando es la administración de justicia es la que deja de corresponderse con los mencionados principios y estándares convencionales¹⁰, bien porque no actúa, porque es pasiva ante las situaciones, o porque aplica limitadamente el alcance de la protección, como ocurre cuando por una jurisprudencia anunciada deja de reconocerse una posición jurídica¹¹ y la debida reparación a la que había lugar en el caso en concreto.

La reparación en el moderno derecho de daños no se reduce a la demostración, constatación y resarcimiento del perjuicio, sino que parte de considerar a la víctima, por lo que el fin último obliga a armonizar el contenido económico y la tutela eficaz de los derechos y libertades, con lo que se concrete la verdadera “*restitutio in integrum*”, de manera que dejar desprovista de esta esencia al abordar el

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 394. “Desde una perspectiva general la CEDAW define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 221.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 396. Corte Europea de Derechos Humanos, case of Opuz vs. Turkey, Judgement of 9 June 2009, párrafos 180, 191 y 200.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 398. “En el presente caso, el Tribunal constata que el Estado señaló ante el CEDAW que la “cultura de discriminación” de la mujer “contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”. Además, el Estado también señaló que esta cultura de discriminación contra la mujer estaba basada “en una concepción errónea de su inferioridad”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Veliz Franco vs. Guatemala, sentencia de 19 de mayo de 2014, párrafo 67. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 280. “En este sentido, la Corte reitera la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género”.



reconocimiento y liquidación de los perjuicios a una víctima, en especial a aquella que fue objeto de violencia de género representan un total desconocimiento de este modelo y de la vocación garantista que las sociedades y democracias modernas han implantado en las últimas décadas en todos los sistemas jurídicos, apartándose de los estándares, mandatos y deberes convencionales, produciéndose una suerte de “*inconventionalidad*” en la sentencia de la que nos apartamos parcialmente con todo respeto¹², y generando que al no operar la reparación y sólo quedar como jurisprudencia anunciada la vulneración, violación o afectación en términos convencionales, constitucionales y legales no haya desaparecido¹³.

1) Sobre la jurisprudencia anunciada

Lo primero que debe resaltarse del fallo mayoritariamente adoptado es la improcedencia de la figura de la jurisprudencia anunciada. Para ello, se ha de partir de la comprensión del origen de la misma y de su finalidad. Lo primero que se resalta es un modelo jurídico-procesal en el que es más o menos indiscutido que el acto judicial, más que reconocer derechos y obligaciones preexistentes a la situación fáctica que plantea el conflicto, constituye una instancia de creación normativa, en la que la interpretación y la norma que se interpretan se confunden. Desde las coordenadas de este modelo, en el que la función interpretativa tiene un carácter cuasi legislativo (la jurisprudencia pasa a integrar el contenido normativo

¹² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectora*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p.570. “Luego, cuando la reparación se analiza como principio, como derecho, en el contexto de la protección y garantía de los derechos humanos, debe tener en cuenta no sólo su contenido económico, tradicional al esquema ordinario del régimen de responsabilidad extracontractual, sino que al establecerse la atribución a las acciones, omisiones o inactividad del Estado trasciende más allá de lo pecuniario, ya que se producen violaciones, vulneraciones o afectaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario no sólo de víctimas determinadas y determinables, sino de comunidades enteras que abogan ya por el restablecimiento de sus derechos, con lo que el concepto de indemnidad se proyecta en una dimensión en donde es la dignidad humana y la eficacia de los derechos lo que orienta la integralidad, abriéndose paso a una vocación de la reparación que promueve no sólo el “resarcimiento”, sino también, la verdad [acceso al conocimiento de los hechos que dieron origen a las vulneraciones, sus responsables, los factores que las desencadenaron], la justicia [de manera que todos los responsables sean puestos a disposición de las autoridades para su juzgamiento] y de reparación [que no sea sólo individual, sino colectiva también]”.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párrafos 238, 341 y 342; caso Baldeón García, párrafo 174; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párrafo 195; caso Acevedo Jaramillo y otros, párrafo 294. “La Corte Interamericana señala que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial y, por consiguiente, las mismas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”.



de la disposición aplicada), no extraña la regla análoga a la vigencia futura que rige en el campo de lo legislativo, con las excepciones ampliamente conocidas.

Ahora bien, por más de que es bien sabido que desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 el modelo colombiano ha aceptado, con creciente intensidad el valor del precedente y las fronteras entre los modelos surgidos de la tradición romano-germano-canónica y anglosajona se diluyen progresivamente, tal movimiento no alcanza la envergadura para mutar la concepción de la función judicial como acto de prudencia, orientado a hacer efectivos derechos y obligaciones que la ley define y regula frente a los cuales el juez no puede hacer más reconocerlos o negarlos en justicia.

En otras palabras, si bien se han abandonado los paradigmas del positivismo puramente legalista que limitaba la función judicial a la determinación del tenor literal de la ley, en los casos concretos, con gran perjuicio de la justicia material, en ningún momento ha mutado el principio de la primacía de los derechos y garantías existentes, como tampoco la subordinación del juez a su primacía.

La titularidad del derecho es, así pues, antecedente y no consecuencia del acto de juicio que, en definitiva, consiste en una instancia de conocimiento (o reconocimiento) de una realidad objetiva y preexistente, no de creación del mismo. Precisamente, en virtud de esta preexistencia del derecho –y de los parámetros para regularlo y medirlo– una sentencia puede ser reputada justa o injusta, toda vez que, como bien lo precisó la tradición jurídica desde Roma, el acto de justicia es el acto de dar a cada quien su derecho.

Ahora bien, ordinariamente, el derecho y las obligaciones se encuentran reglados o medidos por normas (*regula iuris*). La interpretación normativa en el acto judicial resulta relevante, pues en la medida en que a través de ella se esclarece la naturaleza, el origen (salvo en el caso de los derechos innatos) y el límite del derecho u obligación, siendo estos últimos exigencias verdaderas; se sigue, entonces, que la interpretación de la norma no es instancia creativa e indeterminada.



Ahora bien, si tanto el derecho como la norma son preexistentes, se entiende que la interpretación jurisprudencial, incluso variando respecto del precedente existente, carece de una función creativa. La variación de la jurisprudencia tiene más bien un carácter correctivo, en tanto implica la declaración de que las decisiones precedentes no se compadecen con los derechos y obligaciones que se definen y, en ese sentido no reconoce lo que ahora se considera exigible. Todo lo anterior apunta a reconocer que, al menos desde la concepción de la función judicial como garante del derecho, no existe justificación para crear una suerte de extensión de una regla general con proyección futura, propia de los actos de legislación.

Se insiste, la previsión de nuevas reglas para futuro –no aplicables a presente– no es propia de la función judicial, la cual se orienta al establecimiento de lo que es actual y certeramente exigible en el caso concreto.

Podemos advertir que la sentencia de la Sala Plena al acudir a la figura de la jurisprudencia anunciada, sin reconocer la reparación integral a la víctima en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 16 de 1972), y en los del artículo 90 constitucional y 16 de la Ley 446 de 1998, no hace más que crear un obstáculo interno para la eficacia de los artículos 1.1, 2, 25 y 63.1 de la mencionada Convención, que le da sustento a los mandatos constitucional y legal señalado.

En este sentido, la sentencia de la Sala Plena seriamente puede encontrarse en contravía del principio convencional del “*pacta sunt servanda*”, que a tenor del artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 (Derecho de los Tratados) consagra que todo “tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Si esta es la premisa inicial, sin duda todas las autoridades de los diferentes poderes de un Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) están obligados a corresponderse con el mismo, en especial cuando en el fondo se trata de la protección eficaz de los derechos humanos de personas que siendo víctimas revisten una tutela que debe ser completa en integral.



Por lo tanto, cuando la Sala Plena no reconoce y liquida los perjuicios a favor de la víctima está consolidando una acción que se opone al mencionado principio universal, pero en especial a la existencia y operatividad del recurso judicial efectivo en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos. En esencia, la Sala Plena desconoce lo consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, ya que la jurisprudencia anunciada como figura procesal aplicada es una clara manifestación de una disposición, decisión o medida judicial de derecho interno que se invoca para incumplir con lo consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 63.1, así como en la Convención de Belém do Pará y en la Declaración Americana de Derechos Humanos, generando como consecuencia que la víctima en el caso concreto no haya sido resarcida, restablecida y reparada integralmente, por lo que no han desaparecido los efectos de las violaciones y vulneraciones que el daño antijurídico produjo en la víctima.

2) Precisión sobre el principio de confianza legítima y la aptitud de la jurisprudencia anunciada para preservarla

Parte de la justificación a la que recurrió la mayoría para la aplicación de la figura de la jurisprudencia anunciada, radica en la necesidad de preservar el principio de la confianza legítima, ante la amenaza que supone la variación indisciplinada de las líneas jurisprudenciales. Ahora bien, no se puede desconocer que la jurisprudencia proporciona a los asociados un conocimiento, llamado a ser estable, sobre el sentido y el contenido de las normas jurídicas que sirven de *regula iuris* (medida de las cosas efectivamente debidas en justicia), a partir del cual estos guían su conducta, planifican sus proyectos y fundan sus intereses. Consecuentemente, tampoco se puede desconocer que los derechos y la seguridad de los mismos se ven seriamente afectados cuando las Cortes, y muy especialmente las de cierre, modifican constantemente su interpretación sobre el sentido y alcance de las normas. De hecho, tal variación interpretativa, termina por hacer incognoscible el significado de las normas y, por lo tanto, degenera en un auténtico estado de anomia, con las consecuencias sociales concomitantes que la sociología ha estudiado extensivamente.

Más aún, la hipermovilidad jurisprudencial, tiene efectos particularmente sensibles frente a quienes son parte en procesos ventilados ante la jurisdicción, pues la



estrategia litigiosa se realiza con base en la jurisprudencia existente, de modo que un cambio “súbito” de posición bien puede tornar en obsoleta la defensa o las pretensiones de las partes.

Lo anterior no significa necesariamente que los cambios jurisprudenciales deban proscribirse. Si la función judicial tiene por objeto reconocer y hacer efectivos los derechos concretos de los asociados (o lo que es lo mismo, la justicia), carece de razón sacrificar la justicia en aras de la certeza. Y es que la injusticia cierta no es, desde ningún punto de vista, sustituto de la justicia real ni la función del juez perpetuar los errores del pasado. Aunado a lo anterior, los inevitables cambios sociales, pueden hacer imprudente e incluso injusta la interpretación que alguna vez fue adecuada. Debido, pues, a la conjunción de la necesidad de estabilidad y la inevitabilidad de una eventual variación, corresponde al órgano judicial adoptar las medidas necesarias para preservar al máximo la estabilidad de la jurisprudencia, sin petrificarla en detrimento de la justicia. Lo que se impone preguntar entonces es si, la medida consistente en diferir la aplicación de una nueva línea jurisprudencial es un medio eficaz y legítimo para este fin, y más específicamente, para salvaguardar razonablemente la confianza legítima de quienes ya son parte en procesos ante la jurisdicción.

En lo que tiene que ver con la eficacia, no parece que la figura de la jurisprudencia anunciada ofrezca suficientes garantías. En efecto, en cuanto a su aplicación, puede entenderse como exigencia diferida al momento inmediatamente posterior al caso que se resuelve o bien como una conminación a cambiar la línea en un futuro indefinido. En el primer supuesto, las garantías procesales en los casos inmediatamente subsiguientes al decidido sufrirán exactamente la misma afectación que supuestamente se pretende evitar con el diferimiento de los efectos de la nueva interpretación. En efecto, supóngase que en la Sala inmediatamente posterior a la presente, se conozca otro caso con un supuesto de hecho similar al sublite. Frente a este caso, habrá inevitablemente un cambio de jurisprudencia que las partes no pudieron prever y frente al cual no pueden tomar acción alguna, puesto que ya se han agotado las instancias de intervención. Tratándose de un supuesto fáctico que dista mucho de ser excepcional, en el medio judicial colombiano, tampoco es razonable diferir la aplicación de la jurisprudencia más justa a un supuesto en el que los casos con igual o similar situación fáctica, iniciados antes de la sentencia que



anuncia el cambio de jurisprudencia, hayan sido resueltos, pues ello conllevaría una espera de décadas, dado el conocido estado de congestión que aqueja sistemáticamente a la rama judicial y, de modo especial, a la jurisdicción contenciosa, en particular a esta Sección. Es de anotar, además, que resulta posible que cuando se pretenda aplicar el pretendido anuncio, el estado de la cuestión no lo permita.

Por otra parte, la interpretación según la cual la jurisprudencia anunciada se aplicará en un futuro indeterminado, equivale pura y simplemente a negar el cambio de jurisprudencia, toda vez que deviene en una simple manifestación de buenos deseos. En el fondo, consiste en decir que la jurisdicción aspira a que algún día se corrija una situación de injusticia que ella misma reconoce pero confirma.

Toda vez que en los supuestos en que se acepta la aplicación del cambio de línea a los casos inmediatamente subsiguientes, la figura de la jurisprudencia anunciada no evita significativamente los efectos negativos de la variación jurisprudencial (solo lo hace respecto del caso concreto examinado) y que, en los supuestos en los que la aplicación del cambio se difiere a un futuro indeterminado, realmente no existe la variación de la jurisprudencia exigida en justicia, se impone la conclusión de que la figura de la jurisprudencia anunciada es ineficaz para cumplir los fines que persigue. Y, toda vez que la idoneidad y eficacia es criterio de razonabilidad y, por ende de legitimidad, de cualquier medida que comporte restricción de los derechos (en este caso, el de reparación), se sigue como inconcuso, que la figura referida, es improcedente, al menos en el ámbito de la acción de reparación directa.

3) Sobre la contradicción implícita en el reconocimiento del daño y la negación de su reparación

Si en términos generales se puede decir que la figura de la jurisprudencia anunciada en nada contribuye a los fines que supuestamente pretende buscar y, en su lugar, desdibuja la función judicial, en tanto que se convierte en declaración de tolerancia a una injusticia reconocida, en el caso de la acción de reparación directa el grado de desnaturalización es todavía mayor.



En efecto, existen instancias excepcionales en que por la índole de la acción, puede el juez reconocer una injusticia o disfuncionalidad sistemática y, al mismo tiempo, desestimar las pretensiones por no ser objeto directo de la acción. No ocurre lo mismo en el caso del reconocimiento del daño en el caso de la acción de reparación directa.

En efecto, como su nombre lo indica, el objeto de esta acción es la reparación del daño antijurídico imputable al Estado, esto es, el cumplimiento del imperativo contenido en el artículo 90 de la Constitución.

De ahí que resulte particularmente sorprendente el hecho de que una sentencia de reparación directa, admita explícitamente la configuración de un daño cierto e imputable al Estado y no ordene la reparación del mismo sino que enuncie la conveniencia de hacerlo a futuro. Y es que, si la vía de la reparación directa se cierra, cabe preguntarse ¿a qué vía pueden acudir los asociados para reclamar por los daños que no tenían que soportar? No se trata de una cuestión simplemente retórica, pues no está de más recordar que la historia comprueba que cuando las vías judiciales se cierran, la sociedad acude a la autocompensación.

4) Sobre la patente irracionalidad de la sentencia y la vulneración de la pretensión de corrección

Además de desdibujar la función judicial y de contradecir la esencia y la finalidad de la acción de reparación directa, el fallo en comento no satisface los requisitos mínimos de la juridicidad. En efecto, como advierten Alexy y Habermas, todo discurso práctico (dentro del cual se inserta el discurso jurídico) se caracteriza por una pretensión de corrección, de la que deriva su legitimidad. De ahí que sea una contradicción performativa la afirmación de que “esto es derecho pero es injusto”.

Ahora bien, la reparación del daño antijurídico es principio general de derecho de gentes, en tanto reconocido por todas las tradiciones jurídicas, tanto antiguas como modernas, orientales y occidentales¹⁴. Además, está reconocido en tratados

¹⁴ Por mencionar algunas fuentes ajenas a la tradición de origen romano baste mencionar las disposiciones de responsabilidad civil contenidas en el Código de Hamurabi, el el Levítico, o en las disposiciones jurídicas registradas en la China desde las Dinastías Quin (221-a 206 a.C) y Han (206 A.C a201. A.C) .



internacionales de derechos humanos (Convención Americana de Derechos Humanos art, 63), la Constitución Política (art. 90), la legislación civil (2341 Código Civil) y administrativa (Ley 446 de 1998, art.16). A la luz de esta normatividad no hay modo de concluir que, por fuera de las causales de exoneración, un daño imputable al Estado no deba ser objeto de reparación. Más aún, como se ha reiterado en más de una ocasión, la misma sentencia, constituye un reconocimiento explícito de que hay un daño que desborda el lucro cesante y de que debería haber indemnización integral pecuniaria, más allá del salario mínimo.

Ahora bien, la afirmación según la cual se debe reparar, comporta inevitablemente la conclusión de que no hacerlo retiene a la víctima lo que le pertenece, esto es, no dar a la víctima lo que le corresponde que es justamente la definición de injusticia. De ahí que, implícitamente el reconocimiento de un daño imputable al Estado y la negación subsiguiente de la indemnización lleva implícito el reconocimiento de que el fallo es injusto, esto es, el reconocimiento de su propia irracionalidad.

5) La imperatividad de la Constitución y los tratados internacionales y la jerarquía de las fuentes del Derecho

Otra de las deficiencias que comporta la aceptación de un daño que no genera el deber de reparación, tiene que ver con la negación de la imperatividad de la Constitución y de los tratados internacionales. En efecto, como se verá más adelante, la conclusión de que la labor de quien desempeña el cuidado en el hogar, en tanto no esencial pero sí sociológicamente ligado a los imaginarios sobre el sexo femenino, exige una valoración que va más allá de la simple equiparación con el propio de relaciones contractuales, tiene su fundamento en instrumentos internacionales de derechos humanos que directa o indirectamente combaten toda forma de discriminación de género y la minsuvaloración del trabajo femenino. En particular, el imperativo de proscripción de la minsuvaloración de trabajos tradicionalmente considerados femeninos, se prevé en la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el cual, por lo demás, contempla una disposición directamente aplicable a la remuneración del trabajo “en sectores no monetarios de la economía” (art. 14).



Por otra parte y de modo aún más directo, la Constitución Política dispone la reparación del daño antijurídico, de un modo tan radical, que incluso abandona la tradicional dependencia de la declaración de culpa.

Que la necesidad de reparación del daño explícitamente aceptado esté sustentada en normas de rango constitucional y en tratados internacionales de derechos humanos tiene especial significación, toda vez que, su desconocimiento supone necesariamente una inaceptable redefinición de la normatividad.

En efecto, cuando una decisión judicial, por razones de supuesta conveniencia, deja de aplicar un mandato contenido en normas de rango constitucional y exigencias de tratados internacionales sobre derechos humanos, no susceptibles de su revisión no aún en estados de excepción implícitamente atribuye a normas imperativas que no lo permiten un rango inferior de orden programático, a voluntad de los jueces que ni siquiera alcanza el rango demandado.

Ello significa, por una parte, el retorno a un modelo constitucional ya abandonado, en el que la Constitución se entiende únicamente como directriz política no vinculante. La incompatibilidad de este modelo con la intención del Constituyente de 1991, queda patente en el texto del artículo 4 de la Carta en el que se dispone: <<. **La Constitución es norma de normas**. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades>>.

Por otra parte que una autoridad judicial, y una de cierre, relativice el cumplimiento de un precepto constitucional, después de reconocer abiertamente la procedencia de su aplicación, parece especialmente contrario a la definición de la vocación de las autoridades (máxime judiciales), contenidas en el artículo 2 de la Carta Política: “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás **derechos** y libertades, y para **asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares**”, así como de lo dispuesto en el artículo 230 sobre la sujeción de los jueces al imperio de la Ley (en sentido amplio, dentro de la cual se entiende contenida, en primer lugar, la Constitución Política).



Por otra parte, la asección de que un daño, cuyo reconocimiento está en directa conexión con compromisos internacionales suscritos por Colombia en la CEDAW, no es directamente imperativo, conlleva implícitamente la aceptación de una suerte de suspensión judicial de los compromisos derivados del pacto, lo cual contradice, no solamente el mandato del bloque de constitucionalidad, que reconoce máxima imperatividad interna a los tratados internacionales de derechos humanos, sino también las disposiciones del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que no prevé un mecanismo de suspensión judicial de estos instrumentos. A la luz internacional, esta suspensión no aparece como una medida interna necesaria para conservar la seguridad jurídica (cometido que, como se dijo anteriormente, no se cumple) sino un puro y simple encubrimiento.

Las anteriores conclusiones son significativas a la hora de establecer el sistema de fuentes implícito en la sentencia. En efecto que el juez de lo contencioso administrativo pueda decidir cuándo aplicar y cuándo no un imperativo constitucional, hace del juzgador instancia final de creación y determinación del derecho, incluso por encima de las normas supremas. Así las cosas, las garantías constitucionales no son más que sugerencias que el juez puede o no seguir. Dejar la Constitución al arbitrio del juez, por decisión de este mismo hace difícil distinguir su perfil del de los déspotas ab-solutos, que en alguna época también proclamaron su no sujeción a la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el margen de apreciación con el que cuentan todas las autoridades de un Estado con relación a la aplicación e interpretación de los mandatos, deberes y obligaciones convencionales no es ilimitado, ya que es una figura que promueve la integración inevitable del derecho nacional y el convencional en un solo ordenamiento, y al respeto de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la reparación integral consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con carácter universal, y como concreción de los mandatos establecidos en la misma norma en los artículos 1.1, 2 y 29, lo que implica que la sentencia de la Sala no puede postergar, o generar una regla diferida de aplicación de obligaciones convencionales imperativas, inmediatas e instantáneas en su aplicación e interpretación, ya que está comprendido dentro del margen de apreciación (en el que se encuadra la figura de



la jurisprudencia anunciada) desarrollar y proferir todas “*las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”, tal como se consagra en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Opinión Consultiva OC-18 de 2003, la que se funda, a su vez, en la Observación General No 3 del Comité de Derechos Humanos al determinar el alcance del artículo 2 del Pacto Internacional der Derechos Civiles y Políticos. En todo caso, la base del margen de apreciación siempre estará en los estándares convencionales, que para el caso en concreto imponían a la Sala el deber de reconocer y liquidar los perjuicios a favor de la víctima.

6) Sobre la perpetuación de patrones de discriminación de género

Hasta el momento se ha insistido en que la opción de la figura de la jurisprudencia anunciada adolece de una ostensible contradicción interna, que parece inexplicable. Esta perplejidad parece esclarecerse si se analiza a la luz de la perspectiva de género. En efecto, así es posible evidenciar patrones de valoración y estereotipos profundamente arraigados a tal grado que pueden considerarse inconscientes, que subyacen a la argumentación racional y que actúan como motivaciones soterradas. Justamente, su carácter latente o, en terminología marxista, estructural, los hace, hasta cierto punto, inmunes a la crítica, en tanto que difícilmente tienen una manifestación explícita. En efecto, fruto de la progresión en el reconocimiento de los derechos de la mujer, en el siglo XXI, es prácticamente imposible que en una instancia judicial aparezca una declaración explícita sobre la irrelevancia de los derechos de la mujer. Más aún, en casos como el presente, las implicaciones de género pueden quedar ocultas en la medida en que el asunto toca directamente con el daño derivado de la lesión o muerte de personas adscritas a un grupo ocupacional –quienes se dedican al hogar– que no necesariamente está ligado al sexo, puesto que las labores propias del cuidado y administración del hogar pueden ser igualmente ejercidas por hombres o por mujeres.

No se puede desconocer, empero, que histórica y sociológicamente ha predominado un modelo de división del trabajo en el que ha asumido, por una parte,



que el único trabajo socialmente valioso es el que redunde en la producción monetaria y recibe remuneración y, por otra parte, que las labores del hogar son “naturalmente” femeninas.

La conjunción de una actitud que casi atácticamente menosprecia el trabajo y los problemas de las mujeres, a quienes se atribuye una natural subordinación y la también milenaria asociación de la feminidad al cuidado doméstico, explica por qué pueden coexistir las afirmaciones de que el daño sufrido por quien tiene a su cargo el cuidado del hogar no genera realmente obligaciones imperativas de reparación.

Y es que, en efecto, si se parte de la premisa inconsciente de que “los trabajos de las mujeres” son menos valiosos, la conclusión necesaria es que el daño derivado de la pérdida de capacidad para realizarlos es, igualmente, menos grave, que el que se produce ante la imposibilidad de realización de los trabajos típicamente masculinos. De ahí que, implícitamente, quepa la conclusión –siempre implícita– y muchas veces inconsciente– de que asociada al daño causado a la persona que administra el hogar, por desprenderse de un daño “menos grave”, es menos imperativa.

La aporía lógica observable desde el análisis meramente formal de la argumentación de la sentencia empieza a explicarse si se tiene en cuenta la persistencia de paradigmas valorativos según los cuales, el daño asociado a la anulación de la capacidad para un trabajo socialmente asociado a la feminidad es un daño de segunda categoría, una lesión especial, menos grave, respecto de la cual no necesariamente aplican las normas indemnizatorias destinadas a los daños “reales”. En otras palabras, las deficiencias lógicas observables en el paradigma A entonces B, pero dado A entonces no B, se explican si se considera que A es realmente A' por lo que la consecuencia B, no se sigue con necesidad.

7) Economía del cuidado. Consideraciones adicionales sobre el carácter “aplazable” de la indemnización del daño

La existencia de un patrón patriarcal estructural en la argumentación mayoritaria se corrobora, por lo demás, si se compara la opción seguida por la Sala con decisiones ya adoptadas en otros ámbitos no asociados con los roles y estereotipos de género.



En efecto, no es la primera vez que la Sala reconoce un daño que deborda las categorías canónicas del lucro cesante, daño emergente y perjuicio moral. Por el contrario, hoy es indiscutiblemente aceptada la procedencia de indemnización de perjuicios por la alteración de la salud y por violación de derechos constitucionales y convencionales. En ninguno de los dos casos la Sala ha optado por diferir la reparación de estos daños a instancias futuras y eventuales para la preservación de la seguridad jurídica.

Más aún, en los otros casos de violación de derechos constitucionales y convencionales (recuérdese que esta es la categoría en la que se engloba el perjuicio que excede el salario mínimo reconocido en el lucro cesante), la Sala no ha tenido problema alguno en fallar incluso de modo *extra petita*, pues ha entendido que el imperativo de la reparación integral prevalece sobre el ritualismo procesal. En estos casos no se ha visto escandaloso variar los criterios de indemnización tradicionales e incluso relativizar normas asociadas a principios como el del carácter rogado de la justicia, o la congruencia, para dar cumplimiento al imperativo de la reparación integral.

Sin embargo, resulta paradójico que, en los casos en los que el daño se encuentra asociado a los oficios estereotípicamente femeninos, la misma categoría de daños derivados de la violación de derechos constitucionales y convencionales se torne, súbitamente, no inmediatamente indemnizable. Que los derechos usualmente asociados a una población históricamente desprotegida y minusvalorada sean justamente aquellos cuya protección e indemnización se considera “menos acuciante” difícilmente puede ser considerado una simple coincidencia. Sugiere la idea de que, aunque explícitamente se reconozca la violación de un derecho y formalmente se utilice el lenguaje de los derechos, revela que quien juzga así entiende que lo que está en juego no es un bien jurídico efectivamente debido, sino una simple concesión, no debida en justicia, sino dispensada por graciosa generosidad. No se reconoce un derecho, se hace un favor.

En cualquier otro ámbito de la reparación, la aceptación explícita de que la jurisprudencia precedente no alcanza a reconocer la magnitud del daño y de que es necesario variar la jurisprudencia daría lugar, como de hecho lo ha hecho, a una



variación de los criterios indemnizatorios. Empero, en el caso sublite, se observa cómo la Sala expone, in extenso, las razones por las que la jurisprudencia sentada desde 1990 (sentencia de 24 de octubre de 1990, exp. 5902, C.P. Gustavo De Greiff Restrepo) no se corresponde con la magnitud del daño, se detiene en un copioso estudio de cómo tradicionalmente se ha descuidado la “economía del cuidado”, e inmediatamente, reitera esa jurisprudencia de 27 años, calificada de insuficiente y obsoleta. Ante tal situación conviene preguntarse, ¿por qué frente a los derechos de las mujeres y solo ante los derechos de las mujeres, un error de 27 años no debe ser inmediatamente corregido? ¿Sería aceptable esta postura si se tragara, por ejemplo, de derechos de los niños o relacionados con ocupaciones tradicionalmente masculinas?

8) Sobre la incorrecta comprensión de la economía que subyace en la sentencia.

Aparte de las implicaciones de género que se observan en la sentencia en comento, conviene señalar que, adicionalmente, esta se suscribe a una comprensión de la economía incompatible con la constitución y la dignidad humana. En efecto, aunque la sentencia explícitamente cita fuentes que corroboran el aporte de las labores domésticas a la economía nacional y mundial (concretamente, lo cuantifica en un 19% del PIB), da una connotación “no económica” a “funciones” que exceden lo que un trabajador del servicio doméstico haría por el salario mínimo. En otras palabras, identifica un área de actividades que escapan a una tasación precisa en términos monetarios y, a partir de ello, la sitúa en una esfera metaeconómica.

Ello evidencia una concepción reduccionista de la actividad económica, una limitación de la misma a lo cuantitativo y lo monetario, y la exclusión deliberada de actividades que contribuyen al desarrollo de las capacidades humanas, verdadero objetivo de la economía. Que esta última disciplina sea concebida como simple arte de la acumulación y de lo cuantitativo, tiene consecuencias problemáticas, en la medida en que, mediata o inmediatamente, contribuye a la perpetuación de los paradigmas económicos que privilegian a la producción sobre lo propiamente humano y en la que la actividad de las personas queda constantemente reducida a mera pieza del engranaje productivo.



9) Una aclaración necesaria: sobre los planos de predicación en lo esencial y lo sociológico

Aparte de lo dicho hasta el momento sobre las inconsistencias argumentativas y de reiteración de los paradigmas patriarcales y utilitaristas, que ameritan el salvamento parcial de voto, considero necesario aclarar el voto respecto del sentido en que se ha hablado en la sentencia del trabajo “de amo(a) de casa”, como ocupación femenina y la minusvalorización del mismo como forma de perpetuación de modos de pensamiento que dan por sentada la subordinación de la mujer.

En efecto, la descripción del problema de la valoración del trabajo doméstico como un asunto de género y de desprecio del aporte de la mujer a la sociedad, se debe única y exclusivamente al hecho, histórica y sociológicamente comprobable de que *de facto*, este se ha sido realizado tradicionalmente por mujeres, hasta el punto de crearse la identificación del estereotipo de lo femenino alrededor de esta clase de ocupaciones.

Empero, lo anterior no puede ser entendido como un reconocimiento de que los trabajos domésticos sean esencialmente femeninos o de que las situaciones en las que el hombre tenga una dedicación completa a ellos o la mujer asuma posiciones tradicionalmente asociadas a la producción sean irregulares.

FECHA UT SUPRA

**STELLA CONTO DÍAZ DEL
CASTILLO**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**