

ANÁLISIS DE LAS RECIENTES SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN PARA LA REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES EN CONSONANCIA CON LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Andrés Orión Álvarez Pérez¹

Resumen

El presente escrito pretende hacer una reseña sobre los recientes pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que recopilan la línea jurisprudencial, y establecen criterios de unificación², con las consecuencias jurídicas que ello implica, para la reparación de los perjuicios inmateriales, precisando sus alcances, las cuantías, la legitimidad de las víctimas indirectas, y la tipología actual de los perjuicios inmateriales.

Esta reseña jurisprudencial, de gran actualidad y vigencia, deberá estar antecedida, con la mayor capacidad de síntesis posible, de los antecedentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de los perjuicios inmateriales, que nos permita contextualizar y entender con mayor claridad, el estado actual del arte respecto al tema propuesto.

Por ello haremos un breve recorrido por el estado de la Jurisprudencia Colombiana en relación con la forma, en que la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha abordado el asunto, su origen, evolución, orientaciones y desde luego, estado actual con la reseña de las sentencias referidas, lo cual permitirá al lector tener claro el panorama, desde su origen en 1922, hasta la fecha de este escrito, octubre de 2014, indicando que la cronología y las fechas son de suma importancia frente a la evolución y cambios que se nos presentan día a día respecto del complejo asunto del perjuicio inmaterial; que implican daños de naturaleza subjetiva, producto del dolor interno, la depresión, la angustia, la tristeza, “el achicamiento del alma” en términos del profesor Jorge Mosset Iturraspe, en fin, de sentimientos íntimos del ser humano, que con tanta variedad, y si se quiere creatividad, han sido abordados por nuestra nutrida jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Daño moral, daño fisiológico, daño a la vida de relación, alteración de las condiciones de existencia, daño biológico, daño a la persona, daño a la salud, bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, indemnización integral, y sentencias de unificación jurisprudencial.

¹ Abogado Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, Director de la Revista Responsabilidad Civil y del Estado y Presidente del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE. arion@andresorionabogados.com

² Documento final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales, Sección Tercera, Consejo de Estado.

SUMARIO:

- Introducción
- Daño moral
- Perjuicio fisiológico
- Daño a la vida de relación - Alteración de las condiciones de existencia
- Daño a la salud
- Precedente jurisprudencial obligatorio
- Síntesis de la reciente unificación jurisprudencial

1. Introducción

El objeto del trabajo se centrará en el análisis de la permanente evolución jurisprudencial de los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien es cierto que en Colombia se presentan en ocasiones contradicciones y tratamientos diferentes en la jurisdicción contencioso administrativa de competencia final de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con respecto a los pronunciamientos de la jurisdicción civil ordinaria de competencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en esta reseña nos concentraremos exclusivamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por ser allí donde se ha producido este histórico, y tal vez sin antecedentes “Documento Final”, de agosto 28 de 2014, contentivo de una extensa y omnicomprensiva recopilación y unificación de jurisprudencia respecto de la reparación o compensación de los perjuicios inmateriales.

Es por ello que abordaremos, aunque someramente, el análisis del recorrido jurisprudencial tanto de los perjuicios morales, como de los llamados perjuicios fisiológicos, daño a la vida de relación, alteración de las condiciones de existencia y daño a la salud, desde sus orígenes, precedentes, avances, cambios de pauta, y evolución, hasta la actual y vigente tipología del perjuicio inmaterial, que incluye además los daños por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados³.

Como es sabido, podemos decir que los perjuicios inmateriales son aquellos quebrantamientos a bienes que no tienen un contenido económico o no son susceptibles de una valoración patrimonial en términos precisos y objetivos, pero que al ser bienes jurídicos, deben ser protegidos por el ordenamiento, y una vez verificado que existe un menoscabo en la facultad de ejercerlos plenamente, deben ser indemnizados. Dentro de este tipo de perjuicios la doctrina tanto nacional como extranjera ha incluido entre otros, para referirse a los daños

³ “Los daños inmateriales: Estado de la Jurisprudencia en Colombia y en el Derecho Comparado”, Andrés Orión Álvarez Pérez. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho, Tomo I, Biblioteca Jurídica Diké, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Pontificia Bolivariana, IARCE, octubre 2011, Obra publicada en Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo.

inmateriales, los llamados daños a la integridad física, estéticos, biológicos, a la persona, a la salud, existenciales, al honor, al buen nombre, sexuales, perjuicio al agrado, o perjuicio de desagrado, daño al proyecto de vida, perjuicio al goce de vivir, alteración en las condiciones de existencia, daño sicofísico, a los placeres de la vida y a la serenidad familiar; sin embargo la Jurisprudencia Colombiana se ha referido, con marcadas variaciones y ajustes, al daño moral⁴, daño fisiológico⁵ o daño a la vida de relación⁶, alteración de las condiciones de existencia, y daño a la salud⁷, aunque con algunos avances que oportunamente referiremos.

La mayor polémica en torno al reconocimiento de los perjuicios inmateriales surge de la dificultad de aportar una prueba sobre la existencia y la medida de su cuantificación, ya que al tratarse de afecciones que consisten en sufrimientos y padecimientos propios del fuero interno del individuo, de esa angustia, pesar, congoja, tristeza, depresión, se torna compleja su demostración. Sin embargo, puede decirse que dicha dificultad no lo hace imposible e incluso algún sector de la doctrina, como Adriano de Cupis, considera que «a veces es evidente la existencia del daño consistente en el dolor moral». Y además que «el daño no patrimonial no se agota en el dolor, ya que en su más amplia acepción, como lesión de un interés personal no patrimonial, está íntimamente ligado a la violación del derecho de la personalidad en forma y manera tal que la prueba de su violación contiene en sí la prueba de su existencia»⁸; igualmente, el doctor Juan Carlos Henao menciona que «basta que el juez tenga la convicción de que la

⁴ La primera vez que nuestra jurisprudencia reconoce y ordena indemnizar el daño moral es en el llamado fallo Villaveces, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 21 de julio de 1922, cuyo magistrado ponente fue el doctor Tancredo Nannetti. En esta ocasión, se ordenó construir un monumento como reconocimiento a la memoria de la esposa muerta, pues los restos de ésta habían sido exhumados sin autorización del demandante.

⁵ Posteriormente, a través de Sentencia del 14 de febrero de 1992, magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo, la Sección Tercera del Consejo de Estado en el caso de *Mariana Barazutti Chiapolino*, reconoce la existencia del perjuicio fisiológico como un nuevo daño inmaterial, aunque anteriormente el Tribunal Superior de Antioquia había hecho valiosos aportes en este sentido. Cabe precisar que el avance definitivo se hizo por medio de sentencia del Consejo de Estado del 6 de mayo de 1993, magistrado ponente Julio César Uribe Acosta, en dónde se le reconoció autonomía a este perjuicio frente al daño moral. A pesar de ello, dicho reconocimiento resultó contradictorio en tanto que otorgó una suma de dinero a una persona lisiada para que sufragara el costo de una silla de ruedas necesaria para su movilización, cubriendo de esta forma una manifestación del daño emergente (valor de la silla), sin incluir el concepto de perjuicio fisiológico definido.

⁶ Durante varios años el Consejo de Estado se cuestionó la verdadera procedencia o adecuación del término «perjuicio fisiológico»; así, en una aclaración de voto a la sentencia 12499 del 13 de junio de 1997, el magistrado Ricardo Hoyos Duque menciona: «El adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.)»; explicándose posteriormente por la misma corporación que dicha denominación de *fisiológico* se debe a una infortunada traducción de una sentencia de la Corte de Casación francesa; finalmente, y sólo a partir del 19 de julio de 2000, la jurisprudencia colombiana cambia la concepción de perjuicio fisiológico, con la sentencia 11842 del Consejo de Estado, por la de «daño a la vida de relación».

⁷ Sentencias gemelas, Sección Tercera Consejo de Estado, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Expedientes 19.031 y 38.222, septiembre 14 de 2011.

⁸ De Cupis, *El Daño*: 764.

víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda»⁹.

Sobre los límites establecidos para su tasación, hemos encontrado, sin que el objeto del escrito permita el tiempo y el espacio para un análisis exhaustivo, que han variado desde los 1.000 gramos de oro, llegando a los actuales 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes¹⁰; con algunos cambios entronizados respecto de los topes, ahora, con la referencia jurisprudencial que se presenta, definiendo unos límites frente a cada hipótesis dañina y el grado de cercanía con la víctima, abordando como gran novedad una tasación o determinación al más parecido contenido de los Baremos Españoles, siendo esta, y la consagración de la nueva categoría del daño inmaterial, por la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, las grandes novedades de las presentes sentencias; además de la estructuración de un verdadero trabajo en equipo, que permitió a la Sección Tercera de la alta Corporación Colombiana, abarcar los diferentes escenarios indemnizatorios, en ocho sentencias, todos en una misma fecha, que sin duda será histórica, agosto 14 de 2014.

2. Daño moral

2.1. Origen jurisprudencial.

No podemos hablar del origen del daño moral en Colombia, sin hacer referencia a la sentencia del caso Villaveces. Este es sin duda el nacimiento jurisprudencial del daño moral en nuestro país, para lo cual es pertinente citar al miembro del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, docente e investigador, Dr. Obdulio Velásquez Posada¹¹:

«En síntesis puede decirse que en el caso Villaveces el señor León Villaveces demandó al Municipio de Bogotá para que se le indemnizara los daños materiales y morales que le causaron con la destrucción de un mausoleo de su propiedad y la desaparición de los restos mortales depositados allí de su difunta esposa Emilia Santamaría. Los empleados del cementerio, por descuido, exhumaron los restos de la señora Emilia Santamaría y los depositaron en una fosa común.

«Señaló la Corte que el perjuicio no patrimonial puede ser por ofensa a la honra o a la dignidad personal o causando dolor o molestia, abriendo así la posibilidad del reconocimiento de otros daños extrapatrimoniales diferentes al moral¹². En sentir de Tamayo Jaramillo, dicha sentencia “sentó las premisas suficientes y necesarias para estructurar toda una teoría de los perjuicios extrapatrimoniales [...] expresamente el fallo acepta la existencia de varios

⁹ Heno, J.C., 1998: 244.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, septiembre 6 de 2001, C.P. Alier Hernández Enríquez, Radicado 13.232-15.646

¹¹ Responsabilidad Civil Extracontractual, Segunda edición, Universidad de La Sabana - Editorial Temis, Velásquez Posada, Obdulio, 2013

¹² Tamayo Jaramillo, 2007: 486 (la nota al pie de página pertenece al texto citado de Velásquez Posada y se ha adecuado al formato de citas empleado en esta publicación).

perjuicios extrapatrimoniales, todos ellos indemnizables, uno de los cuales es el denominado perjuicio moral subjetivo o de afección»¹³.

2.2. Concepto.

Se trata del *pretium doloris*, o precio del dolor. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha empleado variedad de descripciones y definiciones del daño moral. Así por ejemplo en 1991 lo definió como el «deterioro en patrimonio moral por el daño ocasionado en los derechos como el de la personalidad, derecho a la vida, cuerpo, salud, etc., de sí mismo o de un familiar»¹⁴. En otra ocasión la Corte lo describe como la «consecuencia de un dolor psíquico o físico»¹⁵.

En ocasiones las definiciones son más descriptivas y se dice que el perjuicio moral es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como «la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece»¹⁶.

En ocasiones se le define como vulneración a «intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento»¹⁷. «La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza»,¹⁸ se afirmó en otra ocasión¹⁹. En síntesis estamos frente al dolor interno de una persona por afectaciones graves en su estado de salud, honra, bienes, que generan tristeza, angustia, depresión, pesar, congoja, en fin, una serie de sentimientos propios de la persona humana, que afectan su estado sicofísico, pero que por su contenido subjetivo, en ocasiones se hace difícil su cuantificación, naturalmente carente de patrones objetivos, científicos y materiales.

Una vez precisados los anteriores aspectos del daño moral, podemos decir que éste se refiere al íntimo sufrimiento o dolor que padece el individuo y que por lo tanto lesiona su integridad psicológica y espiritual, aunque puede ocurrir que dicho padecimiento se torne permanente y/o patológico, afectando aspectos psíquicos

¹³ Tamayo Jaramillo, 2007: 125. En el año 2003 publicamos –escribe Velásquez Posada– un artículo en que analizamos la expansión de los daños extrapatrimoniales, sus límites y críticas cfr. VELÁSQUEZ P., O., 2003: 63 y ss. (la nota al pie de página pertenece íntegramente al texto citado de Velásquez Posada y se ha adecuado al formato de citas empleado en esta publicación).

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de septiembre 9 de 1991, .GJ, t. CCXII, No. 2451, pp. 78-88.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 17 de agosto de 2001, exp. 6492, magistrado ponente Jorge Santos Ballesteros.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 5 de 1999, exp. 4978, magistrado ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 20 de 1941, GJ, t. LI, No. 1971-1972.

¹⁸ Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia d de junio 20 de 1941, GJ, t. LI, Nos. 1971-1972. El Consejo de Estado, en sentencia del 31 de enero de 1989, expediente 5284, reconoció perjuicios morales a los autores de un diseño que fue reproducido sin su autorización en la emisión de una estampilla por la administración postal, que además omitió el nombre de sus creadores en la misma. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia abril 13 de 2000, exp. 11892.

¹⁹ Cfr. Velásquez P., O., 2009: 69.

que no se refieren simplemente a los sentimientos o relaciones afectivas; en ese caso estaríamos en la órbita de otro tipo de perjuicio como el daño a la vida de relación, o daño a la salud cuyo análisis abordaremos con posterioridad. Dada la apretada síntesis a que nos comprometimos con el objeto del presente escrito, no ahondaremos más en el tema, pero es conocida la nutrida doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera al respecto. Sin duda el estudio del daño moral, deberá ser objeto de otro escrito con referencia exclusiva al tema.

3. Perjuicio fisiológico

En general, se puede afirmar que el perjuicio fisiológico consiste esencialmente en las limitaciones que se causan a la víctima para realizar algunas actividades que hacen más placentera y grata la vida del individuo, afecta directamente su desarrollo funcional, el desenvolvimiento psicosocial, como perder la capacidad psicomotriz impidiendo la práctica de algún deporte, o no poder caminar por sí mismo; en otras palabras, el perjuicio fisiológico consiste en los cambios que inciden de manera negativa en las condiciones de salud y existencia de la víctima.

No obstante se debe precisar que esta denominación fue recogida por el Consejo de Estado colombiano, mediante sentencia de julio 19 de 2000, al abordar un profundo análisis sobre la conveniencia y necesidad de desecharlo, para avanzar a una concepción más amplia y omnicompreensiva, como es el daño a la vida de relación, el cual pasamos a analizar, precisando como referíamos al comienzo, que su origen jurisprudencial se produce en Colombia mediante sentencia del Consejo de Estado proferida el 6 de mayo de 1993, Magistrado Ponente Julio César Uribe Acosta, en donde se le reconoció autonomía a este perjuicio frente al daño moral.

4. Daño a la vida de relación

Expresión de origen Italiano, dentro del cual se fueron introduciendo todas las repercusiones del daño sobre las actividades no productivas del sujeto, indemnizables con independencia de la prueba del daño patrimonial causado en la víctima. Se trata de una clase de daños derivada de una lesión corporal, que impedía a la víctima desarrollar actividades diferentes a las laborales, como recreativas, sociales o rutinarias de la independencia del ser humano, definido por la Corte de Casación de Italia, como «daño que implica un menoscabo de la llamada capacidad del individuo, de concurrir con los otros sujetos, a las relaciones sociales y económicas, y bajo este aspecto, también el ingrediente estético tiene una influencia patrimonial, al reflejarse sobre las disminuidas capacidades de expansión y de afirmación del sujeto, ya en el campo profesional, ya en el campo extralaboral», precisando que en Colombia se reconoció en su «vigencia» con un claro contenido extrapatrimonial o inmaterial, además con componentes que van más allá del daño estrictamente corporal.

Contrario a lo que sucede con el perjuicio fisiológico, el daño a la vida de relación se reconoce tanto a víctimas directas como a terceros o víctimas indirectas, y encuentra su fuente en la lesión tanto de la integridad psicofísica (salud física o mental), como de cualquier otro bien de la personalidad, considerados como aquellos que integran el patrimonio estrictamente personal del ser humano, carentes por regla general de valor pecuniario, la mayoría de los cuales constituyen derechos fundamentales; en otras palabras, estos bienes son los atributos que conforman la propia esencia del individuo y con los que despliega su potencialidad como ser revestido de dignidad, autonomía e independencia, así, el uso, goce y disfrute de estos derechos constituyen el presupuesto indispensable para el desarrollo del hombre, afectando los actos cotidianos, placenteros y externos de su vida, así como la interacción con las cosas mundanas, lo que podría conducirnos a la novedad que se presenta en estas recientes sentencias de unificación de agosto de 2014, sobre la “afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”.

Al igual que sucedía inicialmente con el daño moral, el Consejo de Estado ha convertido este perjuicio en un género el cual puede abarcar una infinidad de diferentes perjuicios que son independientes, por ser producto de la violación a otros bienes jurídicos, como la reputación (honor), la vida, la salud, la intimidad, la identidad (nombre), la libertad, el núcleo familiar, entre otros.

Acudiendo al Derecho comparado, el amplio concepto de daño a la vida de relación usado por la jurisprudencia colombiana, se asemeja al perjuicio definido por la jurisprudencia francesa como «*prejudice d'agrément*», el cual se entiende como la disminución de los placeres de la vida causados por la imposibilidad o la dificultad de entregarse a ciertas actividades normales o de placer, si se quiere rutinarias, como caminar, bailar, desplazarse con autonomía e independencia de ayudas externas, mecánicas o personales, que hacen la vida agradable, que brindan placer, que ponen en igualdad de condiciones a la persona con sus semejantes. Otras denominaciones que ha tenido en Francia este perjuicio, son «perjuicio de placer» y «daño por alteración de las condiciones de existencia». En Italia también se conocen los conceptos de «daño de relación» y de «daño biológico»; sin embargo, la doctrina italiana aplica éste último, sólo al campo de las lesiones personales. En el derecho anglosajón, se conoce como «*loss of the amenity of life*», concepto bajo el cual se indemniza la pérdida o disminución de la capacidad de la víctima para hacer las cosas que normalmente hacía y para disfrutar de la vida en términos generales²⁰; derecho comparado sobre el cual volveremos posteriormente.

Sobre el cambio de denominación, o más bien, el reemplazo que referenciábamos, de «perjuicio fisiológico» por la expresión «daño a la vida de relación», es pertinente citar un aparte de la sentencia proferida por el Consejo de Estado:

²⁰ Álvarez P., O. y Martínez R., P., 2006: 188.

“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 aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extramatrimonial, 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 la sufre. Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión préjudice d’agrément (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo. Es por esto que, como se anota en el fallo del 25 de septiembre de 1997, algunos autores prefieren no hablar de un perjuicio de agrado, sino de desagrado. Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento, que, para una persona normal, resulta muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente. Resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación.”²¹.

5. Daño a la salud.

Para finalizar esta apretada síntesis respecto del caso colombiano, que como observamos, su origen, desarrollo, contenido y avances ha sido más de origen jurisprudencial que legal, es pertinente citar dos pronunciamientos de 2011, denominadas “*las sentencias gemelas*”, conocidas así en la doctrina, y en el entorno académico, por ser proferidas el mismo día, por el mismo Magistrado, y sobre el mismo tema, modificando sustancialmente la tipología del daño inmaterial.²²

Estas sentencias recogen, esto es, reemplazan la categoría analizada precedentemente del daño a la vida de relación, o la fugaz alteración de las condiciones de existencia, regresando a la original denominación de daño fisiológico, daño biológico, daño corporal, pero puntualizada su denominación finalmente en el daño a la salud. Hasta aquí entonces, para armonizar y precisar, tenemos, respecto del daño inmaterial, DAÑO MORAL Y DAÑO A LA SALUD, repito, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que marcha, inexplicablemente por caminos diferentes, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

²¹ Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, sentencia de julio 19 de 2000, exp. 11.842, Magistrado ponente Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

²² Sección Tercera Consejo de Estado, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Expedientes 19.031 y 38.222, septiembre 14 de 2011

Aquí nos encontramos descendiendo a la protección de diversos derechos fundamentales como el de la dignidad humana, de la intimidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, la salud y la vida, entre otros, lo que pone de presente que la institución del derecho de daños no puede ser inferior a las «coberturas» otorgadas por la Carta Política, de manera que aunque se afirme que el sistema de sofisticación de daños reparables o de la institución de la responsabilidad civil va de la mano con el desarrollo económico de las naciones, en este y cualquier caso, debemos atender el principio de la reparación plena e integral del daño, al margen de las clasificaciones, tendencias o tipología que se hayan establecido legal o jurisprudencialmente en las diversas latitudes.

Superadas pues las restricciones o la necesidad de enmarcar en una u otra categoría –patrimonial o no patrimonial– el mencionado daño a la salud, tenemos que, en la discusión inicial referida, en el daño a la salud se comprometía la posibilidad de satisfacer las necesidades materiales, al generar en la víctima la imposibilidad total o parcial de producir ganancias o rentas, lo que definitivamente mutó a una concepción mas amplia, en el entendido de que con el daño a la salud se afecta el bien salud en si mismo, con autonomía e independencia, y adicionalmente con la consecuente imposibilidad de satisfacer necesidades inmateriales. Igual tratamiento se otorga en Francia, donde claramente los perjuicios fisiológicos, dentro de los cuales se incluye el daño a la salud, pertenecen a la tipología de los daños extrapatrimoniales, que pretenden salvaguardar la dignidad de la persona humana y la integridad física de la persona, bienes jurídicos extraños a cualquier tipo de valoración exacta, actuarial y objetiva, al margen desde luego, de la legitimidad que este daño genere para la reparación de los perjuicios materiales.

5.1. Aproximación al concepto de daño a la salud

Podemos concluir, con este nuevo concepto, que debe entenderse por daño a la salud, en términos resarcitorios «cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida y con independencia de su capacidad para producir réditos»²³.

El daño a la salud es de gran amplitud, dado que abarca el estado de bienestar integral de la persona²⁴, y por tanto comprenderá las actividades normales y rutinarias del ser humano, ordinarias, laborales, profesionales, recreativas, didácticas, sexuales, de relación social, deportivas, estéticas, entre otras.

5.2. Consagración jurisprudencial en Colombia

²³ Bona, M., «II danno biologico», en *Il danno alla persona*, cita traída por Cortés, E. (2009: 132).

²⁴ Entiéndase por salud, según la Organización Mundial de la Salud, «un estado de completo bienestar psíquico, mental, físico y social, experimentado por la persona [...]». Cfr. <http://www.who.int/es> [visita de junio de 2011].

Acudiendo a nuestra fuente jurisprudencial, y en especial a las referidas sentencias gemelas, tenemos entonces respecto a la determinación de su contenido, lo siguiente²⁵:

“El problema de asimilar la tipología del daño a compartimentos abiertos en los que se pueden llenar o volcar una serie de bienes o intereses legítimos genera problemas en sede de la reparación integral del daño y los principios de igualdad y dignidad humana que deben orientar el resarcimiento de aquél. En efecto, con la implementación en Colombia de los conceptos de “daño a la vida de relación” de raigambre Italiano y la “alteración a las condiciones de existencia” de estirpe Francés, se permitió que se implementaran en nuestro ordenamiento jurídico unos tipos de daños abiertos que en su aplicación pueden desencadenar vulneraciones al principio de igualdad material.

Entonces, resulta necesario que se sistematice la indemnización del perjuicio inmaterial en Colombia para determinar cuáles son los perjuicios inmateriales resarcibles –diferentes al daño moral–, pues con la tipología vigente no se define con claridad: i) si se indemniza el daño por sí mismo o lo que la doctrina denomina el “daño evento”, o si por el contrario se reparan las consecuencias exteriores de ese daño “daño consecuencia”, ii) cuáles son los bienes, derechos o intereses legítimos que tienen cabida en el plano de la responsabilidad y, por lo tanto, que ostentan el carácter de indemnizables, y iii) si el daño derivado de lesiones psicofísicas es posible resarcirlo a través de criterios objetivos y que contengan estándares que garanticen el principio de igualdad, toda vez que frente a una misma lesión podría eventualmente declararse una idéntica o similar reparación.

(...)

Así las cosas, con la aserción contenida en la sentencia de primera instancia según la cual el “perjuicio fisiológico” debe entenderse incluido en “el daño a la vida de relación” o la “alteración de las condiciones de existencia” –nombre acogido de manera reciente en algunas providencias para denominar el daño a la vida de relación pero con idéntico contenido y alcance– genera una mayor problemática en el manejo de la tipología del perjuicio inmaterial, pues no es adecuado entender que el perjuicio fisiológico, daño biológico o a la salud es una expresión de la mencionada categoría. Asimilar el daño a la salud o perjuicio fisiológico como una expresión del daño a la vida de relación, entroniza la entropía en materia de ontología jurídica, cuando no se distingue que el daño a la vida de relación y la alteración de las condiciones de existencia no son ni perjuicio moral, ni fisiológico, sino entidades con autonomía que no amparan o protegen la órbita interna o afectiva de la persona, como tampoco su integridad psicofísica o derecho a la salud, sino otra gama de intereses legítimos que son relevantes para la responsabilidad.

²⁵ Sección Tercera, Consejo de Estado Colombiano, septiembre 14 de 2011, Expediente 19.031, Actor: Antonio José Vigoya Giraldo y otros, demandado, Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Radicado 05001232500019940002001.

En efecto, es forzoso regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que es el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.

Desde esa perspectiva, es claro que el derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole que han significado que se ajuste a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad. De otro lado, lo que podría denominarse como la “constitucionalización del derecho de daños”, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil.

En nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), así como los inmateriales, género éste en el que se han decretado condenas por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, categoría esta última en la que desde que fue reconocida por primera vez en 1993, ha sido denominada de diversas formas, en ocasiones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de existencia”, pero con un sustrato idéntico, esto es, la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones del sujeto con su entorno.

En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 1993, la Sección Tercera puntualizó lo siguiente:

“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..... A quienes sufren pérdidas irremediabiles es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO...”

Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia –entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula–, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material –es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables–. En consecuencia, esa naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc.

(...)

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.), para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

*Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. **Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.***

(...)

En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

Ahora, la determinación del monto de la reparación del daño a la salud es el resultado de una estrecha colaboración entre el juez y el médico legista. Se trata desde luego de un asunto interdisciplinario de la mayor trascendencia, en donde cada uno de los profesionales aporta a la indagación de la relación causal, y frente a la prueba acerca de la magnitud del daño, contaremos, en el caso colombiano, con el reconocimiento del Instituto Nacional de Medicina Legal²⁶, o de la Junta Nacional o Regional de Calificación de Invalidez²⁷ o del Centro de Valoración del Daño Corporal²⁸, para citar algunas instituciones activas y preparadas en el tema. Así las cosas, el Juez, sobre la base del dictamen de los expertos y de su pronóstico en cuanto al daño biológico, establece equitativamente la reparación del

²⁶ Cfr. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, resolución No. 001019 del 3 de diciembre de 2004, por medio de la cual se adoptan las guías y procedimientos para la realización de necropsias médico legales y reconocimientos de lesiones personales. Se ha consolidado como el principal organismo científico del sistema judicial colombiano, que aporta las pruebas periciales necesarias para garantizar la objetividad en los procesos judiciales y administrativos [<http://www.medicinalegal.gov.co>]

²⁷ Decreto 1507 de 2014, Manual único para la calificación de invalidez, para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen.

²⁸ Universidad CES [Medellín Colombia], Centro de Estudio en Derecho y Salud, CENDES. Tiene por objeto fomentar las actividades periciales, de consultoría, académicas y de investigación, orientadas a fortalecer la relación entre las ciencias del derecho y las ciencias de la salud, en cuanto cada una requiere de la otra para la prestación efectiva de los servicios donde sea necesario aplicarla [<http://www.ces.edu.co>].

daño a la salud atendiendo a las circunstancias, edad, secuelas, porcentajes de la pérdida de la capacidad laboral –dato importante, tanto para tasar los perjuicios materiales como los inmateriales– ocupación y otras actividades desarrolladas por la víctima.

Entonces, como se aprecia, 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 conseguiría una sistematización del daño no patrimonial²⁹.

Así las cosas, y a manera de síntesis del presente capítulo, podemos concluir que a partir de septiembre de 2011, regresamos a la jurisprudencia de 1993, donde se consagró el daño fisiológico, ahora denominado daño a la salud, conservando hasta este momento, dos perjuicios inmateriales, el daño moral, y el daño a la salud, si el bien jurídicamente protegido es el estado psicofísico de la persona, desapareciendo entonces la tipología o las denominaciones de daño a la vida de la relación y la alteración grave de los condiciones de existencia. Ahí vamos, precisando que todavía nos falta en el desarrollo de la tipología del daño inmaterial.

6. Precedente jurisprudencial obligatorio

El análisis de las sentencias de unificación jurisprudencial, nos conduce necesariamente a determinar la fuente normativa y constitucional de los precedentes obligatorios, que sin ser objeto del presente escrito, nos obliga a hacer una pequeña y hasta superficial mención al tema, para ponernos en contexto frente a su novedad, fuerza vinculante, e importancia actual.

La importancia de los precedentes se ha incrementado con las disposiciones normativas vigentes, y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, lo cual genera dificultades, no solo por la determinación de lo que constituye un precedente, sino también por el lugar que ocupa en la jerarquía normativa³⁰. Lo anterior, sin duda constituye un asunto de novedoso criterio constitucional, frente a la redacción del artículo 230 de la Constitución Nacional que dicho sea de paso no ha sido modificado, para que entre todos los actores de la administración de justicia, vamos emprendiendo la compleja tarea de construir

²⁹ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

³⁰ Benavides, José Luis, Compilador “Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo”, en Colección Temas de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2014.

un sistema de precedentes jurisprudenciales que contribuyan con la eficacia que demanda toda sociedad respecto de la administración de justicia, el acceso a la misma, el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica, valores constitucionales propios de un Estado Social de Derecho, de cara a la verdadera protección de los derechos fundamentales, bajo el arraigo de la también nueva tendencia de Constitucionalización del derecho de daños.

Nuestro sistema jurídico, a diferencia del anglosajón, se reconoce como parte del sistema continental o legislado, en el cual la ley es la única fuente de derecho. Como consecuencia de ello, el papel que se le asigna a la jurisprudencia es el de criterio auxiliar, como lo afirma el art. 230 de la Constitución Política. Tal situación, sin embargo, ha variado de manera sustancial como consecuencia de diferentes sentencias de la Corte Constitucional y, más recientemente, con las expedición de las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), a tal punto que algunos hablan de una “*mutación constitucional*”³¹ que ha terminado por entronizar la jurisprudencia como verdadera fuente del derecho.

El asunto plantea importantes desafíos para el derecho colombiano relacionados con la armonización de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado, así como definir, con toda certeza y claridad, a partir de qué momento los cambios jurisprudenciales resultan obligatorios³².

Al respecto y por razones de espacio, y del objeto mismo del artículo, simplemente referiremos algunas normas y sentencias que reafirman la vigencia del precedente jurisprudencial obligatorio, para autoridades administrativas y judiciales, y así dejar sentado de contera la importancia entonces de las sentencias dictadas “en grupo”, todas con propósito de unificar jurisprudencia en relación con los perjuicios inmateriales, que pasamos a continuación a esbozar, o si acaso a referenciar; reiterando que se trata de un documento que hace historia, en tanto se recopilan ocho sentencias con dicho propósito.

Las normas y la jurisprudencia anunciada son: Ley 1437 de 2011, artículos 3, 10, 102, 256, 257, 269, 270 y 271; a cuyas normas antecedió frente al tema la Ley 1395 de 2010. También ha dicho la Corte Constitucional que frente al desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley y limita sustancialmente dicho alcance, procede la acción de tutela como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado, al respecto ver sentencias T-123 de 1995, T-1625 de 2000, T-1031 de 2001, SU-1184 de 2001, T-

³¹ . Carlos BERNAL PULIDO. *El precedente en Colombia*. Revista de Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, No. 21, diciembre de 2008. P. 87 y ss.

³² Hoyos Duque, Ricardo. El valor del precedente judicial en la Ley 1437 de 2011. Es la Jurisprudencia fuente del derecho? Publicado en la Revista No. 32 del IARCE, 2013.

462 de 2003, T-698 de 2004, C-590 de 2005, T-296 de 2006 y T-589 de 2010³³. Igualmente las sentencias C-634 de 2011, C-539 de 2011, y C-816 de 2011, entre otras.

Retomando la cita del ex Magistrado, tratadista y miembro del IARCE, Dr. Ricardo Hoyos Duque:

“No existe duda que a partir de la Constitución de 1991 la tendencia en el derecho colombiano es hacer obligatorio el precedente judicial, tanto para las autoridades administrativas como para los jueces, tendencia que en la ley 1437 de 2011 adquiere expresa consagración. Si ese sistema es bueno o no, lo dirá su aplicación práctica. Por lo pronto se advierte que en la forma como fue regulado en el nuevo Código Contencioso Administrativo, será un factor que agravará mucho más la congestión que hoy padece el Consejo de Estado, la cual, paradójicamente, se pretendió erradicar con dicho estatuto.

Con todo, si lo que se busca con el establecimiento de la obligatoriedad del precedente judicial es que tanto las decisiones de la administración como las de los jueces respeten el derecho de igualdad y que sean predecibles, lo cual garantiza el principio de seguridad jurídica, como elemento fundamental de un Estado social de derecho ...”

Así las cosas, y en el estado actual, que parece tener sentido de permanencia, en tanto se ha decantado con múltiples fallos de tutela y de constitucionalidad, sin duda la jurisprudencia, y más aún, el precedente jurisprudencial se torna obligatorio, con lo cual tendremos, estemos o no de acuerdo, una fuente de derecho de carácter vinculante, lo que nos obliga a jueces, abogados, docentes y en general operadores y actores de la administración de justicia, a conocer la actualidad de la jurisprudencia; no habrá otra forma de asumir con integralidad, solvencia académica y profesionalismo, la defensa de unos intereses ajenos en el desarrollo del contrato de mandato.

Vale la pena citar al profesor e investigador de la Universidad Externado de Colombia, Dr. Andrés Fernando Ospina Garzón: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo cambia de posición, pero también de parecer. La rapidez de estos cambios crea un panorama de inestabilidad propio de un sistema en el cual la decisión más importante no es aquella que sienta de manera durable un principio jurídico, sino la más reciente. Los estudios de derecho basados en la jurisprudencia, caducan al poco tiempo de su edición, si no nacieron caducos. Frente a esta realidad, la única garantía legal es la reciente exigencia al juez de

³³ . Los jueces “*tienen la obligación prima facie de estarse a lo resuelto por las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia, siempre que esta haya adoptado una decisión a propósito de un caso igual, en lo relevante, al que esos jueces ordinarios se aprestan a resolver. No obstante, ese deber también puede cumplirse si el juez ordinario se aparta del precedente, pero argumenta de forma suficiente y aceptable por qué lo hace. Cualquier otra opción es equivalente a incurrir en defecto susceptible de ampararse mediante tutela, por violación del derecho a la igualdad y a la confianza legítima*”. Sentencia T – 589 de 2010

que sus cambios jurisprudenciales no sean imperceptibles y caprichosos, como manifestación del derecho a la igualdad ante la ley”.³⁴

7. Síntesis de la reciente unificación jurisprudencial

Finalmente aterrizamos en la anunciado “DOCUMENTO FINAL APROBADO MEDIANTE ACTA DEL 28 DE AGOSTO DE 2014 - REFERENTES PARA LA REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES”³⁵. No obstante siendo consciente de la extensión del escrito, considero que, de no haber incluido este pasaje jurisprudencial, podría aparecer descontextualizada la “noticia” del referido documento contentivo de la recopilación y unificación; no sólo respecto de la misma evolución jurisprudencial hasta esta fecha, - pues ya en análisis de líneas jurisprudenciales no podemos comprometernos sino al presente o muy cercano futuro, por su variabilidad, evolución y cambios de criterios, - sino también, respecto de la fuerza vinculante que conllevan dichos pronunciamientos en virtud del breve análisis que sobre el precedente jurisprudencial obligatorio realizamos.

Se trata de ocho (8) sentencias de unificación jurisprudencial, con las connotaciones jurídicas ya referidas, mediante las cuales la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano, fijó la tipología del daño inmaterial, y los topes indemnizatorios, de acuerdo con el hecho dañino, y el grado de consanguinidad y de relaciones afectivas entre víctimas directas e indirectas, en su caso.

El trabajo, en mi concepto, es una verdadera innovación, no sólo por las recientes sentencias de unificación, sino por la forma de su presentación, y armonización para incluir en el “Documento”, todos los pronunciamientos respecto de los diversos tópicos que conectan al daño inmaterial, en la misma fecha; tal vez por eso se observa en su presentación, que ello obedeció a una decisión ordenada un año atrás, mediante Acta No. 23 del 25 de septiembre de 2013, “con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.”

Se abordan los siguientes extremos, respecto de esta clase de perjuicios:

- REPARACIÓN DE DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE
- REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES
- DAÑO MORAL EN CASO DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD
- REGLAS DE EXCEPCIÓN PARA TODOS LOS CASOS DE DAÑOS MORALES

³⁴ Benavides, José Luis, Compilador. Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2014

³⁵ Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25 de septiembre de 2013, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. Olga Mérida Valle de De la Hoz, Presidenta de la sección, Carlos Alberto Zambrano Barrera, Vicepresidente de la Sección, Magistrados Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Enrique Gil Botero, Ramiro Pazos Guerrero, Stella Conto Díaz del Castillo, Hernán Andrade Rincón y Danilo Rojas Betancourth.

- DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS
- COMPENSACIÓN MEDIANTE MEDIDAS DE REPARACIÓN NO PECUNIARIAS
- CONCEPTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD
- PROHIBICIÓN DE DOBLE PAGO DEL DAÑO O PERJUICIO INMATERIAL
- PRECEDENTE DE UNIFICACIÓN SOBRE DAÑOS INMATERIALES

Respecto de los topes indemnizatorios, la Corporación determinó cinco niveles de cercanía afectiva, entre la víctima directa y quienes alegan los perjuicios a títulos de víctimas de “rebote” o indirectas, según el grado de consanguinidad o parentesco civil, además de la existencia de una relación no familiar, apareciendo sin duda un esquema muy similar a los techos, topes o baremos Españoles, donde, frente a esta clase de perjuicios desde luego, se establecen, normativa o en nuestro caso jurisprudencialmente, pero con la fuerza ya referida, unos límites respecto de los cuales el fallador no podrá exceder.

Así las cosas se estableció que para los cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, la compensación económica tendrá un límite de 100 SMLMV, para hermanos, abuelos y nietos, será de 50 SMLMV, para familiares en el tercer grado de consanguinidad, siempre que se demuestre lazo afectivo, el reconocimiento será de 35 SMLMV, para el cuarto grado de consanguinidad o civil, 25 SMLMV, y para relaciones afectivas no familiares, 15.

7.1 Novedades: Baremos y reconocimiento de daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

De esta tabla, que se presentará a continuación, aparecen, como lo decía; la novedad de los límites, techos o baremos, por un lado; y adicionalmente, la ratificación de presunción de perjuicios inmateriales para víctimas indirectas en cada una de las hipótesis, como muerte, graves lesiones, o privación injusta de la libertad, respecto de cónyuges, compañeros permanentes, padres, hijos, y hermanos. Esta presunción ha sido ratificada y existe como precedente desde hace varios años, lo que implica que con la prueba del parentesco y la pasividad del demandado, será suficiente causa y prueba para acceder automáticamente a dicha pretensión, con los límites ya fijados. Respecto de la determinación de estos límites, surgirán varios debates, tales como, es el Juez competente para determinar los límites de la indemnización, o es competencia exclusiva del legislador?, como en el caso de los Baremos Españoles. Será posible modificar el precedente, con el rigor y carácter vinculante de que ahora goza, frente a temas de tal componente subjetivo, como son los sentimientos, la pena del alma, el sufrimiento, las incomodidades y sufrimientos de la víctima? Cuál será el alcance, la motivación, prueba y justificación para mover “el muro impuesto”? En fin, estos asuntos, al margen de que los compartamos o no, son lo que generan un debate productivo en el país, tendiente a ir morigerando las incertidumbres y la inseguridad jurídica.

No obstante lo anterior, se determinó un caso de excepción, ya contemplado desde sentencia de 2008³⁶, respecto de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, donde se podrá reconocer una compensación por perjuicios morales que supere los referidos 100 SMLMV, siempre que se acredite la mayor intensidad del daño moral, sin que exceda del triple de este monto, esto es, 300 SMLMV. Al respecto es pertinente citar la sentencia de 2013³⁷, que dejó abierta la puerta para reconocimientos superiores, tendencia que se viene observando en varios salvamentos de voto, y que muy seguramente llegará a límites similares a los que establece normativamente el artículo 97 del Código Penal.

Respecto del nuevo reconocimiento de *daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados*, sin duda se destaca como una novedad. Se trata de entronizar desde la óptica de la protección a los derechos humanos y en general al Derecho Internacional Humanitario, unas medidas simbólicas de reparación, en la generalidad de los casos, sin compensación, no obstante a título de excepción y verificando la gravedad de la lesión o de la vulneración del derecho, procederá un reconocimiento de hasta 100 SMLMV. Precisamos, en nuestro concepto, que aunque nuevo en su denominación, **al catalogarlo como una nueva y tercera categoría de daño inmaterial**, ya venía consagrándose desde la referida sentencia de febrero 20 de 2008, de tal manera que allí y desde esa época procedía, aparte de la indemnización, una serie de medidas simbólicas, y de justicia restaurativa, que propenden por una verdadera reparación integral, precisando que la indemnización económica era apenas una de las formas de reparar, para lo cual se acudió a la Ley 975 de 2005³⁸, conocida como Ley de Justicia y Paz, a fin de precisar lo que de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario, y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, era verdaderamente una reparación integral; así las cosas determina el artículo 8º de la citada norma:

“El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

“Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, febrero 20 de 2008, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Exp. 16.996. Actor: María Delfa Castañeda y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, septiembre 25 de 2013, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicado 050012331000200100799 01 (2001-950 y 2001-3159 acumulados). Demandante: Inés Del Socorro Gómez Agudelo y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

³⁸ Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. (Ley de Justicia y Paz).

“La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

“La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

“La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

“Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

“Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

“La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.”

Estos planteamientos se volvieron reiterativos y sin duda, se trata de verdaderos precedentes jurisprudenciales, en pronunciamientos posteriores a 2008, de tal manera, que insisto, puede que la novedad no consista en la consagración y desarrollo del principio de reparación integral a las luces de la citada norma y de la doctrina de la CIDH, sino que ahora se entroniza como un nuevo derecho inmaterial, otra categoría, para ser más precisos, una tercera categoría de daño extrapatrimonial, que como lo ha desarrollado la doctrina del Consejo de Estado, no requiere de una pretensión específica para su reconocimiento, sí que con ello se viole el principio de la congruencia, ni el de la igualdad de las partes en el proceso.

Retomando la cita de la sentencia referida tenemos³⁹: “Como se aprecia, en la primera hipótesis, se enfrenta a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias⁴⁰, debe establecer a cabalidad la

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, febrero 20 de 2008, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Exp.

16.996. Actor: María Delfa Castañeda y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional

⁴⁰ En este punto resulta pertinente señalar que, a diferencia del marco internacional de los derechos humanos, en Colombia no existe ningún tipo de autoridad que pueda de manera independiente y autónoma, adoptar todas y cada una de las medidas tendientes a la reparación integral del daño. Es por ello que, necesariamente, en el ámbito interno, es necesario a efectos de obtener la verdadera concreción de la justicia restaurativa de derechos humanos trasgredidos, obtener la coordinación y convergencia de las diversas entidades encargadas de la efectiva materialización de las medidas de reparación (v.gr. Procuraduría, Fiscalía, Jurisdicción

reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la *restitutio in integrum* del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para que constatada la imposibilidad de efectuar en toda su dimensión la misma, pueda abordar entonces medios adicionales de reparación como la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos.

En otros términos, cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de derechos humanos, según los parámetros normativos y descriptivos contenidos en los preceptos de la Carta Política y en las normas internacionales que regulan la materia, el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño.”

Entonces repito, a riesgo de ser insistente: La novedad no consiste en que se vincule la doctrina protectora de los derechos humanos, proveniente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, planamente aplicable en nuestro país en virtud de los tratados bilaterales suscritos al respecto, sino que la novedad aparece al clasificar esta tesis en la categoría de un nuevo daño inmaterial, que por regla general no se compensa económicamente, al ser simbólicas y de justicia restaurativa, precisando que excepcionalmente procedería su compensación dineraria hasta de 100 SMLMV, atendiendo a la gravedad de la lesión y de la violación de los derechos de la víctima.

Así lo determinó la Corporación, en sentencia reciente: “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. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).⁴¹

Ordinaria, Jurisdicción Constitucional, Jurisdicción Contencioso Administrativa, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Acción Social (Programa Presidencial), etc.”

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia agosto 12 de 2014, Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 73001-23-31-000-2000-02654-01(30026).

Sin entrar en el análisis de cada uno de los pronunciamientos, los cuales simplemente se referirán, considerada su extensión, si nos parece importante hacer mención específica a esta novedad, producto del avance doctrinal y jurisprudencial del Consejo de Estado, en la tendencia ya unánime hacia la Constitucionalización del derecho de daños, para afirmar con su autor⁴²: “Es en este aspecto en que se intensifica la reflexión que, sin anfibología alguna, es producto de las discusiones que se han generado en la Sección Tercera del Consejo de Estado, y sus correspondientes Subsecciones, en cuanto se refieren a la necesidad de fijar criterios para determinar cuál es el contenido del principio de reparación integral, precepto que si bien es del orden legal, se encuentra ampliamente justificado por las normas constitucionales que le sirven de fundamento. He aquí el punto de partida de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha permitido el desarrollo del tema en lo que concierne a la Constitucionalización del derecho de daños. (...) Por consiguiente, aquí se prohíja la tesis según la cual, el principio de reparación integral, y los efectos que de éste se desprenden, están determinados y definidos por el ordenamiento constitucional, y por lo tanto, esas disposiciones son las que le imprimen su contenido y alcance.”

Finalmente se precisó en las sentencias, en lo relativo a la legitimidad para aspirar a la indemnización por privación injusta de la libertad, dependiendo del tiempo de detención y la cercanía o parentesco con la víctima, estableciéndose siete niveles estándar de resarcimiento, según el tiempo de detención.

Y en relación con el daño a la salud, como se había dicho, se abandonó la referencia o denominación del daño al a vida de relación y/o alteración de las condiciones de existencia, indicando que se deben considerar las consecuencias de la enfermedad o de las lesiones, que reflejen alteraciones del comportamiento y desempeño de la persona, precisando que una mayor gravedad en las lesiones causadas, podrá generar una indemnización de hasta de 400 SMLMV, como en todo proceso, previa motivación por parte del Juez.

Sin más referencias, procedemos a presentar los esquemas que sintetizan de la mejor manera, los planteamientos recogidos en este gran grupo de sentencias de unificación, respecto de la tasación y legitimidad por activa en relación con los perjuicios inmateriales, para daño moral por muerte y lesiones, daño a la salud, y privación injusta de la libertad, advirtiendo desde luego que será necesaria la lectura del grupo de sentencias, que posteriormente se relacionarán a título informativo, por los datos que permiten su identificación⁴³.

⁴² Gil Botero, Enrique. La Constitucionalización del Derecho de Daños, Editorial Temis, 2014

⁴³ Periódico Ámbito Jurídico, No. 402, del 15 al 28 de setiembre de 2014, pág. 8.

Muerte (tabla 1)

	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
Relación	1º grado** efectiva y conyugal	2º grado**	3º grado**	4º grado**	Terceros
SMLMV	100	50	35	25	15

* Niveles de relación aplican a las tablas 2 y 3

** Grado de consanguinidad o civil

Lesiones personales (tabla 2)

Gravedad	Nivel 1 SMLMV	Nivel 2 SMLMV	Nivel 3 SMLMV	Nivel 4 SMLMV	Nivel 5 SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al	20	10	7	5	3

20%					
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Privación injusta de la libertad (tabla 3)

Meses	Nivel 1 SMLMV	Nivel 2 SMLMV	Nivel 3 SMLMV	Nivel 4 SMLMV	Nivel 5 SMLMV
Superior a 18	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Daño a la salud (tabla 4)

Gravedad	SMLMV
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

RELACIÓN DE SENTENCIAS

RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE MUERTE
Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 27709 M.P. Carlos Alberto Zambrano.
RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE MUERTE - CON REGLA DE EXCEPCIÓN
Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988 M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172
M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149
M.P. Hernan Andrade Rincón (E)

DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS. Mediante medidas de reparación no pecuniarias

Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251
M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804
M.P. Stella Conto Diaz del Castillo.

Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988
M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO DAÑO A LA SALUD CON APLICACIÓN DE LA REGLA GENERAL

Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170
M.P. Enrique Gil Botero.

Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28832
M.P. Danilo Rojas Betancourth.

CON APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCEPCIÓN

Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804
M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Precedente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172
M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

Bibliografía

- Aramburo C., M., 2011: «Tensiones y desafíos en el uso del precedente en el derecho de daños Colombiano», en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 29.
- Hoyos Duque, Ricardo. «El valor del precedente judicial en la Ley 1437 de 2011. Es la jurisprudencia fuente del derecho?», en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 32.
- Álvarez Pérez, Andrés Orión, y Martínez Rodríguez, Pascual, 2006: «Estado actual de la jurisprudencia en relación con los perjuicios inmateriales», en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 20.
- Álvarez Pérez, Andrés Orión. «Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho, Tomo I. U.P.B., Pontificia Universidad Javeriana, Dike, IARCE. Obra publicada en homenaje al Doctor Javier Tamayo Jaramillo, 2011.
- Comandé, G., 2006: *Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales. Una perspectiva europea* (trad. de Milagros Koteich). Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Cortés, E., 2009: *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- De Cupis, A., 1996; *El Daño*. Imprenta Universitaria, Bogotá.
- Fernández Sessarego, C., 1994: «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», en *Diké-Portal de Información y opinión legal Pontificia Universidad Católica del Perú* (publicado originalmente en las Ponencias del 1º Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994 y en *Gaceta Jurídica*, Tomo 79B, Lima, junio de 2000), [<http://dike.pucp.edu.pe>]. 2004: «Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral», en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 16: 89-177.
- Gálvez Espino, M. y otros, 2009: *El daño moral en la responsabilidad civil*. Universidad San Martín de Porres, Lima.
- Gil Botero, E., 2009: «El principio de reparación integral en Colombia a la luz del Sistema Iberoamericano de Derechos Humanos» en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 26.
- Henao Juan Carlos. *El Daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 244.
- Koteich Khatib, M., 2008: «La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. Daño existencial», en *Revista de Derecho privado*, 15 (Universidad Externado de Colombia)
- Mosset Iturraspe, J., 1992: «El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1 (Rubinzal-Culzoni, Santa Fe).
- Ponzanelli, G., 2003: *Critica del danno esistenziale*. Cedam, Padova.
- Rozo Sordini, P., 2002: *El daño biológico*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- Tamayo Jaramillo, Javier, 1999: *De la responsabilidad civil*, t. IV. Temis, Santafé de Bogotá.
- Tamayo Jaramillo, Javier, 2007: *Tratado de responsabilidad civil*, t. II. Legis, Bogotá.
- Velásquez Posada, Obdulio, 2003: «Del daño moral y el perjuicio a la vida de relación hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales», en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*, 16. 2009: «Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia», en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 26.
- Velásquez Posada, Obdulio, 2013. *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Temis
- Gil Botero, Enrique. *La Constitucionalización del derecho de daños*, Temis, 2014
- Benavides, José Luis, Compilador “Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo”, U. Externado de Colombia, 2014
- Ospina Garzón, Andrés Fernando, Editor, “Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana”. Estudio preliminar, Juan Carlos Henao, U. Externado de Colombia, 2013