

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

Diana Rueda Prada

**Tesis de Maestría en Derecho
(Con énfasis en Derecho Público)**

**Director:
Dr. Fernando García Forero**

**Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho
Bogotá, D. C., 2014**

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

*A Dios: mi fortaleza, mi guía.
Y a mi familia: el mejor regalo que Dios me ha dado.*

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- TABLA DE CONTENIDO -

- PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN -	7
- JUSTIFICACIÓN -	7
- OBJETIVOS -	8
- HIPÓTESIS -	9
- MÉTODO DE INVESTIGACIÓN -	10
- CAPÍTULO 1 –	15
DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL	15
1. El daño antijurídico	15
1.1. Definición y alcance:	15
1.2. Diferencia entre daño y perjuicio:	22
1.3. Requisitos para la configuración del daño antijurídico:	28
1.4. Clasificación del daño:	40
2. El daño moral	54
2.1. Antecedentes:	54
2.2. Definición y clasificación:	57
3. Daño a la integridad psicofísica	60
3.1. El daño fisiológico – 1993 a 2000:	61
3.2. El daño a la vida de relación – 2000 a 2007:	68
3.3. La alteración a las condiciones de existencia – 2007 a 2011:	75
3.4. El daño a la salud – desde 2011:	78
4. Daños extrapatrimoniales por vulneración a <i>otros</i> bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos	96
- CAPÍTULO 2 -	107
CRITERIOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS PARA FIJAR LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL	107
1. Indemnización de perjuicios extrapatrimoniales – Diferente de la reparación integral	107
1.1. Definición y fundamentos normativos de la reparación integral en Colombia: ..	108
1.2. Ámbito de aplicación del principio de reparación integral:	111
1.3. Las modalidades de reparación integral y la indemnización:	113
1.4. La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales:	121
2. Criterios “objetivos” en la indemnización del daño moral	126
2.1. Calidad de la víctima indirecta – <i>Criterio “objetivo”</i> :	126
2.2. Topes al monto de la indemnización – <i>Criterio “objetivo”</i> :	137
2.3. Test de proporcionalidad – <i>Criterio difícil de calificar</i> :	148
2.4. Tablas de punto – <i>Criterio “objetivo”</i> :	162
3. Criterios “objetivos” en la indemnización del daño a la salud	168
3.1. Análisis estático y dinámico del daño – <i>Criterio híbrido</i> :	168
3.2. Topes al monto de la indemnización – <i>Criterio “objetivo”</i> :	175

**“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo
contencioso administrativo de Colombia”**

3.3. Test de proporcionalidad – <i>Criterio sin desarrollo suficiente</i> :.....	178
3.4. Tablas de punto – <i>Criterio “objetivo”</i> :	179
4. Criterios para la indemnización de perjuicios por daño ocasionados a <i>otros</i> bienes y derechos.....	180
4.1. Perjuicios por afectación a la tranquilidad, la intimidad, la propiedad, entre otros:	181
4.2. Perjuicios por afectación a la vida, la familia y la dignidad:.....	185
4.3. Daño a la honra, el honor y el buen nombre:	188
4.4. Privación injusta de la libertad:.....	195
4.5. Conclusiones:	197
5. El arbitrio judicial en la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales – <i>Criterio subjetivo</i>	198
5.1. Argumentos a favor del arbitrio judicial:.....	198
5.2. Argumentos en contra del arbitrio judicial:.....	201
- CONCLUSIONES -	206
- ANEXO ÚNICO -	210
- BIBLIOGRAFÍA -	250

- PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN -

Al interior del Consejo de Estado se aplican de manera discordante los criterios objetivos y subjetivos al momento de fijar la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales. Lo anterior resulta problemático en tanto que se producen decisiones diferentes en casos fácticamente similares, vulnerando con ello la equidad y la seguridad jurídica. Como consecuencia de lo anterior¹, esta tesis está encaminada a resolver la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuáles son los criterios que permiten que la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo se haga de manera armónica frente a casos con supuestos fácticos similares?

- JUSTIFICACIÓN -

En el ámbito de la evolución conceptual de los perjuicios extrapatrimoniales, el Consejo de Estado ha asumido diversas clasificaciones del mismo (perjuicio moral, fisiológico, estético, psicológico, sexual, patológico, por daño a la vida de relación, por alteración grave a las condiciones de existencia y por último, perjuicios por el daño a la salud). En cuanto al perjuicio moral propiamente dicho, es amplia la jurisprudencia que se ha encargado de conceptualizarlo, delimitarlo y dar cuenta de su desarrollo histórico. Sin embargo, frente a los demás perjuicios extrapatrimoniales, el tema no resulta tan claro, en especial cuando se trata de los perjuicios ocasionados como consecuencia de lesiones psicofísicas o por alteración a otros bienes reconocidos por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos (honor, familia, domicilio, etc.).

En cuanto a la tipología de los perjuicios ocasionados por daños psicofísicos, el Consejo de Estado ha variado sus líneas jurisprudenciales en diferentes aspectos que no se reducen llanamente a un cambio en la denominación de los mismos, sino que van inclusive al punto de variar los criterios con fundamento en los cuales se tasa cada uno de ellos. En relación con el *nomen iuris*, ha acontecido que las variaciones semánticas se han venido haciendo cada siete años desde 1993 (excepto el último cambio hecho en el 2011 luego de cuatro años) como consecuencia de la adopción desprevenida o inocente de figuras foráneas del Derecho francés e italiano; todo lo cual ha tenido como consecuencia la afectación a la coherencia del sistema jurídico en este ámbito, y la vulneración a los principios de equidad o igualdad material y de reparación integral en muchos casos en los

¹ “Luego, vienen las preguntas: El asombro por sí solo no basta: hay que precisar los problemas y formular las preguntas respectivas (...) Lo importante es identificar el problema y plantear la pregunta correspondiente.” UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, ESCUELA DE CIENCIAS HUMANAS, “Cómo... plantear preguntas de investigación”, Guía No. 50A, primera versión, 22 de julio de 2003. Disponible en: [<http://www.urosario.edu.co/cienciashumanas/GuiasdeCalidadAcademica/50a/>].

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

cuales las víctimas son resarcidas con montos diferentes aun cuando la situación fáctica que alegaron era similar.

Igual sucede con los criterios usados para fijar el monto de estos perjuicios: En muchos casos, la víctima se encuentra sujeta a la suerte del criterio que tenga el juez que fallará su caso en dicho momento. Existe una posición fuerte en la jurisdicción que aboga por que sea el *arbitrio iuris* la herramienta que debe ser usada para tasar el monto de estos perjuicios. Por otra parte, una corriente aboga por la adopción de criterios objetivos a fin de llevar a cabo esta función, tales como: topes al *quantum* indemnizatorio, reglas de tres a partir de dichos topes, tablas de punto y presunciones en función de diferentes aspectos (la calidad de la víctima indirecta, el tiempo de privación injusta de la libertad, etc.).

Esos dos criterios mantienen aún su tensión, y teniendo en cuenta que subsisten de manera discordante al interior del Consejo de Estado, surgen dudas sobre si se da cabal aplicación a la discrecionalidad judicial en la cuantificación de los perjuicios provenientes de daños inmateriales, o si lo que ocurre es simple arbitrariedad judicial, y entonces, cuáles serían las posibles soluciones ante esta última eventualidad.

Estas variaciones jurisprudenciales hacen necesario un análisis sobre la motivación y coherencia de estas decisiones desde el punto de vista de la teoría de la argumentación jurídica y todo lo que ésta implica. En esa medida, el presente estudio se justifica en tanto **(i)** permite analizar cuáles son los perjuicios que actualmente reconoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia y, sobre todo, si su aplicación es armónica desde el 2011 con la introducción del concepto del daño a la salud y el reconocimiento de daños por afectación a bienes e intereses constitucional y convencionalmente protegidos. Igualmente, **(ii)** permite evidenciar la disparidad de criterios que son utilizados por dicha jurisdicción para tasar estos perjuicios y cómo el mismo Consejo de Estado ha avalado que se utilice cualquier método en esta tarea, desconociendo que en estos casos el monto final a reconocer en la indemnización, se ve directamente afectado por el método escogido.

Finalmente, **(iii)** esta tesis pretende, luego de hacer un recuento histórico y evidenciar el estado actual de cosas, responder al interrogante sobre si resulta procedente o no la adopción de criterios objetivos como los anteriormente mencionados a fin de tasar el *quantum* de los perjuicios extrapatrimoniales. En otras palabras, esta tesis se justifica igualmente por aportar una propuesta al estado del arte.

- OBJETIVOS -

1. **General:** Determinar los criterios que permiten que la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia se haga de manera armónica frente a casos con supuestos fácticos similares.

1. Específicos:

- a) Determinar cuáles son los daños extrapatrimoniales que reconoce actualmente la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia y con base en qué criterios ordena la indemnización de los perjuicios que se derivan de dichos daños.
- b) Analizar la justificación y la consistencia en la aplicación de los diversos criterios jurisprudenciales que ha adoptado la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia para la tasación del perjuicio extrapatrimonial.
- c) Evidenciar los problemas que se han derivado de la aplicación de criterios subjetivos en la tasación de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia.
- d) Plantear los inconvenientes que pueden derivarse de la aplicación de criterios netamente objetivos para la tasación de perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia.
- e) Proponer algunos mecanismos “híbridos” (con componentes objetivos y subjetivos) como criterios para la tasación de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia..

- HIPÓTESIS -

Cuando se realizó el anteproyecto de la presente tesis, había pasado apenas un año desde que el Consejo de Estado introdujo el concepto del daño a la salud en septiembre de 2011. Desde aquel entonces se ha sostenido que, con la introducción del daño a la salud, se deben abolir las antiguas categorías del daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia², incluso en casos diferentes a lesiones psicofísicas. Si bien en estos últimos casos, el Consejo de Estado ha aceptado la procedencia de las mismas, hay doctrina y jurisprudencia de la misma Corporación que permiten sostener lo contrario.

Adicionalmente, la crítica hecha desde un inicio al test de proporcionalidad, como mecanismo “objetivo” para tasar estos perjuicios, se reafirmó a lo largo de este estudio. Igualmente, se confirmó la hipótesis sobre la posibilidad de superar los topes indemnizatorios, así como aquella sobre la importancia de diferenciar entre daño y perjuicio y, finalmente, se confirmó la hipótesis sobre la necesidad de reconocer e indemnizar de manera autónoma los daños derivados por afectación a los bienes constitucional y convencionalmente reconocidos, diferentes a la salud.

² Igualmente puede apreciarse en el borrador de investigación publicado en noviembre de 2013: RUEDA PRADA, Diana, *“La reparación del daño a la salud en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia”*, Borradores de investigación. En Revista Socio-Jurídicos, Bogotá: Universidad del Rosario, No. 67, ISSN: 0124-700 X, noviembre 12 de 2013, p. 10-11.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

Por otra parte, los avances en la investigación permitieron invalidar la hipótesis según la cual el daño puede ser material o inmaterial, para sustituirla por aquella según la cual el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

En relación con los criterios indemnizatorios, la hipótesis sostenida inicialmente consistía en que, dado que los daños extrapatrimoniales no son conmensurables (es decir, no son estimables en dinero), el criterio para la indemnización debía ser el *arbitrio iuris*, por cuanto cada caso merecía una valoración especial en la medida que siempre habría algún factor que ameritaría aumentar o disminuir el monto de los perjuicios; por lo cual no resultaban aplicables las tablas de punto, los topes indemnizatorios ni ningún otro criterio objetivo.

Esta última hipótesis fue finalmente rebatida en este estudio luego de un análisis de diferentes sentencias que permitieron evidenciar los inconvenientes del *arbitrio iuris* como *único* criterio para fijar el monto de los perjuicios extrapatrimoniales. Como se verá en las conclusiones, este estudio propende por la aplicación de tablas de punto híbridas, es decir, que aun siendo objetivas, dejen un espacio al arbitrio judicial para apartarse de ellas bajo las cargas argumentativas necesarias y según los factores amplificadores o reductores que se puedan extraer del caso en particular. La conclusión no es descabellada y, por el contrario, es la extensión de algunos criterios jurisprudenciales fijados recientemente en casos muy específicos.

- MÉTODO DE INVESTIGACIÓN -

De acuerdo con las descripciones dadas por CHRISTIAN COURTIS³, el presente análisis fue adelantado principalmente bajo los lineamientos del método “crítico- prescriptivo”, para lo cual fue necesario adelantar previamente ciertos estudios bajo el modelo “descriptivo”, de manera que a partir de un estudio del estado del arte y el marco teórico, se pudieran plantear ciertas soluciones a una problemática jurídica que bien podrá ser implementada por el Congreso (*lege ferenda*) como por el Consejo de Estado (*sententia ferenda*). Así:

³ COURTIS, Christian, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, en: ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel; COURTIS, Christian (Coord.) “*Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*”, 2006, ISBN 84-8164-862-0, España, Editorial Trotta S.A., p. 105-156.

1. Método descriptivo⁴:

Como método previo y necesario, se utilizó el modelo descriptivo siempre que se fijaron posiciones interpretativas propias frente a discusiones principales o tangenciales relacionadas con el tema investigativo, dando los soportes doctrinales, normativos y jurisprudenciales en cada tema. Ejemplo de ello se ve principalmente en el desarrollo de la respuesta al primer problema de investigación y, especialmente, en las siguientes temáticas de la tesis:

- Diferencia entre daño y perjuicio.
- Diferencia entre materialidad y patrimonialidad.
- Inconveniencia de los conceptos de “daño a la vida de relación” y “alteración a las condiciones de existencia”.
- Posturas respecto de la inclusión o exclusión de ciertos daños dentro de la categoría del “daño moral”.
- Delimitación de los fines que se persiguen con la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales.
- Las razones por las que conviene indemnizar los perjuicios morales en función de tablas de punto para casos de muerte, lesiones y privación injusta de la libertad.
- Las razones por las cuales el test de proporcionalidad es inaplicable para la tasación de perjuicios morales y derivados del daño a la salud.
- Las razones por las que los topes jurisprudenciales deben ser obligatorios, salvo ciertas excepciones.
- Las razones por las que cualquier criterio de indemnización de perjuicio extrapatrimonial debe ser híbrido (esto es, tener un componente objetivo y uno subjetivo).
- Las razones por las que la indemnización de perjuicios por afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos debe ser fijada siempre con fundamento en criterios subjetivos que tengan en cuenta, en todo caso, los precedentes jurisprudenciales.

Igualmente, dentro de lo que CHRISTIAN COURTIS⁵ ha señalado como problemas implícitos dentro del método descriptivo, están los que a continuación se mencionan. Se señala en cada acápite la explicación que da CHRISTIAN COURTIS y la forma cómo los mismos se ven materializados en la presente tesis:

a) Problemas de determinación semántica: Según CHRISTIAN COURTIS, pueden ser respecto de las normas o los principios aplicables a la temática. Estos problemas se

⁴ “Una tarea cuya orientación pretende ser descriptiva, en el sentido de postular como plausible una interpretación determinada del contenido del derecho positivo, pero también tiene componente prescriptivo o normativo, ya que señala razones para inducir al aplicador a preferir esa interpretación sobre otras”, p. 114.

⁵ *Ibidem*, p. 114.

desarrollan en esta tesis en relación con la delimitación de los siguientes conceptos: daño, perjuicio, material, extrapatrimonial, perjuicio de agrado, perjuicio fisiológico, daño a la vida de relación, alteración a las condiciones de existencia, reparación integral, indemnización, compensación, satisfacción, ponderación, proporcionalidad, arbitrio, arbitrariedad, etc.

- b) Problemas de determinación teleológica y axiológica:** Según CHRISTIAN COURTIS, pueden ser respecto de los fines de la norma y valores que ella consagra. Alrededor del tema de esta tesis, hay muy pocas normas constitucionales y legales que manejen el tema directamente. Pero de las pocas que hay (aplicables al subtema de la reparación integral), se hizo énfasis en lo que implica la reparación “integral” como está regulada actualmente en el ordenamiento (art. 90 C.P., Ley 446 de 1998, Ley 975 de 2005 y Ley 1448 de 2011) y específicamente: ¿Qué busca la reparación integral y cuáles son las medidas de reparación integral? Pero sobre todo, ¿Qué papel juega la definición de criterios fijos que orienten la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en el contexto de la reparación integral?

2. Método crítico – prescriptivo⁶:

Como método principal de investigación, se llevó a cabo esta investigación bajo el modelo crítico prescriptivo que, para el caso concreto, se traduce en un modelo de *lege ferenda*⁷ o de *sententia ferenda*⁸ en tanto que se propone la adopción vía legal o sentencia de unificación, de ciertos criterios definitivos e inamovibles (salvo exigentes cargas de argumentación y transparencia) que guíen la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, la adopción de tablas de punto con componentes subjetivos para las hipótesis que lo permiten; y la obligatoriedad de motivación de las sentencias con respeto por el precedente jurisprudencial, tanto para las hipótesis que permiten la aplicación de tablas de punto, como para aquellas que no.

⁶ “En esta hipótesis, que denominaremos de *lege ferenda*, el intérprete acepta que la solución que propone para la regulación o decisión de un caso no puede ser derivada del derecho positivo, y en este sentido postula que la mejor solución implica no la interpretación, sino la modificación del derecho positivo vigente.” *Ibidem*, p. 115.

⁷ “Quien formula propuestas de *lege ferenda* pretende influir sobre el legislador, o sobre quien tenga poder de modificación de las normas bajo crítica. Esta crítica se dirige únicamente a una norma o un conjunto de normas puntuales [En este caso, a una omisión legislativa]: lo que se persigue es la mejora, la optimización global del ordenamiento jurídico”. *Ibidem*, p. 116.

⁸ “Una tercera tarea consiste en la crítica de la o las sentencias comentadas, dirigidas a provocar un cambio de la línea jurisprudencial. Se trata de recomendaciones dirigidas principalmente a los mismos jueces que adoptaron una decisión para que revoquen, en casos futuros, el criterio adoptado en el caso criticado: es decir, de recomendaciones de *sententia ferenda*”. *Ibidem*, p. 117.

En palabras de COURTIS, se propende “no la interpretación, sino la modificación del derecho positivo vigente.”⁹. Así, esto puede verse en la tesis en relación con la fijación de criterios objetivos a tener en cuenta para la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, tema central de la tesis; y en relación con la clasificación del daño, en tanto que pareciera que los jueces no están aplicando los criterios fijados por el Consejo de Estado en el año 2011 sobre el reconocimiento independiente de “daños a otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos”.

⁹ Continúa: “Al desarrollar esta actividad el jurista (...) lo critica y aboga por su reemplazo, a partir de una solución propuesta por él mismo. En general, esta función se entiende dirigida al legislador, aunque-como se explicará en los próximos párrafos- también puede estar dirigida a los jueces.” *Ibíd*em, p. 115.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- CAPÍTULO 1 -
DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

Introducción:

Durante las dos últimas décadas en Colombia, se han trasplantado al Consejo de Estado colombiano las discusiones jurídicas existentes en Italia y Francia relativas a la clasificación de los daños corporales. Lo anterior ha tenido como consecuencia una variación en la clasificación de los daños extrapatrimoniales reconocidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que anteriormente sólo reconocía el daño moral como daño extrapatrimonial resarcible por el Estado. Adicional a ello, el reconocimiento de otros daños por afectación a ciertos derechos reconocidos por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), ha abierto la puerta para que la jurisdicción ordene la indemnización de los perjuicios derivados de dichas afectaciones, bien dentro de categorías amplias o de manera individual.

De esta manera, en este capítulo se analizará la estructura actual de la clasificación del daño extrapatrimonial según los lineamientos establecidos por el Consejo de Estado durante estos últimos años, así como la definición y el alcance de cada uno de ellos, de manera que en el segundo capítulo puedan analizarse los criterios que ha establecido dicha Corporación para indemnizar los perjuicios derivados de los mismos. Preliminarmente, puede señalarse que la jurisdicción reconoce actualmente el daño moral, el daño a la salud y el daño por afectación a otros bienes extrapatrimoniales reconocidos por la jurisprudencia constitucional y el Sistema Americano de Derechos Humanos.

1. El daño antijurídico¹⁰

1.1. Definición y alcance:

Sobre el daño, como primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, se ha escrito mucho en el intento por demarcar su verdadera naturaleza. Actualmente, puede decirse que la discusión sigue vigente, y al respecto existen dos concepciones predominantes¹¹: Una, según la cual el daño es un *fenómeno natural* que tiene como consecuencia la pérdida, disminución o menoscabo sufrido por un sujeto de derecho. Otra, según la cual el daño es un *hecho jurídico* que debe evitarse o repararse siempre que así lo

¹⁰ La antijuricidad es un término elaborado fundamentalmente en el campo de la dogmática penal alemana; traducido y utilizado inicialmente por Jiménez de Asúa. BUSTO LAGO, José Manuel, “*La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*”, Madrid: Tecnos, 1998, p. 45-46.

¹¹ RAMOS ACEVEDO, Jairo, “*Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública*”, Bogotá: Leyer, 2004, p. 36-38.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

exija el ordenamiento jurídico, de manera que no toda lesión a intereses patrimoniales o extrapatrimoniales conlleva necesariamente a la intervención por parte del Derecho Positivo, pues se requiere de una calificación jurídica. Esta concepción, por ende, implica una visión más restringida que la anterior.

La primera acepción es lo que podría denominarse “daño”, mientras que la segunda correspondería al “daño antijurídico”. El *daño*, que proviene de la palabra *damnum*, significa el deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provocan en la persona, cosas o valores morales o sociales de alguien¹²; mientras que el *daño antijurídico* obedece al daño que no debe ser soportado por la víctima¹³. En otras palabras, el daño como tal es un concepto ontológico, mientras que el daño antijurídico reviste un carácter deontológico. Ya volveremos sobre el daño antijurídico. Por ahora, valga decir que, si bien cierta doctrina sitúa a Colombia en aquella concepción del daño como *fenómeno natural*¹⁴, lo cierto es que el Consejo de Estado ha fijado una posición ecléctica, delimitando el daño como hecho o fenómeno natural, revestido de antijuricidad, es decir, en una postura más cercana a la segunda. Al respecto ha señalado:

“[El daño antijurídico es una]... *entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada. En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica...*”¹⁵ (Subrayado ajeno al original)

¹² Tomado del diccionario jurídico de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM-. En igual sentido se ha considerado de antaño en nuestro ordenamiento: “*El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio*”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 13 de diciembre de 1943, M.P.: Aníbal Cardoso Gaitán. Citada en las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: Sentencia del 9 de mayo de 2011, Exp.: 18.048, C.P.: Enrique Gil Botero; del 8 de junio de 2011, Exp.: 17.858, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 1992, Exp.: 6.654, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

¹⁴ RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 36. Igualmente, PEREZ VIVES, “*Teoría general de las obligaciones*”, Tomo II, Bogotá: Temis, 1968, p. 273.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2012, Exp.: 21.747, C.P.: Olga Melida Valle de la Hoz. Esta definición del daño está en concordancia con la doctrina italiana: PUGLIATTI, Salvatore, “*Esecuzione forzata e diritto sostanziale*”, Milano: Giuffrè Editore, 1935, p. 63-64.

En conclusión, en nuestro ordenamiento colombiano no basta con que se produzca el fenómeno o acto o hecho dañoso¹⁶ con el que se ocasiona un perjuicio, sino que es necesario adicionalmente que el mismo esté revestido de antijuricidad para que pueda ser indemnizado o reparado según el caso¹⁷.

El concepto de daño antijurídico no existía en Colombia antes de la Constitución de 1991¹⁸, pues en la Constitución de 1886 ni siquiera había un postulado sobre la responsabilidad estatal¹⁹. El concepto de daño antijurídico venía siendo estudiado en España principalmente por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien durante años ha sido citado como una autoridad en el tema²⁰. En su libro sobre “los principios de la nueva Ley de expropiación”²¹, definió el daño antijurídico como aquel “*que el titular del patrimonio*

¹⁶ Normalmente la doctrina y la jurisprudencia se refieren al daño solamente como “hecho”, cuando en realidad el daño, cuando es ocasionado con voluntad del agente, deja de ser hecho jurídico, para ser acto jurídico. De lo contrario, la definición de daño no sería acorde con la procedencia del medio de control de reparación directa frente a daños derivados de un acto administrativo, ni con la aplicación del régimen de responsabilidad subjetiva de la falla del servicio. “... *la voluntad del agente o agentes constituye la sustancia misma del acto jurídico. Un hecho cualquiera en que falte tal elemento, es decir, un hecho meramente físico o natural, como el nacimiento o la muerte de una persona, un terremoto, etc., aunque llegue a alcanzar resonancia jurídica pertenece a una categoría distinta de la que nos ocuparemos: a la del hecho jurídico*”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; y OSPINA ACOSTA, Eduardo, “*Teoría general del contrato y del negocio jurídico*”, VII Edición, Bogotá: Temis S.A, 2005, p. 28.

¹⁷ Esta es la razón por la cual Adriano de Cupis califica el daño antijurídico como especie del daño en general. DE CUPIS, Adriano, “*El daño. Teoría General de la Responsabilidad civil*”, (Trad.: Ángel Martínez Sarrión), Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1975, p. 83. Sobre el daño antijurídico como una combinación del daño, como fenómeno material, revestido de antijuricidad, ver BUSTO LAGO, José Manuel, *Ob. Cit.*, p. 39-45.

¹⁸ RESTREPO MEDINA, Manuel (Coord.), “*Temas de Derecho Administrativo contemporáneo*”, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2005, p. 312-313.

¹⁹ Sin embargo, hay sentencias de la época que permitían la configuración de la responsabilidad del Estado en el caso de actividades peligrosas, por el daño especial. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 1947, Sin expediente, C.P.: Gustavo Valbuena, Actor: El Siglo S.A. Sentencia del 23 de mayo de 1973, Exp.: 978, C.P.: Alfonso Castilla Saiz. Sentencia del 28 de julio de 1987, Exp.: 4.983, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo. En palabras de Natalia Campos, ello se hacía con fundamento en los artículos 16 y 20 de la Constitución de 1886 que, en sí mismos, no contenían la figura de la responsabilidad estatal. CAMPOS SOSSA, Natalia Paola, “*La reparación de perjuicios inmateriales en el Consejo de Estado colombiano a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Tesis de Maestría Derecho Administrativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 2.

²⁰ “*El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.*” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de mayo de 2011, Exp.: 20.097, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

²¹ Este libro es consecuencia de la elaboración conjunta de un anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa que la Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos le encomendó a Garrido

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud”²².

Fue así como posteriormente en Colombia el constituyente JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO principalmente, al igual que otros constituyentes²³, propuso en la Asamblea Nacional Constituyente²⁴, en relación con los “Mecanismos de Protección del Orden Jurídico y de los Particulares”, la ponencia sobre la “Responsabilidad de las Autoridades Públicas del Estado”, a pesar de que en aquel momento ninguna de las propuestas al respecto iba encaminada a precisar los elementos de la responsabilidad estatal²⁵. El proyecto de artículo propuesto fue del siguiente tenor:

“ARTÍCULO. Tanto el Estado como los funcionarios públicos y los particulares que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos serán responsables de los daños antijurídicos que, por acción u omisión, causen con ocasión o con pretexto de sus tareas. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.”²⁶ (Subrayado ajeno al original).

Adicional a ello, se mencionó que el antiguo criterio de la “falla del servicio” en el ámbito de la responsabilidad estatal era insuficiente como quiera que dejaba por fuera la

Falla y González Pérez; proyecto del cual vino a asumir el protagonismo García de Enterría, como ponente del mismo. Ver FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Fundamento y tendencias actuales”. En: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GARRIDO FALLA, Fernando; MARIENHOFF, Miguel S.; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado”, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1988, p. 97.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa”, Madrid: Editorial Civitas S.A. Reedición, 1984, pág. 176.

²³ Sobre un análisis de las diferentes ponencias y proyectos presentados en la Asamblea Nacional Constituyente para la consagración de la responsabilidad patrimonial del Estado, ver CAMPOS SOSSA, Natalia Paola, *Ob. Cit.*, p. 3-8.

²⁴ Informe de ponencia No. 72 sobre la “Responsabilidad de las autoridades públicas del Estado”, Ponente: Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Gaceta Constitucional, abril 22 de 1991.

²⁵ Para mayor detalle, ver ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, “La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/34.pdf>]. Igualmente, OSORIO JIMÉNEZ, Luz Adriana, “El daño antijurídico”, Tesis de Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 45-47. IRISARRI BOADA, Catalina, “El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano”, Tesis de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, 2000, p. 74-76.

²⁶ Gaceta Constitucional, Núm. 23, p. 48.

responsabilidad configurada por antijuricidad objetiva²⁷. La antijuricidad objetiva es un concepto que se le debe igualmente a GARCÍA DE ENTERRÍA, y que fue reseñado por el Consejo de Estado en una sentencia hito en relación con la fijación jurisprudencial de lo que implica el daño antijurídico:

“Dentro del mismo universo discurre el Profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular enseña:

(...)

Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su valor sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva).”²⁸ (Subrayado ajeno al original).

Recapitulando, se tiene que antes de la Constitución de 1991, regía en Colombia la concepción culpabilista²⁹ de la responsabilidad patrimonial del Estado, según la cual, sólo había deber de reparar si existía un nexo de causalidad entre el daño y la conducta activa u omisiva de la autoridad pública por el incumplimiento de un deber (Falla del servicio)³⁰. ENRIQUE GIL BOTERO explica el paso-a-paso para el análisis de la responsabilidad del Estado, según dicha concepción, así: *“hecho-culpa-relación de causalidad-daño, enfoque según el cual frente a los actos o hechos, la obligación de indemnizar sólo se diera si el daño había sido causado culpablemente, idea que fue producto de la concepción ultraliberal característica de otra época”*³¹.

Con la Constitución de 1991 y su posterior depuración jurisprudencial, la responsabilidad patrimonial del Estado se basa en el daño antijurídico³², como *“un daño no contemplado por la Ley como carga pública que todo particular deba soportar”*³³, lo cual significa que el daño será calificado en cada caso por el juez, de cara a lo que exige el ordenamiento sin importar el análisis de culpabilidad alrededor de quien ocasionó el daño. Lo que importará será determinar si había o no deber jurídico de soportar el mismo. Así, por ejemplo, no será un daño antijurídico aquel que sufra el propietario y/o poseedor de un inmueble que sea

²⁷ Gaceta Constitucional, Núm. 56, abril 22 de 1991, p. 14.

²⁸ Consejo de Estado, sentencia del 27 de junio de 1991, Exp.: 6454, C.P.: Julio César Uribe Acosta.

²⁹ GIL BOTERO, Enrique, *“Responsabilidad extracontractual del Estado”*, VI Edición, Bogotá: Temis, 2013, p. 22.

³⁰ OSORIO JIMENEZ, Luz Adriana, *Ob. Cit.*, p. 47-49.

³¹ GIL BOTERO, Enrique, *“Responsabilidad extracontractual del Estado”*, VI Edición, Bogotá: Editorial Temis, 2013, p. 26-27.

³² MIR PUIGPELAT, Oriol, *“La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria”*, Madrid: Civitas, 2004, p. 58-59. Una exposición sobre la doctrina que se opone y la que reafirma la antijuricidad como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual, en BUSTO LAGO, José Manuel, *Ob. Cit.*, p. 14 y 53-70.

³³ RUIZ OREJUELA, Wilson, *“Responsabilidad del estado y sus regímenes”*, II Edición, Bogotá: ECOE Ediciones, 2013, p. 52.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

temporalmente ocupado por motivos en tiempos de guerra³⁴. De ahí la definición tan significativa de antijuricidad del daño que da ADRIANO DE CUPIS al afirmar que “*lo que el derecho tutela, el daño vulnera*”³⁵, lo cual se traduce en que el daño será antijurídico no por violación a una norma positiva sino porque la persona que lo padece no está en la obligación de soportarlo³⁶.

Ahora bien, aun cuando el análisis se hace en concreto, ello no impide que vía jurisprudencial se fijen criterios casuísticos como, por ejemplo, que habrá daño antijurídico por la devaluación de un inmueble (daño) situado en la proximidad a un puente vehicular que ha sido construido (carga pública) para el bienestar de la colectividad (interés general)³⁷. Como puede verse, lo que se protege es el derecho-principio a la libertad y otros (tranquilidad, intimidad, etc.), los cuales, si bien no son absolutos y por ello ceden frente a las cargas públicas, deben ser de todas formas protegidos hasta un punto tal que los derechos fundamentales de la víctima no se vean gravemente lesionados, pues en ese punto, se entiende que la víctima no está ya en el deber de soportar dicho daño, el cual, por esa sola razón, se torna antijurídico.

En conclusión, el principal elemento en la responsabilidad extracontractual del Estado es el daño antijurídico, pues sólo después de su configuración, se analiza la imputación del mismo³⁸ que, de todas formas, depende de aquél. Sin daño, no hay lugar a analizar más presupuestos³⁹. En cambio, una vez configurado el daño, viene el análisis sobre los

³⁴ “Artículo 59, C.P.: En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización. En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos. El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.”

³⁵ DE CUPIS, Adriano, *Ob. Cit.*, p. 109.

³⁶ BUSTAMANTE LEDESMA, “La responsabilidad extracontractual del Estado”, Editorial Leyer, 2003, p. 221.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp.: 13.168, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

³⁸ “Son supuestos de la responsabilidad del Estado el daño antijurídico, que consiste en la lesión a los derechos respecto de los cuales es titular el demandante, quien no tiene el deber jurídico de soportarla y la imputación del daño al ente demandado, que consiste en la atribución jurídica del daño, fundada en la prueba del vínculo existente entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente demandado” (Subrayado ajeno al original). Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de diciembre de 2005, Exp.: 14.065, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Igualmente: Sentencia del 13 de abril de 2000, Exp.: 11.892, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 3 de agosto de 2006, Exp.: 12.940, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 30 de enero de 2012, Exp.: 23.769, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Para Juan Carlos Henao “Primero se ha de estudiar el daño, luego la imputación y, finalmente, la justificación del porqué se debe reparar, esto es, el fundamento”. HENAO, Juan Carlos, “El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 37.

³⁹ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 36.

regímenes y factores de imputación, los cuales, si bien escapan al presente análisis, sirven de soporte para resaltar una implicación de la tesis de la antijuricidad objetiva (es decir, la de fundamentar la responsabilidad del Estado en la existencia del daño antijurídico y no en la falla de la Administración), cual es la procedencia de la acción de reparación directa como consecuencia de los efectos antijurídicos derivados de un acto administrativo⁴⁰ que goza de presunción de legalidad a la luz de lo señalado en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –C.P.A.C.A.⁴¹.

Es decir, no importa que la Administración hubiese actuado legalmente, sino que con dicha actuación se le haya quebrantado la igualdad ante las cargas públicas a una persona determinada, razón por la cual el título de imputación en dicho casos es el del daño especial⁴², que es uno de los regímenes objetivos de responsabilidad estatal, es decir, un régimen donde no se analiza si hubo falta o no de la Administración; y lo mismo sucede con el régimen de riesgo excepcional que se aplica a los daños originados por actividades peligrosas, en los que no se analiza la falta de la Administración sino el daño originado por aquéllas. Es decir, de nuevo, el enfoque está en el daño y no en la falta⁴³.

Todo lo anterior cobra relevancia en la medida que lo hace un régimen más exigente a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad penal⁴⁴, disciplinaria⁴⁵ o fiscal⁴⁶, en

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de diciembre de 2001, Exp.: 20.678, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 10 de junio de 2009, Exp.: 18.139, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁴¹ “Artículo 88, C.P.A.C.A.: Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”

⁴² RUIZ OREJUELA, Wilson, *Ob. Cit.*, p. 31.

⁴³ RUIZ OREJUELA, Wilson, *Ob. Cit.*, p. 17. GIL BOTERO, Enrique, *Ob. Cit.*, p. 21-25.

⁴⁴ “Artículo 9, Ley 599 de 2000: Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado....”

“Artículo 11, Ley 599 de 2000: Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.”

⁴⁵ “Artículo 5, Ley 734 de 2002: Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.” (Subrayado ajeno al original).

“Artículo 23, Ley 734 de 2002: La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.” (Subrayado ajeno al original).

⁴⁶ “Artículo 1, Ley 610 de 2000: Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.” (Subrayado ajeno al original).

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

donde la conducta antijurídica, sea ésta por acción o por omisión, es un elemento necesario para configurar la responsabilidad, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad del Estado, en donde incluso se responde por los daños derivados de una conducta ajustada a Derecho siempre y cuando exista daño antijurídico.

1.2. Diferencia entre daño y perjuicio:

La jurisprudencia del Consejo de Estado, asumiendo el criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia, se inclinó en cierto momento por la posición según la cual las palabras daño y perjuicio son sinónimas. Al respecto, señaló:

“Es obvio que el verbo dañar que emplea el artículo citado equivale a hacer daño y que la palabra daño equivale exactamente a perjuicio. Como sinónimas emplea la Corte Suprema estas expresiones en el siguiente párrafo de una sentencia suya que aclara también lo que debe entenderse por perjuicio material que es precisamente todo hecho que menoscaba el patrimonio económico de una persona. Dice la Corte, queriendo contrastar las expresiones perjuicio material y perjuicio moral: “Daño o perjuicio material (se subraya) es el que consiste esencialmente en una disminución o quebranto de un bien en un sentido pecuniario, y que puede afectar a una persona en su patrimonio. . .”. Según esa autorizada definición del daño o perjuicio material, cualquier acto que disminuya un elemento del patrimonio se debe entender que causa, perjuicios o daños materiales, o sea, económicos.”⁴⁷ (Subrayado ajeno al original).

En efecto, la anterior definición es tautológica⁴⁸ en tanto denota que “*el perjuicio es todo hecho o acto que causa perjuicios o daños*”, considerando al perjuicio como hecho y como efecto jurídico al mismo tiempo, lo cual no resulta lógico desde ningún punto de vista. Sin embargo, hay una parte de la doctrina que igualmente utiliza estos conceptos, o bien como sinónimos⁴⁹, o bien de manera indistinta⁵⁰ por considerar que la distinción carece de relevancia alguna. Tal es el caso de LUIS ORTIZ ÁLVAREZ quien asevera que “*la distinción*

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de julio de 1958, Sin expediente, C.P.: Ricardo Bonilla Gutiérrez, Actor: Alfredo García. Anales del Consejo de Estado, T. LVI, p. 167.

⁴⁸ Tautología según la Real Academia de la Lengua Española (en adelante RAE), Vigésima edición significa: “*Repetición de un mismo pensamiento expresado de distintas maneras*”. Disponible en <http://www.rae.es/rae.html>. Consultado el 12 de agosto de 2014.

⁴⁹ “*El daño, que también se llama perjuicio*”. BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 220. Igualmente SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, “*La responsabilidad extracontractual de la administración pública*”, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011, p. 594-595. OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando, “*El daño mortal: el valor de la vida. La pérdida de la vida, ¿Un daño indemnizable?*”, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 196.

⁵⁰ QUINTERO NAVAS, Gustavo, “*El perjuicio y sus consecuencias en Colombia*”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 425. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/20.pdf>. ISAZA POSSE, María Cristina, “*De la cuantificación del daño: Manual teórico-práctico*”, Bogotá: Temis, 2013, p. 16.

*está desprovista de utilidad*⁵¹. De igual manera, LUIS FERNANDO TERNERA BARRIOS y FRANCISCO TERNERA BARRIOS señalan que la discusión es irrelevante para efectos de analizar el daño y su indemnización⁵². Por su parte, JAVIER TAMAYO JARAMILLO en 1983 distinguía entre daño y perjuicio⁵³, mientras que en el de 2010, manifiesta que dicha posición es errónea⁵⁴.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al respecto, que ha sido citada en varias oportunidades por el Consejo de Estado para reafirmar que existe una diferencia entre ambos conceptos, ha resaltado que:

“El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio [mientras que] el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó.”⁵⁵ (Subrayado ajeno al original).

No obstante lo anterior, no deja de ser un hecho evidente que la jurisprudencia del Consejo de Estado aún no se ha puesto de acuerdo en definir y explicar con profundidad si se trata de conceptos similares o diferentes, y si la distinción cobra alguna importancia útil o no. Así, no es raro encontrar que en unas ocasiones se utilice la expresión “quantum del daño”⁵⁶; en otras, “quantum del perjuicio”⁵⁷; y en otras; ambas, indistintamente⁵⁸, sin saber si lo que se cuantifica es el daño o el perjuicio, aun cuando –se adelanta– lo más lógico es

⁵¹ ORTIZ ÁLVAREZ, Luis, *“El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la administración pública”*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 50.

⁵² TERNERA BARRIOS, Luis Francisco; TERNERA BARRIOS, Francisco, *“Breves comentarios sobre el daño y su indemnización”*, Volumen VII, Opinión Jurídica, ISSN. 16922530, 2008, p. 101, pié de página número 4.

⁵³ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *“El daño civil y su reparación”*. En: *“Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana”*, Vol. 66, Medellín, 1983, p. 36.

⁵⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *“Tratado de responsabilidad civil”*, Tomo II, Bogotá: Legis, 2010, p. 327-330, 484-485.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 13 de diciembre de 1943, M.P.: Aníbal Cardoso Gaitán. Citada en las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: Sentencia del 9 de mayo de 2011, Exp.: 18.048, C.P.: Enrique Gil Botero; del 8 de junio de 2011, Exp.: 17.858, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de marzo de 1978, Exp.: 2.008, C.P.: Jorge Valencia Arango.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 20.227, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 23 de abril de 2013, Exp.: 26.621, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de noviembre de 1967, Exp.: 718, C.P.: Carlos Portocarrero. Sentencia del 12 de noviembre de 1999, Exp.: 11.344, C.P.: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 27 de noviembre de 2001, Exp.: 13.792, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

pensar que la cuantificación se hace respecto del perjuicio, por las razones que se expondrán más adelante, no respecto del daño.

Por último, hay que mencionar las razones que arguyen quienes afirman que ambos conceptos son diferentes: JUAN CARLOS HENAO señala que *“el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil (...)”*⁵⁹, *“se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión- y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima”*⁶⁰. Igualmente, ENRIQUE GIL BOTERO distingue entre el daño evento y el daño consecuencia para referirse al daño y al perjuicio, respectivamente⁶¹, lo cual significa que *“el perjuicio es la consecuencia económica del daño”*⁶².

JUAN CARLOS HENAO⁶³ explica la importancia útil de la distinción, sobre lo cual sin embargo, menciona que la exposición carece en realidad de efecto práctico y/o útil⁶⁴, sin que ello signifique que no sean ciertas las diferencias mencionadas, bajo ciertos reparos, sobre todo, en relación con las acciones populares y de grupo, sobre las cuales se refiere el autor en su libro publicado en julio de 1998, un mes antes de ser proferida la Ley 427 de 1998, por la cual se desarrolla el ejercicio de estas acciones constitucionales (Ley que entró en vigencia el 6 de agosto de 1998)⁶⁵. Los comentarios que al respecto pueden oponerse exceden el estudio del presente capítulo, máxime cuando en las líneas siguientes se definirá la posición que será asumida en adelante sobre esta diferenciación daño-perjuicio.

Resulta necesario usar de manera adecuada estos conceptos para efectos de coherencia jurídica y otras implicaciones que se verán en distintas temáticas del presente estudio. Basta con ahondar en la temática para evidenciar que a cada término se le ha dado una naturaleza que va más allá del sentido común de las palabras, por lo cual resulta necesario acudir al mismo con el fin de desanudar este juego de palabras en que ha caído involuntariamente la jurisprudencia y la doctrina.

A continuación, se expondrá lo que en el lenguaje común se entiende por estos vocablos, y la manera como serán analizados en adelante los mismos⁶⁶:

⁵⁹ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 37.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 78.

⁶¹ GIL BOTERO, Enrique, *Ob. Cit.*, p. 37.

⁶² GIL BOTERO, Enrique, *“Temas de responsabilidad extracontractual del Estado”*, III Edición, Bogotá: Librería Jurídica Comlibros, 2006, p. 55.

⁶³ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 76-124.

⁶⁴ En contra de esta teoría, igualmente TAMAYO JARAMILLO, Javier, *“Tratado de Responsabilidad Civil”*, p. 332-334.

⁶⁵ La referencia a la entrada en vigencia de la Ley 427 de 1998 frente a la publicación del libro se hace sólo para efectos expositivos.

⁶⁶ Definiciones tomadas del Diccionario de la RAE, Vigésima segunda edición. Consultadas el 12 de agosto de 2014.

SOBRE EL DAÑO	SOBRE EL PERJUICIO
<p style="text-align: center;"><u>Daño:</u> Efecto de dañar</p>	<p style="text-align: center;"><u>Perjuicio:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Efecto de perjudicar. • <i>Detrimiento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa.</i> • <i>Indemnización que se ha de pagar por este detrimento.</i>
<p style="text-align: center;"><u>Dañar:</u> Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.</p>	<p style="text-align: center;"><u>Perjudicar:</u> Ocasionar daño o menoscabo material o moral.</p>
<p style="text-align: center;"><u>Dañado:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Malo, perverso. • Dicho de la fruta o de algún otro comestible: Corroído por un insecto. 	<p style="text-align: center;"><u>Perjudicado:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Que ha sido <i>víctima de daño o menoscabo material o moral.</i>

Así, nótese que **(i)** *en sentido lato*, tanto perjuicio como daño hacen referencia al *efecto* de un hecho dañino (“efecto de dañar”) o perjudicial (“efecto de perjudicar”), con lo cual tanto perjuicio como daño serían sinónimos de una lesión o menoscabo (patrimonial o extrapatrimonial). Así lo ha entendido igualmente el profesor ADRIANO DE CUPIS en las siguientes afirmaciones:

- “Cuando un interés se lesiona, se realiza un perjuicio, un daño.”
- “Para el derecho privado perjudicado es aquel que sufre un daño en su propio interés privado, directamente tutelado; todo aquel que experimenta tal daño en sentido jurídico se llama perjudicado, por lo que puede invocar a su favor la responsabilidad, por ser sujeto activo de la obligación resarcitoria.”⁶⁷

Sin embargo, **(ii)** *en un sentido estricto*, es el daño, como fenómeno o hecho, y únicamente como ello, el que puede ser calificado o no por cada ordenamiento jurídico como antijurídico dependiendo del criterio que se acoja, esto es, bien sea por tratarse de un hecho contrario a derecho, o porque sobrepase el deber de resistencia de la persona frente a las cargas públicas, etc.⁶⁸. No sucede lo mismo con el perjuicio, el cual tiene a su vez una connotación económica como pudo verse arriba. Es decir, en el momento en que el daño deja de ser daño para ser considerado daño antijurídico, pierde su similitud con el

⁶⁷ DE CUPIS, Adriano, *Ob. Cit.*, p. 93 y 599, respectivamente. Igualmente, nótese que ambos conceptos son tratados indistintamente en las siguientes páginas: 84, 90, 92, 129 569, 601, 662 y 669.

⁶⁸ Al respecto, BREWER CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 170-171.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

perjuicio, en cuanto simple detrimento o menoscabo, para ser considerado entonces un detrimento o lesión respecto del cual la víctima no está en la obligación de soportarlo (Concepto jurídico y ya no natural).

En Colombia, el artículo 90 de la Constitución Política dispuso que “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables...*”. Entonces podría uno válidamente preguntarse ¿Por qué la Constitución acuñó el término daño antijurídico y no el de perjuicio antijurídico si en sentido lato son sinónimos? La razón es precisamente que el daño es un evento, un daño-evento como lo menciona GIL BOTERO⁶⁹, más no un efecto jurídico como lo resalta ADRIANO DE CUPIS. El daño es un hecho jurídico que *causa* efectos jurídicos, (iii) a diferencia de lo que sucede con el perjuicio, el cual corresponde específicamente al detrimento ocasionado “a causa” del daño; es decir, el perjuicio es el efecto pecuniario del daño, el cual puede ser patrimonial o extrapatrimonial, dependiendo del lugar en el cual irradie el daño, sobre lo cual se ahondará más adelante.

En ese sentido, (iv) dado que el daño es un concepto que se refiere exclusivamente al hecho que no se está en obligación de soportar pero que ya ha sido causado, su consecuencia a nivel institucional es la reparación; mientras que el perjuicio, como efecto patrimonial del daño, tiene como consecuencia la indemnización⁷⁰, aun cuando la doctrina no diferencia muchas veces entre reparación e indemnización⁷¹, pero ya se verán las diferencias en el siguiente capítulo.

De lo anterior se deriva que la acepción que debe rechazarse rotundamente es la del perjuicio como indemnización, ya que son antagónicas, pues la indemnización busca precisamente resarcir el perjuicio causado⁷², es la reacción o consecuencia del perjuicio⁷³.

⁶⁹ GIL BOTERO, Enrique, “*Responsabilidad extracontractual del Estado*”, p. 37.

⁷⁰ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 106. Igualmente, la RAE define el perjuicio –se reitera– como el “*Detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa.*” En igual sentido: “*el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud (...)* La calificación de un principio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado (...). Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto (a una Administración en nuestro caso) será una lesión, un perjuicio injusto, que por la propia virtualidad de esa última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil.” GARCÍA DE ENTERRÍA: Eduardo, “*Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*”, p. 176-177.

⁷¹ Sobre esta crítica, ver AMAYA CAMPO, Kamal José, “*El derecho a la reparación: mucho más que una simple indemnización*”, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

⁷² BUSTAMANTE LEDESMA, *Ob. Cit.*, p. 213.

Volviendo a hacer uso del sentido común, es claro que una solicitud para obtener una indemnización no es equiparable a una solicitud para obtener un perjuicio. Es todo lo contrario. Ciertamente, en este punto, la indemnización como significado de perjuicio obedece a un uso coloquial de la palabra “perjuicio”, mas no a un uso correcto de la misma, por las razones antes expuestas. En esa medida, el perjuicio queda definido de manera general como lesión; y para el caso concreto del ordenamiento colombiano, como detrimento patrimonial, el cual es objeto de cuantificación.

Ahora, (v) si bien en el lenguaje común puede decirse que a determinada persona se le ha causado un daño, no por ello se puede afirmar que esa persona ha sido “dañada”, sino que por el contrario, se afirma que ha sido “perjudicada”, es decir, si bien el daño recae sobre el bien o interés tutelado por el ordenamiento, el perjuicio se proyecta sobre la persona. De ahí que tenga toda la razón FRANCIS-PAUL BÉNOIT cuando afirma que mientras la noción de daño es un hecho, la de perjuicio es una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada⁷⁴. Este es otro aspecto que debe tenerse en cuenta al momento de hacer uso de las palabras daño y perjuicio, sobre todo por coherencia lingüística.

Aún si fuera cierto que la diferenciación entre estos conceptos no tiene una verdadera utilidad práctica, lo cierto es que ello no puede ser óbice para realizar un uso inadecuado de las palabras, incurriendo en errores semánticos o en tautologías que, finalmente, distorsionan el claro entendimiento de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. Así, una buena forma de terminar este subcapítulo es haciendo uso de la frase de ENRIQUE GIL BOTERO para criticar la redacción del artículo 206 del Código General del Proceso⁷⁵, que desde el 1° de enero de 2014 reemplazó al artículo 10 de la Ley 1395 de

⁷³ En igual sentido, MANCIPE GONZÁLEZ, Andrés Ricardo, “*Los perjuicios inmateriales en la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia*”, Tesis de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 50.

⁷⁴ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 106, en cita a BÉNOIT, Francis-Paul, “*Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d’imputabilité)*”, en JCP, 1957. En igual sentido, HEDERICH GARCÍA, Franz, “*El daño a la salud, daño autónomo objeto de indemnización*”. En: *Revista Temas Socio-Jurídicos*, julio 30, 2012, p. 227.

⁷⁵ “Artículo 206, C.G.P.: *Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

(...)

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.”

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

2010, pues aquel se refiere, por una parte, al reconocimiento de sumas por “perjuicios”, para finalmente, referirse a la cuantificación de los “daños” extrapatrimoniales, ignorando que “una cosa es la existencia del daño y otra la cuantificación del perjuicio”⁷⁶, o como mencionó la Corte Constitucional: “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado”⁷⁷.

De ahí que no se acoja cierta jurisprudencia de antaño en la cual se confunde la medición del daño con la cuantificación del perjuicio:

*“En relación con la cuantificación de los daños materiales, en primer lugar se observa que estos se clasifican como emergentes y como lucro cesante. En los primeros se comprenden los intereses patrimoniales actuales que han sido afectados con el hecho del cual se deriva la responsabilidad; en los segundos, el interés futuro o la utilidad futura que por la misma razón el afectado dejará de percibir.”*⁷⁸ (Subrayado ajeno al original).

En conclusión, no es cierto, como lo afirma ANDRÉS OSPINA, que esta diferenciación tenga efectos viciosos consistentes en que cuando sólo “*algunas vulneraciones son daños, mientras que otras son perjuicios, determina que solamente los segundos sean resarcible y los primeros simples generadores que no le interesan al derecho para efectos reparatorios (...) [es decir], los daños no se indemnizan*”⁷⁹. Esta interpretación es tan errónea que ignora una interpretación literal del artículo 90 C.P. Como se dijo, daño y perjuicio, en sentido lato, son lo mismo, pero el Estado sólo responde patrimonialmente por los daños antijurídicos, los cuales se analizan (pecuniariamente) desde el punto de vista de los perjuicios que ocasiona el daño; no desde el daño, porque el daño puede ser extrapatrimonial (y en esa medida, no puede cuantificarse); mientras que el perjuicio, por ser un concepto con contenido económico, siempre es valorable pecuniariamente.

1.3. Requisitos para la configuración del daño antijurídico:

La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado los requisitos *sine qua non* para la configuración del mismo, de los cuales se deriva que el daño debe ser: **(i) personal** y **(ii) cierto**. Será personal cuando quien reclame la reparación ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso, independientemente de la consanguinidad, afinidad u otros factores. Por otra parte, será cierto cuando exista certidumbre sobre la existencia del daño, bien sea

⁷⁶ GIL BOTERO, Enrique, “Responsabilidad extracontractual del Estado”, p. 127.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de noviembre de 1990, Exp.: 5.835, C.P.: Gustavo de Greiff. Esta afirmación no sólo confunde la diferencia entre medir el daño y cuantificar el perjuicio, sino también el perjuicio pasado con el futuro, como se verá. A favor de este uso semántico, ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento del daño moral”, Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 68-69.

⁷⁹ OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando, *Ob. Cit.*, p. 198-199.

que el mismo se haya consolidado o sea futuro; lo importante en este punto es que la lesión se haya producido, se esté produciendo o se produzca de manera cierta en un futuro, de manera que se excluya la responsabilidad del Estado por el daño hipotético, eventual o posible.

1.3. a) El daño debe ser personal:

El carácter personal del daño hace referencia a que la titularidad del bien o interés jurídico, cuya reparación se solicita, esté en cabeza de quien efectivamente acude a la administración de justicia. En otras palabras, hace referencia básicamente a la legitimación material en la causa por activa⁸⁰, es decir, a quién tiene derecho a reclamar la reparación; “y la tendrá quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso, independientemente de la consanguinidad, afinidad u otros factores”⁸¹. En el mismo sentido lo ha venido resaltando la jurisprudencia del Consejo de Estado de mucho tiempo atrás, señalando que una cosa es el vínculo con la víctima inicial y otra es el daño derivado del daño ocasionado a la víctima original (daño por rebote como veremos)⁸². Por ahora, pertinente es citar lo que ha dicho el Consejo de Estado en relación con la legitimación en la causa por activa en procesos de reparación directa, para así evidenciar la correspondencia de la misma con el carácter personal del daño:

“... la legitimación en la causa por activa expresa la relación directa entre la parte actora y los intereses jurídicos involucrados en el proceso, de suerte que ante la ausencia de tal relación “las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido” (...). Sobre el particular, la jurisprudencia ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. Respecto de la primera, ha sostenido que es aquella que se establece entre las partes en razón de la presentación y notificación de la demanda, mientras que la segunda se contrae a “la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o que hayan sido demandadas.””⁸³ (Subrayado ajeno al original).

E igualmente,

⁸⁰ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 103, 128. En oposición, MANCIPE GONZÁLEZ, Andrés Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 51.

⁸¹ GIL BOTERO, Enrique, “*Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*”, p. 68.

⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 1985, Exp.: 3.253, C.P.: Jorge Valencia Arango. Igualmente, Sentencia del 19 de junio de 1989, Exp.: 4.678, C.P.: Gustavo de Greiff Restrepo. Sentencia del 23 de junio de 2011, Exp.: 40.575, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de abril de 2013, Exp.: 25.492, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

“La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo y sobre ella se ha dicho que “La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado.”⁸⁴ (Subrayado ajeno al original).

En otras palabras, el carácter personal del daño se asimila a la legitimación *material* en la causa, como quiera que ambos se refieren a la equiparación entre la persona que ostenta la titularidad de un interés jurídico lesionado por un daño antijurídico, y quien, como consecuencia de lo anterior, acude a solicitar la reparación; de ahí que, sin este requisito, no se dicte sentencia favorable al demandante, lo cual es apenas lógico si se tiene en cuenta que sin dicho requisito no se configuraría el daño con fundamento en todos sus requisitos; y sin que se haya establecido el carácter personal del mismo, al juez le queda imposible ordenar su reparación, pues sencillamente desconocería el titular del bien o interés cuya reparación se demanda.

Nótese que se habla de interés jurídico, que es el fundamento de la legitimación en la causa por activa, y así lo replica el artículo 140 C.P.A.C.A.: *“En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.”* En consecuencia, sólo está materialmente legitimado quien tiene el interés legítimo en ser reparado por la ocurrencia del daño evento⁸⁵, lo cual depende de lo que se logre probar en el proceso y no simplemente de la condición que se alegue en el mismo⁸⁶, pues el “interés” se refiere a la facultad de actuación para hacer efectivo el bien jurídico⁸⁷:

“Por “bien jurídico” ha de entenderse, en sentido amplio, cualquier objeto de satisfacción (...) El interés jurídico es un poder de actuar, reconocido por la ley, hacia el objeto de satisfacción (en cuyo caso se alude a un interés legítimo que es contenido de un derecho subjetivo), o, por lo menos, una expectativa lícita a continuar obteniendo el objeto de satisfacción (al que se ha denominado “interés simple”, si esa expectativa no es sustento de un derecho subjetivo) (...) La

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp.: 24.693, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz.

⁸⁵ Así, RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 82-84. En una posición contraria, ILLESCAS RUS, Ángel, “El daño moral estricto” en: FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (Ed.), *“Valoración judicial de daños y perjuicios”*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 230.

⁸⁶ “La Sala (...) ha distinguido entre aducir, en la demanda, una condición (legitimación de hecho) y probar directamente el interés verdadero (legitimación material), en juicio...”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de julio de 1992, Exp.: 6.750, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

⁸⁷ “[Interés] es la exigencia de que sea satisfecha alguna necesidad humana, o sea exigencia de que se consiga uno de los llamados bienes jurídicos; y la tensión de la voluntad para la obtención de aquel”. MESSINEO, Francesco, *“Manual de derecho civil y comercial”*, (Trad.: S. Sentís Melendo), Buenos Aires: Ejea, 1954, p. 9. Citado por ZANONI, Eduardo A., *“El daño en la Responsabilidad Civil”*, III Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 51.

salud de alguien [bien jurídico no patrimonial], por ejemplo, permite trabajar, obtener ingresos económicos [intereses patrimoniales].”⁸⁸ (Subrayado ajeno al original).

En este sentido, basta con que la persona perjudicada se vea lesionada en uno de sus intereses para poder acudir a la jurisdicción a obtener su debida reparación.

- **El daño de las víctimas indirectas o “por rebote” también es personal:**

El carácter personal del daño no tiene mayores dificultades frente a víctimas directas, esto es, aquellas que sufren un daño por el menoscabo de uno de sus derechos o intereses. Sin embargo, frente a las “víctimas indirectas”⁸⁹, la situación se complejiza. Son víctimas indirectas aquellas que sufren un “daño por rebote” o “daño por percusión”, el cual ha sido definido en los siguientes términos por FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS:

“... puede entenderse el daño por repercusión o rebote como el que nace a consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito, y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado. Aunque teóricamente podría pensarse en otras situaciones, el daño por repercusión o rebote se plantea, principalmente, en caso de lesiones corporales o muerte de la víctima inicial dado que junto al obvio perjuicio que sufre el directamente lesionado o fallecido, acontece que su cónyuge, hijos o los otros sujetos que de él dependen o que con él se relacionan, se ven perjudicados patrimonial o extrapatrimonialmente.”⁹⁰ (Subrayado ajeno al original).

Ejemplos de este tipo de víctimas, son aquellas que recibían alimentos de la víctima inmediata o directa (que no son sólo el cónyuge y los hijos, sino también cualquier extraño benévolamente protegido)⁹¹; o los parientes cercanos. Otra ejemplificación de este tipo de víctimas y del porqué se presume el daño moral a algunas de estas víctimas, en el siguiente pronunciamiento:

“- la víctima directa porque padeció antijurídicamente la pérdida de su libertad que le limitó el derecho constitucional de locomoción y le lesionó el buen nombre, al publicarse la noticia de haber sido aprehendida por estar vinculado a un proceso penal; y

⁸⁸ ZANONI, Eduardo A., *Ob. Cit.*, p. 51.

⁸⁹ Así llamadas por la jurisprudencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de septiembre de 2001, Exp.: 13.326, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 1 de marzo de 2006, Exp.: 17.256, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 24 de enero de 2011, Exp.: 18.190, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz. En oposición, el Consejo de Estado en algunas oportunidades ha dicho que no son víctimas indirectas, pues el perjuicio lo sufren directamente: Sentencia del 18 de junio de 1991, Exp.: 6.283, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Llamándolas “indirectas”: MANCIPE GONZÁLEZ, Andrés Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 50-51.

⁹⁰ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “Del daño por repercusión o rebote”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, No. 2, Sección Estudios, 1999, p. 369.

⁹¹ RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 96.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- las víctimas indirectas (familiares hija, madre, hermanos) porque al ser sus parientes en la primera célula de la familia, de contera padecieron antijurídicamente aflicción los hechos falentes de la Nación.”⁹² (Negritas propias del original).

Así, si bien el vínculo de consanguinidad, afinidad, proximidad o dependencia económica debe probarse para efectos de solicitar indemnización de perjuicios patrimoniales (ya que los morales se presumen en ciertos casos⁹³), lo importante es que, más allá de la capacidad que tenga el demandante para probar un vínculo de cualquier tipo con la persona cuya muerte o lesión le genera un perjuicio, tenga la capacidad para probar que sin esa persona viva, los perjuicios se irradian indefectiblemente en su patrimonio o, en los bienes que, aun estando fuera de su patrimonio, le pertenecen y son protegidos por el ordenamiento (caso de los perjuicios extrapatrimoniales).

Como consecuencia de lo anterior se tiene que, por ejemplo, no por el hecho de ser heredero, se hace víctima indirecta *per se*. De ahí que ENRIQUE GIL BOTERO⁹⁴ critique la posición que han asumido algunos tribunales de lo contencioso administrativo, que han “sacralizado” la prueba documental del parentesco (Registro civil de nacimiento) y de afinidad (Registro civil de matrimonio), cuando ello sólo prueba precisamente el parentesco o la afinidad, mas no el daño, con lo cual se desconoce el derecho a la igualdad, el precedente judicial y el Decreto 1260 de 1970 “*Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas*”⁹⁵. Así, puede haber daño sin dicha prueba (Piénsese en una empleada interna del servicio), o puede haber prueba sin daño (Si bien era la madre, no dependía económicamente del *de cujus*, razón por la cual sólo podrá reclamar perjuicios morales).

Así –se reitera–, una cualidad es la de heredero; y otra, la de víctima indirecta. Sin embargo, frente a la afirmación de GUSTAVO QUINTERO NAVAS según la cual “*Para el juez administrativo, la doble calidad de víctima y heredero, produce un beneficio monetario importante para el actor, que se tiene como enriquecimiento injusto*”⁹⁶, hay que refutar que ello no es así, dado que, aun en el caso más extremo en el cual el heredero es víctima y al mismo tiempo “pariente cercano”, es indemnizado como “pariente cercano” por los perjuicios morales

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de julio de 2000, Exp.: 12.641, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Reiterada en Sentencia del 24 de enero de 2011, Exp.: 18.190, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz.

⁹³ La presunción como tal existe de muchos años atrás: Al respecto, Sentencia del 16 de noviembre de 1989, Exp.: 5.606, C.P.: Gustavo de Greiff Restrepo. Se verá en el Capítulo II.

⁹⁴ GIL BOTERO, Enrique, “*Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*”, p. 69.

⁹⁵ Un estudio jurisprudencial sobre la prueba del parentesco en: GIL BOTERO, Enrique, “*Tesaurus de responsabilidad extracontractual del estado: jurisprudencia 1991-2011*”, Tomo IV, Bogotá: Editorial Temis, 2013, p. 587-627.

⁹⁶ QUINTERO NAVAS, Gustavo, *Ob. Cit.*, p. 431.

que se presumen según la jurisprudencia, y como “víctima indirecta” por los perjuicios patrimoniales que, en todo caso, deberá probar. Se trata de perjuicios diferentes que deben ser indemnizados por separado, sin que ello implique enriquecimiento injusto.

Ahora bien, si es heredero pero no es pariente cercano, deberá probar el daño moral; y adicionalmente, (como víctima y ya no como heredero), deberá probar los perjuicios patrimoniales. En otros términos, ostentar la doble calidad no puede implicar en ningún caso una doble indemnización por el mismo rubro. Veamos:

CALIDAD	PERJUICIOS PATRIMONIALES	PERJUICIOS MORALES
Víctima + No heredero	Debe probarlos	Debe probarlos
Víctima + Heredero	Debe probarlos	Debe probarlos
Víctima + Heredero + Pariente	Debe probarlos	Presunción de aflicción

- **El daño es personal aun cuando se transmita el derecho a la indemnización⁹⁷:**

Si bien esta afirmación, de entrada, parecería extraña en la medida que, si el daño debe estar dirigido contra un bien o interés personal del demandante, no resulta lógico que sea otra persona quien finalmente reciba el monto correspondiente a la indemnización, más aun si se trata del monto por perjuicios morales, los cuales surgen como consecuencia de la lesión a derechos personalísimos, que son, en esencia, intransmisibles⁹⁸. Sin embargo, valga enunciar que el Consejo de Estado ya resolvió este dilema hace tiempo a favor del criterio que permite la transmisibilidad, no del daño ni del perjuicio, sino del derecho de acción, con fundamento en las siguientes razones⁹⁹:

- *“no es que se transmita el dolor, la angustia o la congoja causada por el daño a quien en vida lo padeció y sufrió..., lo que se transmite es el derecho a reclamar por tal sufrimiento de la persona que era titular del mismo y, por ende, legitimada para demandar”¹⁰⁰.*
- *“La posibilidad de obtener la reparación de los perjuicios morales es de carácter patrimonial [con mayor razón aplica para los demás perjuicios] y como tal se transmite a los herederos,*

⁹⁷ Para mayor detalle, RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio, *“La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral”*. En: Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, No. 109, Bogotá: junio, 2005, p. 670.

⁹⁸ BREBBIA, Roberto H., *“El Daño Moral”*, II Edición, Buenos Aires: Editorial Orbir, 1967, p. 247. ZANONI, Eduardo A., *Ob. Cit.*, p. 449. PEREZ VIVES, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 354.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2008, Exp.: 16.403, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2005, Exp.: 16.346, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

habida consideración de que en el ordenamiento jurídico nacional no existe disposición que prohíba dicha transmisión y que por regla general indica que todos los activos, derechos y acciones de carácter patrimonial forman parte de la masa herencial”¹⁰¹.

- *“Lo anterior guarda armonía con los principios informadores del ordenamiento jurídico en materia de daño resarcible y, en especial, el derecho a la indemnización por todos los daños antijurídicos sufridos (art. 90) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 13)”¹⁰².*
- *“el derecho a la indemnización por el perjuicio moral [con mayor razón aplica para los demás perjuicios] se transmite porque se trata de un crédito que puede ser reclamado, bien por su titular o por sus sucesores mortis causa, éstos últimos como continuadores de su personalidad”¹⁰³.*

Así, el análisis del carácter personal del daño sí se lleva a cabo pero en relación con la persona cuyo bien o interés fue quebrantado y quien posteriormente transmitió el derecho a la reparación, bien sea por acto *inter vivos* o *mortis causa*. Frente al que recibe el derecho de crédito, no se analiza el carácter personal del daño, pues no es el titular del derecho lesionado ni fue quien interpuso el medio de control en su momento.

1.3. b) El daño debe ser cierto¹⁰⁴:

El carácter cierto del daño hace referencia a que, aun cuando el daño sea consolidado o futuro, exista *certidumbre* acerca del mismo cuando se constate que produjo o producirá una disminución o lesión patrimonial o extrapatrimonial en los intereses legítimos de quien lo sufre. Con este requisito busca excluirse el daño hipotético, eventual o posible¹⁰⁵. En esa medida, será necesario escudriñar el alcance de la certeza y la eventualidad del

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp.: 14.908, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de septiembre de 1998. Exp.: 12.009, C.P.: Daniel Suárez Hernández. Posición reiterada en sentencias del 10 de marzo de 2005, Exp.: 16.346, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra; y del 26 de abril de 2006, Exp.: 14.908, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰⁴ PATIÑO D., Héctor Eduardo, *“Certeza o eventualidad del daño en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

¹⁰⁵ Con fundamento en la doctrina de los hermanos Mazeaud y Tunc, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de mayo de 1998, Exp.: 10.397, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Igualmente, Sentencia del 14 de septiembre de 2000, Exp.: 12.166, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. GIL BOTERO, Enrique, *“Temas de responsabilidad extracontractual del Estado”*, p. 70-71.

daño como palabras antagónicas¹⁰⁶ para analizar a qué se refiere este requisito. Por “incierto” ha entendido el Consejo de Estado lo siguiente:

“... se habla de un perjuicio incierto aludiendo a los daños cuya existencia no está del todo establecida, pudiéndose plantear dudas acerca de su realidad.

(...)

El criterio esencial para determinar en qué casos un perjuicio es cierto, resulta de apreciar que de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo.

(...)

... daño eventual equivale al daño que no es cierto, o sea, el daño fundado en suposiciones o conjeturas.”¹⁰⁷ (Subrayado ajeno al original).

En consecuencia, tenemos una primera aproximación y es la de la similitud entre el daño eventual y el daño incierto; conceptos que, según el Consejo de Estado, son sinónimos igualmente de daño hipotético¹⁰⁸. Daño eventual será todo aquel cuya ocurrencia no está clara ni puede preverse en un futuro con seguridad, Es decir, según esto último, el daño futuro sí es resarcible¹⁰⁹, siempre que sea cierto¹¹⁰; “siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará”¹¹¹. En palabras de JORGE MOSSET ITURRASPE, “el daño cierto supone una existencia real o, al menos, la probabilidad suficiente de una existencia futura”¹¹². En este punto ha ahondado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

¹⁰⁶ “Lo contrario a la certeza es la incertidumbre que se presenta cuando no hay seguridad sobre la real existencia del perjuicio que se invoca, se dice que el daño es incierto cuando los elementos de juicio de que se dispone no son suficientes para sustentar su causación”. BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 227. Ver igualmente, PATIÑO D., Héctor Eduardo, *Ob. Cit.*, p. 74-79.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de mayo de 1998, Exp.: 10.397, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido PEIRANO FACIO, Jorge, “Responsabilidad Extracontractual”, III Edición, Bogotá: Editorial Temis, 1981, p. 362-363 y 366.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp.: 13.168, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez: “El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública.”

¹⁰⁹ “La jurisprudencia no ha puesto jamás dificultades para admitir esos principios. Desde el momento en que el perjuicio es cierto, concede la reparación del mismo, aun cuando sea futuro”: MAZEAUD, Henri y León; TUNC, André, “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, Tomo I, Vol. 1, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1993, p. 305-306.

¹¹⁰ PEIRANO FACIO, Jorge, *Ob. Cit.*, p. 362-363 y 366.

¹¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de junio de 1967, C.P.: Carlos Portocarrero Mutis, A.C.E., Tomo LXXII, año KLII, No. 413-414, p. 279.

¹¹² MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Parte General, Tomo I, Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2004, p. 258-259.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

*“En este orden de ideas, la **certeza** del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia independientemente de que sea presente o futura, mientras que la **eventualidad** precisamente se opone a aquella característica, es decir, es incierto el daño “cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no”¹¹³ y por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad extracontractual. Y la **concreción del daño** se dirige a que el bien que se destruye, deteriora o modifica se precisa finalmente en la determinación o cuantificación del monto indemnizable.”¹¹⁴ (Subrayado ajeno al original).*

Ahora bien, teniendo en cuenta el problema que presenta el daño futuro de cara al carácter cierto del daño, la jurisprudencia ha establecido unas reglas para que el daño futuro adquiera certeza representada en lucro cesante¹¹⁵, o daño emergente¹¹⁶, pues de lo contrario, sería muy difícil su análisis.

De todo lo anterior, pueden extraerse las siguientes conclusiones: **(i)** el daño cierto puede ser pasado, presente o futuro¹¹⁷. En relación con el pasado¹¹⁸ y el presente¹¹⁹ (conocidos como daños consumados o consolidados), no hay mayor inconveniente, como quiera que la prueba del mismo resultará más fácil de aportar al proceso. El problema se suscita con el daño futuro, **(ii)** el cual, si bien no ha acaecido, resulta resarcible en la medida que se demuestre que el mismo se producirá de manera infalible; **(iii)** de lo contrario, el daño sería hipotético, o eventual, por estar fundamentado en conjeturas o suposiciones, lo cual **(iv)** trae como consecuencia la decisión inhibitoria del juez¹²⁰.

¹¹³ Sentencia del 8 de agosto de 1988, Exp.:5.154, actor: Hugo Napoleón Tovar Silva y Otros, C.P. Carlos Ramírez A. [sic]

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2002, Exp.: 13.830, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

¹¹⁵ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 227-228.

¹¹⁶ TAMAYO JARAMILLO, “*Tratado de responsabilidad civil*”, p. 474-475: “Por tanto, es inexacto identificar el daño emergente con los perjuicios pasados y el lucro cesante con los futuros, pues uno y otro pueden gozar de ambas características”.

¹¹⁷ En igual sentido, GIL BOTERO, Enrique, “*Responsabilidad extracontractual del Estado*”, p. 123.

¹¹⁸ El daño cierto pasado, es lo que corresponde al daño consolidado o consumado. En palabras de Juan Carlos Henao: “Es evidente que esta hipótesis no plantea problemas mayores, al encontrarse frente a una realidad ya vivida: el juez simplemente comprueba la realidad de lo que afirma quien demandó, teniendo en cuenta que se trata de un dato del pasado, de un perjuicio que ya se exteriorizó y consolidó”. HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 132.

¹¹⁹ Por su parte, RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 68: “El daño futuro (...) no se pone de manifiesto al juez con las mismas características con que se da el daño ya consumado (daño presente), esto es, de ser en su existencia directa e inmediata intuible a través del examen de los hechos probados en el curso del juicio.” (Subrayado ajeno al original).

¹²⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 27 de octubre de 1994, Exp.: 9.763, C.P.: Julio César Uribe Acosta. Criterio reiterado en Consejo de Estado, Sentencia del 7 de mayo de 1998, Exp.: 10.397, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Igualmente en sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del 18 de enero de 2001, Exp.: No. A.G. 00-0008, M.P.: Myriam Guerrero de Escobar, se señaló: “no se

Ahora bien, en palabras de GUSTAVO QUINTERO NAVAS, se considera igualmente como daño eventual aquel sobre el cual el actor no ha aportado prueba suficiente¹²¹ o porque los hechos invocados son inexactos o porque, en el caso de las víctimas por rebote, no hay certeza sobre el soporte económico que recibía el actor por parte de la víctima originaria¹²². En relación con lo primero, ha señalado la jurisdicción, citando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“afloraría o se evidenciaría su incertidumbre, en tanto y en cuanto en ambos casos-daño eventual o hipotético y daño no acreditado o demostrado-el juez carecería de elementos fidedignos para comprobar su certeza y proceder a su valuación. Así lo tiene sentado esta Corporación cuando precisó, entre otros fallos, que “Es verdad averiguada que para el reconocimiento de un perjuicio se requiere, además de ser cierto y, en línea de principio, directo, que esté plenamente acreditado, existiendo para ello libertad de medios probatorios”. (Subrayado ajeno al original)”¹²³.

En relación con la falta de prueba del soporte económico, ha reiterado el Consejo de Estado lo siguiente:

“... De otra parte, cabe recordar que la obligación alimentaria o la ayuda económica que una vez en edad productiva la víctima presuntamente hubiera reportado a sus padres y hermanos, solamente tendría lugar en el caso de que se acreditara la respectiva dependencia económica, de éstos con respecto al occiso, por carecer sus parientes de los medios económicos necesarios para sufragar los gastos de subsistencia, dependencia que por lo

... puede establecer un perjuicio consolidado y, por tanto, un daño por reparar”, lo anterior conduce al proferimiento de un fallo inhibitorio, máxime si se tiene en cuenta que la acción de grupo es de naturaleza eminentemente resarcitoria, invoca, a este efecto jurisprudencia proveniente del Honorable Consejo de Estado.” (Subrayado ajeno al original).

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 13 de julio de 2000, Exp.: 1921-98, C.P.: Alberto Arango Mantilla. En: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de febrero de 2010, Exp.: 18.425, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, se afirmó: “La Sala se abstendrá de establecer si las actuaciones judiciales señaladas fueron o no constitutivas de error judicial, porque al margen de su legalidad, lo cierto es que de las mismas no puede inferirse el daño aducido por el demandante...”

¹²² QUINTERO NAVAS, Gustavo, *Ob. Cit.*, p. 427.

¹²³ La cita corresponde a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 28 de junio de 2000, Exp.: 5.348, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Citada en sentencias del Tribunal Superior de Bogotá, del 18 de abril de 2007, Exp.: 12-01-1688-01, M.P.: Luis Roberto Suárez González; y del 2 de junio de 2010, Exp.: 28-05-141-01, M.P.: Luis Roberto Suárez González.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

*demás no se acreditó, ni podía acreditarse al ser la víctima laboral y económicamente improductiva.”*¹²⁴ (Subrayado ajeno al original).

Este aspecto probatorio resulta relevante en la medida que lo que se exige con este requisito no es tanto la existencia del daño, que es un requisito *a priori* para la responsabilidad y está consagrado en todas las disposiciones sobre responsabilidad, sino la comprobación de la existencia del daño, es decir, la prueba del mismo, así el mismo sea futuro. De ahí que JAIRO RAMOS ACEVEDO y JORGE MOSSET ITURRASPE llamen la atención en cuanto a no confundir la certeza del daño con la actualidad del mismo, pues incluso –se reitera– un daño futuro puede ser cierto¹²⁵.

1.3. c) Otros requisitos enunciados por la doctrina:

Otra parte minoritaria de la doctrina señala que el daño antijurídico debe cumplir con otros requisitos para que pueda configurarse. Así, por ejemplo, para JAIRO RAMOS ACEVEDO¹²⁶, el daño no debe haber sido reparado (lo cual es lógico para evitar doble indemnización con ocasión del mismo daño) y debe afectar un interés legítimo de la víctima (lo cual, de hecho, se asimila al carácter personal del daño). Por su parte, ÁLVARO BUSTAMANTE LEDESMA¹²⁷, recalca que el daño debe ser no sólo antijurídico y cierto, sino también propio (asimilando el concepto de propiedad con el carácter personal del daño, bajo los términos expuestos anteriormente), subsistente (es decir, que no se haya reparado) y evaluable¹²⁸. Por otra parte, para FRANCISCO TERNERA BARRIOS y LUIS FRANCISCO TERNERA BARRIOS¹²⁹, el daño debe ser cierto, legítimo y directo. Con legítimo dan a entender que es necesario que el derecho vulnerado esté protegido por el ordenamiento¹³⁰. Con directo, ya veremos a continuación a qué se refieren.

Finalmente, ENRIQUE GIL BOTERO¹³¹ afirma que el daño debe ser directo, pero paso seguido sostiene que *“esta condición no alude propiamente a una característica, sino más bien a una relación determinante de su relevancia jurídica, toda vez que si el daño no ha sido producido, o no es*

¹²⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 10 de agosto de 2001, Exp.: 12.555, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Igualmente en Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sentencia del 16 de mayo de 2011, Exp.: 2010-0036, M.P.: Enrique Dussán Cabrera.

¹²⁵ RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 69-70. Igualmente, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Ob. Cit.*, p. 258-259.

¹²⁶ RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 67-104.

¹²⁷ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 222-232.

¹²⁸ Acorde con lo señalado en la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 9 de mayo de 2012, Exp.: 20.542, C.P.: Olga Melida Valle de la Hoz.

¹²⁹ TERNERA BARRIOS, Luis Francisco; TERNERA BARRIOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 99-103.

¹³⁰ En igual sentido, OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando, *Ob. Cit.*, p. 189; TAMAYO JARAMILLO, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, p. 329.

¹³¹ En igual sentido ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, “*La responsabilité administrative*”, Paris: Hachette, Collection Les Fundamentaux, 1992, p. 139.

*referible al autor (...), no le es imputable*¹³². Como puede verse, en realidad el carácter de directo no es como tal un requisito del daño, sino un requisito de la responsabilidad patrimonial del Estado, como quiera que se refiere a la imputación del daño a su autor (que es el segundo elemento a analizar en la responsabilidad del Estado, como se mencionó anteriormente¹³³), lo cual escapa por completo al presente estudio. En ese sentido, el Consejo de Estado bien ha sostenido que la imputación es un elemento para la configuración de la responsabilidad del Estado, mas no para la configuración del daño antijurídico¹³⁴.

Para evidenciar que se trata de un estudio de imputación, más que de daño, sobre lo cual también llama la atención JUAN CARLOS HENAO¹³⁵, obsérvese la explicación que se da al respecto:

*“Para llevar a cabo este juicio de imputabilidad objetiva, debe realizarse un análisis retrospectivo en el cual debe examinarse la existencia o no de eximentes de responsabilidad para posteriormente, explorar la imputación subjetiva en caso de inexistencia de aquellas causales. Es decir, siempre que existan eximentes de responsabilidad, el daño no es directo por ausencia de imputación objetiva.”*¹³⁶

Además, como el mismo autor lo señala, de considerarse que el daño debe ser directo, el artículo 90 sería tautológico, como quiera que el carácter “directo” del daño implica que sea imputable, de manera que no sería coherente que se disponga constitucionalmente que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos [imputables, o directos] que le sean imputables...”*¹³⁷.

¹³² GIL BOTERO, Enrique, *“Responsabilidad Extracontractual del Estado”*, p. 39. Igualmente: DIEZ SCHWERTER, José Luis, *“El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina”*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 309-314; y RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 42-43.

¹³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Exp.: 6.144, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

¹³⁴ *“Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.”* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163, C.P.: Enrique Gil Botero.

¹³⁵ *“En efecto, el daño directo se relaciona con el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona”*. HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 87.

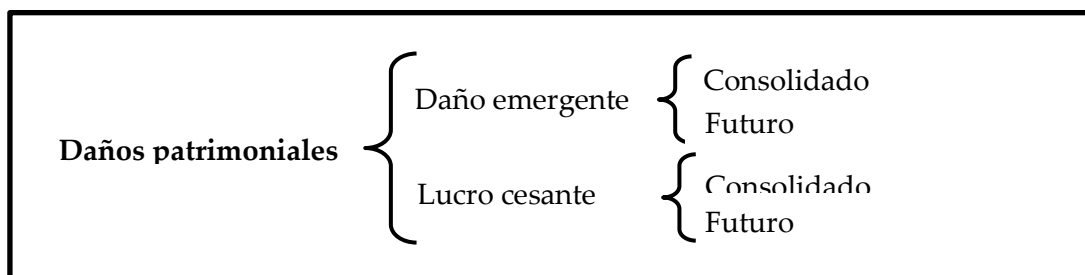
¹³⁶ GIL BOTERO, Enrique, *“Temas de responsabilidad extracontractual del Estado”*, p. 58-59.

¹³⁷ Se menciona: *“La necesidad de la configuración de un daño directo para que proceda el deber de reparar, como elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado se da en el artículo 90 C.P que, aunque tautológico en esta parte, resulta muy ilustrativo”*. GIL BOTERO, Enrique, *“Temas de responsabilidad extracontractual del Estado”*, p. 62.

1.4. Clasificación del daño¹³⁸:

Habiéndose ahondado anteriormente en la diferencia entre daño y perjuicio, resulta ahora necesario estudiar la tipología del daño para adentrarnos finalmente en el estudio del daño extrapatrimonial como tal, razón por la cual no se profundizará *in extenso* en relación con el daño patrimonial.

1.4. a) El daño patrimonial¹³⁹:



Teniendo en cuenta la distinción entre daño y perjuicio, no puede afirmarse que el *perjuicio material* sea aquel que “*atenta contra bienes o intereses de naturaleza económica*”¹⁴⁰ pues ello (i) sería una buena definición de *daño* mas no de *perjuicio*, y (ii) sería en todo caso, una definición de *daño patrimonial*, mas no de *daño material*. Por ello, una buena definición de “*perjuicio patrimonial*” sería la presentada por MARÍA CRISTINA ISAZA POSSE, según la cual:

*“El perjuicio patrimonial está representado por las consecuencias o repercusiones del daño en la esfera económica del reclamante. La medida de esas consecuencias en su patrimonio determina el alcance o el valor del derecho a ser indemnizado por concepto del perjuicio patrimonial”*¹⁴¹ (Subrayado ajeno al original).

En esa medida, el *perjuicio patrimonial* se puede dar, bien por (i) lesión a bienes patrimoniales (*daño patrimonial*), o bien porque (ii) aunque se lesione un bien extrapatrimonial (*daño extrapatrimonial*), del *daño* se derivan consecuencias patrimoniales (gastos médicos para atender la lesión física, por ejemplo), que deben

¹³⁸ Un resumen sobre las diferentes clasificaciones que ha dado la doctrina al respecto, ver RUEDA FONSECA, María del Socorro, “*Daño moral o pretium doloris*”, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 39-44.

¹³⁹ División según la misma tipología expuesta por MENDOZA CURY, Antonio Luis, “*Manual de Liquidación en sentencias judiciales. Administrativo, civil, penal y laboral*”, Bogotá: Librería Jurídica Sanchez R. Ltda, 2012, p. 43-49; e igualmente de ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 18.

¹⁴⁰ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 195.

¹⁴¹ ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 21.

tasarse de acuerdo con las reglas aplicables a los perjuicios patrimoniales¹⁴². Sobre esta última hipótesis, afirma FELIPE NAVIA ARROYO que *“las consecuencias nocivas al patrimonio derivadas de un daño moral, son daño patrimonial y nada más. Lo que debe analizarse, ante todo, es el objeto del daño y no su causa, para determinar su naturaleza”*¹⁴³. Igualmente, ha dicho la doctrina:

*“Pero, como bien lo señala Zannoni¹⁴⁴, lo expuesto no debe llevar a la conclusión, simplista, que el daño extrapatrimonial es un menoscabo que se agota con la lesión a intereses no económicos, en tanto que el daño patrimonial es pura y exclusivamente lesión de intereses económicos; pues, hay supuestos en que el hecho dañoso lesiona un derecho extrapatrimonial, como la vida o la salud, y sin embargo, esa lesión provoca también un daño patrimonial (v. gr., lucro cesante por incapacidad para el trabajo o los gastos de curación y convalecencia a que alude el artículo 1086 del Código Civil).”*¹⁴⁵ (Subrayado ajeno al original).

Sobre la diferencia entre daño y perjuicio ya se profundizó anteriormente. Respecto de la diferencia entre “material” y “patrimonial”, hay que tener en cuenta que una parte de la doctrina afirma que *“los perjuicios materiales son aquellos que suponen una pérdida económica; mientras que los perjuicios inmateriales son aquellos que suponen una pérdida de naturaleza no económica o no pecuniaria”*¹⁴⁶. Es decir, se equipara lo material a lo patrimonial en el mismo sentido que lo ha hecho la jurisprudencia en algunas ocasiones¹⁴⁷. Al respecto, por ejemplo, afirma NÉSTOR CHARRUPI que *“el daño patrimonial o material entendido como aquel quebranto o agresión a intereses o bienes con naturaleza económica mensurables en dinero (...) son resarcibles por equivalente”*¹⁴⁸.

¹⁴² En contravía de la posición acá asumida, ILLESCAS RUS, Ángel, *Ob. Cit.*, p. 236, citando igualmente a ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *“La responsabilidad por daño moral”* en *“Anuario de Derecho Civil”*, enero-marzo, 1966, p. 82.

¹⁴³ NAVIA ARROYO, Felipe, *“Estudio sobre el daño moral”*, Bogotá: Biblioteca ANIF de Economía, 1978, p. 133.

¹⁴⁴ ZANNONI, Eduardo, *Ob. Cit.*, p. 232.

¹⁴⁵ MOISÁ, Benjamín; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *“Daño extrapatrimonial (o moral) a las personas jurídicas”*. En: *Revista Jurídica del Perú*, No. 87, mayo, 2008, p. 303; y en: *LexisNexis Córdoba*, No. 4, abril, 2008, p. 4.

¹⁴⁶ CHAPUS, René, *“Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire”*, II Edición, Paris, LDGJ, 1957, p. 408, citado por HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 191.

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero.

¹⁴⁸ CHARRUPI HERNÁNDEZ, Néstor Raúl, *“El daño en el entorno digital: ¿una nueva categoría del daño extrapatrimonial?”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 35. Igualmente, en esta obra se afirma: *“... la persona posee diversos derechos subjetivos materiales (patrimoniales) e inmateriales (extrapatrimoniales).”*, p. 32. En igual sentido, ROCA TRÍAS, Encarna;

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

Sin embargo, lo cierto es que son conceptos diferentes, como quiera que dentro del patrimonio, como atributo de la personalidad, se encuentran contenidos diferentes derechos sobre bienes materiales o inmateriales, siendo así que lo más apropiado para referirse a aquel daño que afecta los derechos patrimoniales de una persona es el concepto de “daño patrimonial”, mientras que será daño material todo aquel daño que menoscabe o lesione un bien material¹⁴⁹. Lo patrimonial está definido por su aptitud para ser estimado en dinero, mientras que lo material es un concepto más restringido que está definido por su composición física¹⁵⁰. En ese sentido, el daño patrimonial puede ser entendido en los siguientes términos:

“El daño patrimonial es aquel que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio, entendido como conjunto de bienes y derechos de naturaleza económica”¹⁵¹.

Lo anterior se fundamenta en la definición que, sobre patrimonio, ha dado LOUIS JOSSEERAND quien afirma que el patrimonio es “*el conjunto de los valores pecuniarios, positivos o negativos, que figuran unos en el activo y los otros en el pasivo*”¹⁵²; y FÉLIX TRIGO REPRESAS y MARCELO LÓPEZ MESA, quienes definen el patrimonio “... *como una esfera jurídica de la persona conformada por la totalidad de las situaciones y relaciones estimables en dinero*”¹⁵³. Es por esa razón que FELIPE NAVIA ARROYO igualmente afirma que el bien será patrimonial cuando tenga “*una cualificación económica en el sentido de que pueda ser reducido fácilmente a dinero*”¹⁵⁴.

NAVARRO MICHEL, Mónica, “*Derecho de Daños. Textos y materiales*”, VI Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 197. HEDERICH GARCÍA, Franz, *Ob. Cit.*, p. 227-232.

¹⁴⁹ TERNERA BARRIOS, Luis Francisco; TERNERA BARRIOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 97-112. Estos autores citan jurisprudencia según la cual, en Colombia, los daños patrimoniales son referenciados como materiales, y los extrapatrimoniales como inmateriales, para posteriormente criticar que no son lo mismo, dado que muchos bienes, respecto de los cuales se reconocen derechos patrimoniales, son los denominados bienes inmateriales como obras y signos distintivos. La jurisprudencia referenciada es: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 10 de septiembre de 1998, Exp.: 12.009; del 5 de mayo de 2005, Exp.: 14.970; y del 16 de agosto de 2006, Exp.: 15.187.

¹⁵⁰ Lo material, como su nombre lo dice, es todo aquello que está compuesto de materia. La materia, según el Diccionario de la RAE, Vigésima segunda edición, es la “*Realidad espacial y perceptible por los sentidos, que, con la energía, constituye el mundo físico*”. Consultado el 12 de agosto de 2014.

¹⁵¹ LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix, “*Tratado de la responsabilidad civil*”, Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006, p. 65.

¹⁵² JOSSEERAND, Louis, “*Derecho Civil*”, Tomo II, Volumen I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América-Buenos Aires, 1950, p. 454.

¹⁵³ TERNERA BARRIOS, Francisco, “*La realidad de los derechos reales*”, Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, p. 23.

¹⁵⁴ NAVIA ARROYO, Felipe, *Ob. Cit.*, p. 43.

Así, por ejemplo, en un caso de presunta vulneración por parte del SENA al derecho de propiedad intelectual, como derecho *patrimonial real* que se ejerce sobre bienes tanto materiales como *inmateriales*¹⁵⁵, el Consejo de Estado afirmó la procedencia de interponer los medios de control propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por tratarse de un derecho vulnerado como consecuencia de una conducta estatal¹⁵⁶. De esta manera, una cosa es la vulneración de un derecho extrapatrimonial (reputación, honor) y otra, la vulneración de un derecho patrimonial sobre un bien inmaterial (obras literarias, artísticas y científicas, signos distintivos, invenciones industriales)¹⁵⁷.

Lo anterior tiene relevancia como quiera que **(i)** amplía el espectro de la concepción del daño patrimonial, **(ii)** delimita el uso del lenguaje jurídico dando mayor coherencia, y **(iii)** asegura la igualdad material en la tasación de perjuicios, ya que, si este tipo de perjuicios se denomina “extrapatrimonial” (debiendo decirse “inmaterial”), se tasaría con fundamento en otros criterios más abstractos (aplicables a los perjuicios extrapatrimoniales), y no con fundamento en las normas matemáticas que se han establecido para tasar los perjuicios patrimoniales, las cuales a su vez, no están limitadas por toques en la indemnización como sucede con los perjuicios extrapatrimoniales¹⁵⁸.

En oposición a la tesis acá expuesta, ÁLVARO BUSTAMANTE LEDESMA señala:

“El lesionamiento del interés tutelado puede ser material, cuando recae en bienes o cosas de tal naturaleza o inmaterial o moral si afecta bienes inasibles como el afecto, el ánimo, el honor, la tranquilidad y el goce o disfrute de la propia existencia, entre otros. Todos estos bienes materiales e inmateriales constituyen el patrimonio del ser humano [de manera que] no estimamos atendible la diferencia que con mucha frecuencia se hace entre daños patrimoniales para designar los materiales y extrapatrimoniales para hablar de los morales, ya que acogemos la tesis de que tanto aquellos como éstos son patrimoniales por conformar

¹⁵⁵ Téngase en cuenta que los derechos patrimoniales pueden ser reales o personales, y dentro de los reales, está el derecho real de dominio o propiedad intelectual, que se refiere a los **(i)** derechos de autor y a **(ii)** la propiedad industrial. Dentro de los primeros, se reconocen derechos, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Al respecto, TERNERA BARRIOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 182. Igualmente, RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 39.

¹⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2000, Exp.: 17.338, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Criterio reiterado en la misma, con fundamento en las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: Sentencia del 31 de enero de 1989, Exp. 5.284, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia del 18 de marzo de 1991, Exp.: 3.060, C.P.: Francisco Eladio Gómez

¹⁵⁷ TERNERA BARRIOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 103-112.

¹⁵⁸ Ejemplo de esta confusión en la doctrina: “si se hace un análisis de la forma como se han venido reparando los perjuicios inmateriales en las sentencias del Consejo de Estado, encontramos la aplicación de toques indemnizatorios establecidos jurisprudencialmente”. CAMPOS SOSSA, Natalia Paola, *Ob. Cit.*, p. 22.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

*el conjunto de intereses propios de una persona que protegen nuestra Constitución y la Ley.*¹⁵⁹ (Subrayado ajeno al original).

En igual sentido, JUAN CARLOS HENAO refiere que con el advenimiento del daño moral y otros nuevos rubros del daño no material, se creyó erróneamente que debía llamarse “extrapatrimonial” a todo daño no material, cuando lo cierto es que “los daños sólo pueden afectar al patrimonio. Lo que ocurre es que los mal llamados “daños extrapatrimoniales, como ya se ha visto, no tienen una naturaleza económica porque no tienen un valor de cambio medible en dinero, lo cual no implica que supongan la lesión de derechos que se encuentren por fuera del patrimonio”¹⁶⁰.

En esa medida, la posición contraria en relación con lo que debe entenderse por “patrimonial” y “extrapatrimonial”, para efectos de este estudio, es la de JUAN CARLOS HENAO, según la cual el daño sólo puede afectar el patrimonio, dado que si se afecta un bien por fuera del patrimonio, no habría titularidad sobre él y el daño dejaría de ser personal¹⁶¹.

A la postura anterior hay que refutar, sin embargo, que **(i)** Una cosa es que los derechos sean protegidos por el ordenamiento, lo cual es innato al daño resarcible, esto es, que el bien o interés afectado sea legítimo, pues de lo contrario, mal haría el ordenamiento resarcido intereses que se oponen al mismo ordenamiento¹⁶²; y otra muy diferente es que todo derecho o interés pertenezca al patrimonio de la persona; pues sólo los bienes que sean valorables en dinero, pertenecen al patrimonio. **(ii)** Ya veremos, al analizar los daños extrapatrimoniales, que estos últimos, como su nombre lo da a entender, impactan por fuera del patrimonio, así el daño haya recaído sobre un bien patrimonial o extrapatrimonial; se refieren a sensaciones de dolor o a afectaciones a derechos personalísimos de la persona que, como tal, no hacen parte del patrimonio (como atributo de la personalidad), pero son connaturales al ser humano en general¹⁶³.

¹⁵⁹ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 220.

¹⁶⁰ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 192-193. En igual sentido, SAAVEDRA BECERRA, *Ob. Cit.*, p. 617.

¹⁶¹ MANCIPE GONZÁLEZ, Andrés Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 55-56. Igualmente, OSPINA, Andrés Fernando, *Ob. Cit.*, p. 216.

¹⁶² De hecho, Jairo Ramos Acevedo incluye la legitimidad del interés como un requisito del daño resarcible, lo cual determina en sí que el daño se considere antijurídico, pues el concepto de daño, en sentido jurídico, implica un juicio de valor para darle prevalencia a un interés sobre otro. RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 82-96.

¹⁶³ Sobre los derechos inherentes (que constituyen su modo intrínseco de ser), esenciales e inalienables (que no pueden enajenarse, cederse o transferirse), que constituyen el plexo de los derechos fundamentales, ver Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Por último, ANDRÉS OSPINA afirma que *“todo daño será necesariamente patrimonial, sea pecuniario o no, ya que el carácter personal del daño se condiciona a la existencia de una víctima, o en otras palabras, de un patrimonio. Si el daño es extrapatrimonial, simplemente no es daño, porque no será personal, no habrá patrimonio lesionado”*. Lo anterior, sin embargo, parte del supuesto errado según el cual todo bien no pecuniario (piénsese en las emociones y en los aspectos sentimentales o cualquier aspecto humano no evaluable económicamente) condiciona la existencia de la persona, lo cual a todas luces no es cierto, ya que ello, si bien es poéticamente considerable, desde el ámbito jurídico conllevaría a la negación como “persona” de quienes están en estado vegetativo o sufren de algún trastorno que los hace poco o nada sensibles a las emociones aun cuando para el Derecho son personas¹⁶⁴.

Según FELIPE NAVIA, *“Es un axioma del derecho moderno que la persona humana es titular de intereses patrimoniales y extrapatrimoniales (...) El daño, entendido como la lesión de un interés jurídicamente tutelado, puede ser, por consiguiente, patrimonial o extrapatrimonial, según que el bien o derecho afectado se ubique en el patrimonio de la persona o fuera de él.”*¹⁶⁵. Así, la posición que se asumirá en este estudio es que existen ciertos intereses y bienes jurídicos que se encuentran fuera del patrimonio, por lo cual no son estimables en dinero, pero que son reconocidos y protegidos por el ordenamiento, dada su connaturalidad al ser humano.

- **Daño emergente:**

En Colombia *“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante”* (artículo 1613 del Código Civil¹⁶⁶). El daño emergente y el lucro cesante están definidos por el artículo 1614 del Código Civil¹⁶⁷. La doctrina especializada en el tema ha dicho que *“hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el*

¹⁶⁴ De hecho, la jurisprudencia ha reconocido perjuicios extrapatrimoniales a una menor con parálisis cerebral (encefalopatía hipóxica). Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 30.871, C.P.: Enrique Gil Botero.

¹⁶⁵ NAVIA ARROYO, Felipe, *“Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 15.

¹⁶⁶ *“Artículo 1613, Código Civil. Indemnización de perjuicios: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.”*

¹⁶⁷ *“Artículo 1614, Código Civil. Daño emergente y lucro cesante: Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplíola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.*

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

*curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima*¹⁶⁸. Por su parte, la jurisprudencia ha considerado que hay daño emergente en los siguientes casos:

*“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad –para el afectado- de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración.”*¹⁶⁹ (Subrayado ajeno al original).

En ese sentido, el daño emergente no se refiere exclusivamente a un desembolso de dinero, el cual es simplemente un tipo de bien económico, entre muchos otros¹⁷⁰. Con esto, se refuerza la idea expuesta anteriormente relacionada con que el daño emergente es un tipo de daño patrimonial (mas no material), el cual puede verse materializado en la pérdida de un bien material o inmaterial.

Como ejemplos de daño emergente, WILSON RUIZ OREJUELA¹⁷¹ cita los siguientes: Los casos de bienes retenidos o dados en depósito a organismos del Estado y que sufren averías o daños que no surgen por obra del tiempo sino de descuido o falta de mantenimiento¹⁷², los daños a inmuebles por trabajos públicos¹⁷³, las obligaciones dinerarias incumplidas con ocasión de la liquidación de un contrato estatal¹⁷⁴, el pago de honorarios de abogado por causa de una privación injusta de la libertad¹⁷⁵, daños a locales comerciales debido a atentados terroristas¹⁷⁶, destrucción parcial de inmuebles¹⁷⁷, entre otros.

¹⁶⁸ TAMAYO JARAMILLO, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, p. 474. Igualmente, MENDOZA CURY, Antonio Luis, “*Manual de Liquidación en sentencias judiciales. Administrativo, civil, penal y laboral*”, Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2012, p. 49. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 618.

¹⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp.: 13.168, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷⁰ El dinero es un bien material, mueble y fungible, lo que significa que es tan sólo uno dentro de muchos tipos de bienes patrimoniales.

¹⁷¹ RUIZ OREJUELA, Wilson, *Ob. Cit.*, p. 107-111.

¹⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de septiembre de 2001, Exp.: 13.630, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

¹⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp.: 15.351, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp.: 16.980, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de febrero de 2005, Exp.: 21.120, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de diciembre de 2005, Exp.: 13.558, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de noviembre de 2002, Exp.: 13.774, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

¹⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de diciembre de 1998, Exp.: 10.311, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

El daño emergente puede ser consolidado o pasado cuando se refiere, usualmente, a un desembolso de dinero (o a la pérdida de un bien económico) que ha efectuado ya la víctima; mientras que será daño emergente futuro cuando el desembolso o pérdida haya de realizarse después de la fecha de la liquidación del perjuicio¹⁷⁸. Es decir, el daño emergente será *“tanto pasado como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración”*¹⁷⁹. En ese sentido, dado que la erogación puede realizarse una sola vez o de forma periódica en varias erogaciones, la jurisprudencia utiliza unas fórmulas matemáticas con las cuales se busca actualizar la(s) suma(s) con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) mensual hasta la fecha de cálculo, para luego, aplicarle un interés del 6% a la(s) suma(s) actualizadas¹⁸⁰.

En el caso del daño emergente consolidado no hay mayor inconveniente, dado que, en estos casos la prueba se realizará con las facturas o pruebas idóneas para demostrar el egreso patrimonial efectuado antes de la fecha de liquidación del perjuicio; egreso que –se reitera– no se reduce simplemente al desembolso de dinero sino que, como lo afirman MARCELO LÓPEZ MESA y FÉLIX TRIGO REPRESAS, *“el daño emergente es una pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir un empobrecimiento del patrimonio del afectado (Subrayado ajeno al original)”*¹⁸¹. Así, el daño patrimonial puede ser igualmente la afectación de un bien inmueble, un bien inmaterial, etc., de acuerdo con los ejemplos anteriormente citados.

El “perjuicio consolidado” es el que ya se materializó antes del momento de liquidación del mismo, de ahí que su tasación depende de la valoración que haga el juez sobre las pruebas que hubiese aportado el demandante. *“En este evento no hay probabilidades de la ocurrencia del daño sino certeza de su ocurrencia (...) Por su parte, el perjuicio no consolidado se refiere a un perjuicio que a futuro la víctima sufrirá y que consecuentemente es alegado por ella al momento de la demanda”*¹⁸².

El problema podría suscitarse con el daño emergente no consolidado o futuro, el cual debe entenderse como aquel valor económico que saldrá del patrimonio del demandante con posterioridad a la fecha de liquidación de los perjuicios patrimoniales. En este caso, la diferencia con el daño emergente consolidado, como bien lo resalta MARÍA CRISTINA ISAZA, es que frente al daño futuro, *“la víctima o el reclamante recibe la indemnización en una*

¹⁷⁸ ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 22.

¹⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp.: 13.168. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. En igual sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2001, Exp.: 12.555, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁸⁰ MENDOZA CURY, Antonio Luis, *Ob. Cit.*, p. 49-53. ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 23-27. BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 246-248.

¹⁸¹ LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix, *Ob. Cit.*, p. 67.

¹⁸² MANCIPE GONZÁLEZ, Andrés Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 52.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

suma única anticipada”, mientras que “la indemnización por concepto de daño emergente consolidado o pasado, más que una indemnización es un reintegro de gastos efectuados”¹⁸³.

Según JUAN CARLOS HENAO, el perjuicio no consolidado comprende dos casos:

“Uno, aquel en que el juez califica la certeza del perjuicio a partir de una situación existente, y otro, aquel en que la calificación ha de hacerse a partir de una situación que no es real al momento de la calificación. En el primer caso, el juez sólo debe tomar posición respecto de la extensión en el tiempo de la situación que se le presenta. En el segundo, al contrario, el juez debe en primer momento tomar partido respecto de la situación en sí misma, precisamente porque no es real, para luego determinar, si a ello hubiere lugar, su prolongación en el tiempo.”¹⁸⁴ (Subrayado ajeno al original).

Como criterio para indemnizar el daño emergente futuro, el Consejo de Estado ha fijado también sus fórmulas matemáticas según se trate de un daño emergente futuro que ha de realizarse en una suma única o en sumas periódicas, aplicándose fórmulas diferentes en cada caso¹⁸⁵.

- **Lucro cesante:**

El lucro cesante, según el artículo 1614 C.C, es *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”*. Es decir, a diferencia de lo que sucede con el daño emergente, donde el valor económico salió o saldrá del patrimonio, en el lucro cesante, el valor económico no entró o no entrará en el patrimonio del demandante. En palabras de JORGE MOSSET ITURRASPE, *“se denomina <<lucro cesante>> a la utilidad o ganancia cierta y no puramente eventual o hipotética, de la cual es privada la víctima”¹⁸⁶*. En esa medida, el lucro cesante también puede ser consolidado o futuro, según se trate de una ganancia dejada de percibir antes de la fecha de liquidación o que habrá de frustrarse con posterioridad a dicha fecha. Ha señalado el Consejo de Estado:

“Este último [el lucro cesante] corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima”¹⁸⁷.

¹⁸³ ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 26-27.

¹⁸⁴ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 136.

¹⁸⁵ MENDOZA CURY, Antonio Luis, *Ob. Cit.*, p. 53-55. Igualmente, ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 26-27.

¹⁸⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Ob. Cit.*, p. 265.

¹⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp.: 13.168, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Respecto de la prueba del lucro cesante, tema a partir del cual podría ponerse en duda la certeza del daño, por cuanto sería difícil saber que el bien económico indefectiblemente habría entrado o entraría en el patrimonio de la persona, WILSON RUIZ OREJUELA llama la atención en cuanto a que el lucro cesante no puede estar fundamentado “*en una mera expectativa, sino en una utilidad razonablemente esperada en razón de una ocupación productiva permanente de un bien o persona, o en razón de su proyección profesional o comercial*”¹⁸⁸. Es decir, tiene que haber una conexidad entre el estado de productividad del bien o de la persona antes de la ocurrencia del daño evento por una parte, y los resultados económicos producidos luego de la ocurrencia del daño, por otra parte; de manera que si esa proyección o expectativa razonable no se materializó o no se materializará como consecuencia del daño, se habría configurado entonces el lucro cesante¹⁸⁹.

En igual sentido, MARCELO LÓPEZ y FÉLIX TRIGO señalan que la cuantía del lucro cesante debe demostrarse mediante prueba directa de la cual se derive la imposibilidad de realizar una determinada actividad rentada o la disminución transitoria de la misma¹⁹⁰. Por su parte, MARÍA CRISTINA ISAZA resalta que para determinar el lucro cesante se debe atender el principio de razonabilidad para que, de esta manera, se evite dar cabida a pretensiones desmedidas producto de la fantasía y de especulaciones remotas de ganancias imaginarias. Así, en el caso del lucro cesante, la determinación se hace atendiendo al (i) periodo indemnizable y a los (ii) ingresos de la víctima¹⁹¹.

Según JUAN CARLOS HENAO, se debe tener en cuenta igualmente si el daño es la lesión a una persona o a un bien, y en el caso de lesiones personales, debe examinarse si se trata de una muerte o de una lesión en estricto sentido: En el primer caso, sus deudos tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles el muerto; mientras que, en el segundo, se indemniza por el dinero que habría recibido la persona de no haber ocurrido el daño, y cuya pérdida se origina en su incapacidad laboral¹⁹². En uno y otro caso debe tenerse en cuenta el tipo de incapacidad (temporal o permanente); la duración de la incapacidad; la edad, género y condición de la víctima y los reclamantes; la dependencia económica; y los ingresos y vida probable de la víctima¹⁹³. En el caso de la lesión a un bien, el lucro cesante se configura con lo que se deja de producir en razón del hecho dañino¹⁹⁴.

¹⁸⁸ RUIZ OREJUELA, Wilson, *Ob. Cit.*, p. 111.

¹⁸⁹ En otras palabras, el lucro cesante “*aparece cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima*”, SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 618.

¹⁹⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix, *Ob. Cit.*, p. 79.

¹⁹¹ ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 29-34.

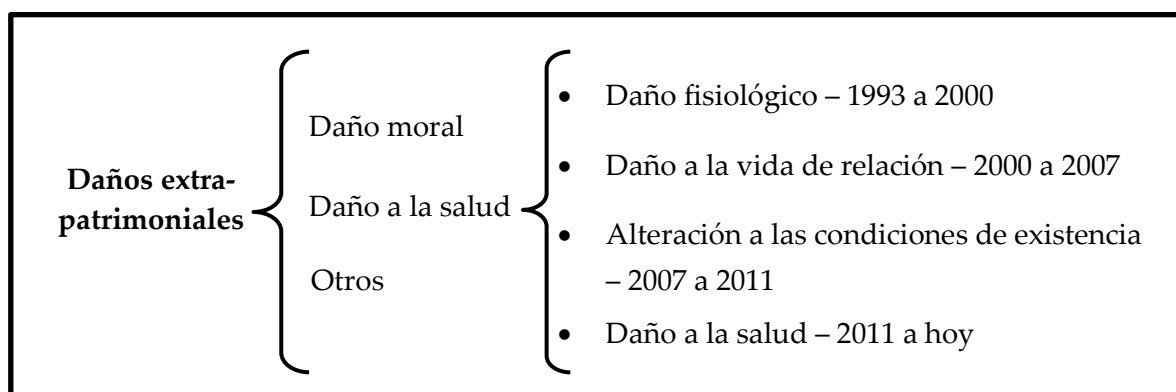
¹⁹² HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 210 y 212.

¹⁹³ ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 30-38.

¹⁹⁴ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 223-230. En palabras de Wilson Ruiz: “*Tratándose de los bienes que generan algún fruto o renta y sufren daño o avería, el lucro cesante será la utilidad esperada y no*

Por último, es importante resaltar que, al igual que sucede con el daño emergente consolidado, en el caso del lucro cesante consolidado, la fórmula matemática utilizada busca actualizar el valor que se hubiera recibido, a la fecha de valoración, aplicando el IPC, adicionando a ese valor actualizado un interés del 6%. Por su parte, si el lucro cesante es futuro –al igual que sucede con el daño emergente futuro–, las fórmulas serán distintas según se realice el pago en sumas únicas o sumas periódicas¹⁹⁵.

1.4. b) El daño extrapatrimonial:



Como se puede deducir de lo anteriormente expuesto, los *perjuicios* extrapatrimoniales son aquellas consecuencias económicas del daño en la esfera extrapatrimonial de la persona, **(i)** bien sea que el daño que da origen a dichos perjuicios se refiera a la lesión a los sentimientos, a los derechos personalísimos, a las emociones y, en general a todo bien o interés que no sea cuantificable en dinero por no estar comprendido en el patrimonio (daño extrapatrimonial), o **(ii)** bien sea que dicho perjuicio se origine por la lesión a un bien de carácter patrimonial (daño patrimonial). Es decir, al igual que sucede con los perjuicios patrimoniales, el criterio determinante para calificar a un perjuicio como patrimonial o extrapatrimonial no es la naturaleza del bien lesionado, sino el lugar en el cual ha irradiado dicho perjuicio¹⁹⁶; siendo así que no siempre un daño extrapatrimonial

obtenida, en el caso de lesiones corporales graves o leves que interrumpen de forma temporal o permanente la actividad laboral o comercial de una persona.” RUIZ OREJUELA, Wilson, Ob. Cit., p. 111.

¹⁹⁵ ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 41-42. BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 248-253

¹⁹⁶ “Otros autores, en cambio, enseñan que la inclusión de un determinado daño en una categoría no depende de la índole de los derechos que son materia del acto ilícito, sino de la repercusión que este acto tiene en el patrimonio de la persona.” RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 39. Igualmente, GARCÍA LÓPEZ, “Responsabilidad por daño moral. Doctrina y jurisprudencia”, Barcelona: Bosch, 1990, p. 80. ILLESCAS RUS, Ángel, *Ob. Cit.*, p. 240. Igualmente en Chile según DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 309-314.

originará un perjuicio extrapatrimonial y viceversa. La naturaleza del interés jurídicamente tutelado sólo importa para efectos de calificar el daño, más no el perjuicio¹⁹⁷.

En igual sentido, FELIPE NAVIA ARROYO explica el criterio de diferenciación entre patrimonial y extrapatrimonial en los siguientes términos:

*“En la década de los cuarenta, la Corte, apoyada en las distintas clasificaciones propuestas por la doctrina francés, en particular por Josserand, Colin et Capitant y los Mazeaud, comienza a analizar las diferentes modalidades de daño extrapatrimonial, según que la proyección de la lesión causada al bien de la personalidad pueda ser ubicada en el llamado patrimonio afectivo de la persona o en su patrimonio moral propiamente dicho (actividad social).”*¹⁹⁸ (Subrayado ajeno al original).

En relación con la primera hipótesis de perjuicio extrapatrimonial, JAVIER TAMAYO JARAMILLO pone como ejemplos de bienes extrapatrimoniales: la tranquilidad, la libertad, la honra, la buena imagen, el buen nombre, la intimidad, la familia, los afectos, etc.¹⁹⁹. Por su parte, FRANCISCO y LUIS FERNANDO TERNERA, ponen de ejemplo los derechos personalísimos, los valores o sentimientos, la reputación o el desprestigio profesional, independientemente de que la víctima sufra amargura alguna²⁰⁰; y NÉSTOR CHARRUPI cita como ejemplos, los derechos de la personalidad (el honor, la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen)²⁰¹. JAIRO RAMOS ACEVEDO cita como ejemplos los derechos de la personalidad y los derechos de la familia²⁰².

Como puede apreciarse en la primera hipótesis, el común denominador de los ejemplos dados por la doctrina, es que se trata de derechos sobre bienes que no pueden ser estimados pecuniariamente por no pertenecer al patrimonio. En el segundo caso, en cambio, se trata de bienes patrimoniales, cuya lesión impactan en la esfera extrapatrimonial, como podría ser el perjuicio ocasionado por la imposición indebida de sanciones contractuales o por la pérdida de bienes materiales con valor sentimental. Esta

¹⁹⁷ “El daño (...) puede ser, por consiguiente, patrimonial o extrapatrimonial, según que el bien o derecho afectado se ubique en el patrimonio de la persona o fuera de él”. NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?”, p. 15. Igualmente, TERNERA BARRIOS, Luis Francisco; TERNERA BARRIOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 104-105: “Cuando un derecho patrimonial se ve lesionado o afectado negativamente, nos encontramos frente a un daño patrimonial (...). Por su parte, si lo que se ve afectado es un derecho extrapatrimonial, el daño recibe el nombre de extrapatrimonial”.

¹⁹⁸ NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?”, p. 38.

¹⁹⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de responsabilidad civil”, p. 484.

²⁰⁰ TERNERA BARRIOS, Luis Francisco; TERNERA BARRIOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 105-106. En igual sentido, NAVIA ARROYO, Felipe, “Estudio sobre el daño moral”, p. 45.

²⁰¹ CHARRUPI HERNÁNDEZ, Néstor Raúl, *Ob. Cit.*, p. 39-45. En igual sentido: CUPIS, Adriano, *Ob. Cit.*, p. 367.

²⁰² RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 39.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

hipótesis es apoyada actualmente por la doctrina²⁰³ y, al respecto, ha señalado el Consejo de Estado:

“No obstante, la Sala ha adoptado un criterio más amplio para considerar que hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, como el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siempre que, como sucede en relación con cualquier clase de perjuicios, aquellos sean demostrados en el proceso.”²⁰⁴ (Subrayado ajeno al original).

De lo anterior se desprende inmediatamente la cuestión sobre cómo podría entonces el juez tasar los perjuicios en la primera hipótesis sobre afectación a bienes extrapatrimoniales, lo cual fue discutido en su momento sin que al día de hoy la discusión siga vigente, si se tiene en cuenta que la reparación del daño cumple distintas finalidades que no se reducen simplemente al restablecimiento del *statu quo* existente antes de la ocurrencia del daño evento (lo cual no podría lograrse dando dinero por un dolor sufrido, por ejemplo), sino que también puede tener fines compensatorios, satisfactorios, simbólicos, entre otros. Esto será analizado en el Capítulo II a profundidad. Por ahora, resulta importante analizar desde cuándo se reconoció indemnización alguna por daños extrapatrimoniales en Colombia.

Al respecto, hay que mencionar que el primer daño extrapatrimonial reconocido en la jurisprudencia colombiana fue el daño moral y tal reconocimiento estuvo a cargo de la

²⁰³ RUEDA FONSECA, María del Socorro, *Ob. Cit.*, p. 106-107; RUIZ OREJUELA, Wilson, *Ob. Cit.*, p. 73; ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 57-58; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. Cit.*, p. 181; NAVIA ARROYO, Felipe, “*Del daño moral al daño fisiológico*”, p. 50. GIL BOTERO, Enrique, “*Responsabilidad extracontractual del Estado*”, p. 178: “*Aun más el daño moral puede darse de manera excepcional por la pérdida de cosas materiales, si alguien, por ejemplo, pierde su casa de habitación, que es su único patrimonio, además del menoscabo material se podría producir un daño moral*”. En contravía, DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 328-329.

²⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp.: 14.589, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. En igual sentido; Sentencia del 7 de abril de 1994, Exp.: 9.367, C.P.: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 9 de noviembre de 1994, Exp.: 9.367, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia del 5 de diciembre de 2006, Exp.: 16.347, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Exp.: 12.652, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia del 13 de abril de 2000, Exp.: 11.892, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp.: 26.577, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Igualmente, RUEDA FONSECA, María del Socorro, *Ob. Cit.*, p. 106-107; RUIZ OREJUELA, Wilson, *Ob. Cit.*, p. 73; ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 57-58; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. Cit.*, p. 181; NAVIA ARROYO, Felipe, “*Del daño moral al daño fisiológico*”, p. 50. GIL BOTERO, Enrique, “*Responsabilidad extracontractual del Estado*”, p. 178: “*Aun más el daño moral puede darse de manera excepcional por la pérdida de cosas materiales, si alguien, por ejemplo, pierde su casa de habitación, que es su único patrimonio, además del menoscabo material se podría producir un daño moral*”. En contravía, DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 328-329.

Corte Suprema de Justicia²⁰⁵, y luego sí por el Consejo de Estado²⁰⁶. En esa medida, ese estudio se llevará a cabo en el capítulo del daño moral para evitar las confusiones en que suele incurrirse a veces al equiparar el daño moral con el daño extrapatrimonial²⁰⁷, cuando esa visión fue abolida con la aparición del perjuicio fisiológico en la jurisprudencia administrativa colombiana hacia el año de 1993, a partir de lo cual se amplió el abanico de perjuicios extrapatrimoniales reconocidos en Colombia, fijándose que tanto el perjuicio moral como el fisiológico eran subespecies de perjuicios extrapatrimoniales²⁰⁸. Al respecto afirma MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO:

*“La visión reduccionista del daño moral pertenece al pasado y debe ser superada, como ya lo ha sido en el Derecho comparado. Hoy el daño extrapatrimonial protege más allá del pretium doloris que es sólo una especie del mismo.”*²⁰⁹

Igualmente afirma EDGAR CORTÉS:

*“La noción de daño no patrimonial se une, en la tradición, a la de daño moral en su sentido puro, esto es, entendido como el dolor, la perturbación del estado de ánimo, el sufrimiento espiritual que padece el sujeto como consecuencia del hecho ilícito; hoy sin embargo, daño no patrimonial y daño moral no se corresponden.”*²¹⁰

Hecha esta distinción, se puede concluir que el *perjuicio* extrapatrimonial puede derivarse de un daño extrapatrimonial, que puede ser: **(i)** daño moral, **(ii)** daño a la salud, o **(iii)** daño a otros derechos, bienes e intereses que no sean cuantificables en dinero (daño al buen nombre, daño de muerte²¹¹, daño a la tranquilidad)²¹². Pero el *perjuicio*

²⁰⁵ Se trata del famoso fallo Villaveces, sobre el cual volveremos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 21 de julio de 1922, M.P.: Tancredo Nannetti.

²⁰⁶ M'CAUSLAND SANCHEZ, María Cecilia, *“Tipología y reparación del daño no patrimonial”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 59.

²⁰⁷ MOISÁ, Benjamín; y MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Ob. Cit.*, p. 2. Igualmente, MAZEAUD, Henri y León; TUNC, André, *Ob. Cit.*, p. 424. BREBBIA, Roberto, *Ob. Cit.*, p. 67. Ponen de presente este yerro igualmente, SAAVEDRAMADRID, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 81, 148; M'CAUSLAND SANCHEZ, María Cecilia, *Ob. Cit.*, p. 67; CORTÉS, Edgar, *“Responsabilidad civil y daño a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿Un modelo para América Latina?”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 40-41, 149-150, 222; RUEDA FONSECA, María del Socorro, *Ob. Cit.*, p. 3-6.

²⁰⁸ Igualmente, TAMAYO JARAMILLO, Javier, *“Tratado de responsabilidad civil”*, p. 484-485.

²⁰⁹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *“Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris”*. Revista chilena de Derecho [online], Vol. 35, No.1, ISSN 0718-34372008, 2008, p. 85. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100004].

²¹⁰ CORTÉS, Edgar, *“Responsabilidad civil y daño a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿Un modelo para América Latina?”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 150.

²¹¹ OSPINA, Andrés Fernando, *Ob. Cit.*, p. 219: *“Dentro de la clasificación tradicional, el daño de muerte se considera (y es así efectivamente denominado) como un daño extrapatrimonial material”*. Adaptando esta

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

extrapatrimonial también puede derivarse (iv) de daños a bienes patrimoniales, cuando exista “interés de afección”²¹³. Así, daño moral y daño extrapatrimonial no son sinónimos, sino que guardan una relación de especie a género.

2. El daño moral

2.1. Antecedentes:

Desde los inicios del Derecho de daños, la atención estuvo puesta, en un principio, en la ley del “ojo por ojo, diente por diente” con el Código Hammurabi²¹⁴, lo cual se reflejó igualmente en Israel, China y África. Posteriormente, en Roma se dio prevalencia a la responsabilidad punitiva (no por indemnización) de quienes ocasionaran daños materiales en el ámbito público (*Crimina* o delito de carácter público) o en el ámbito privado (*Delicta* o maleficia, de carácter privado)²¹⁵. Así, existían cuatro delitos, cuya comisión legitimaban a la víctima para invocar la *actio iniuriarum aestimatio* con la cual se estimaba bajo juramento la pena y la culpa del victimario, para que el juez luego decretara la pena bajo el arbitrio judicial. Como puede verse, el daño moral carecía de entidad propia, y el enfoque estaba dado más en los bienes materiales²¹⁶, y la perspectiva del derecho de daños estaba más inclinada hacia la compensación de bienes de igual identidad, lo cual fue cambiando luego con el tiempo.

afirmación a las aclaraciones lingüísticas realizadas, se tendría que el daño de muerte es un daño extrapatrimonial que ocasiona perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales”. Igualmente, ver ROZO SORDINI, Paolo, “El daño biológico”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 132.

²¹² Ejemplo de ello es el artículo 4° del Decreto 1260 de 1970, según el cual: “*La persona a quien se discuta el derecho al uso de su propio nombre, o que pueda sufrir quebranto por el uso que otra haga de él, puede demandar judicialmente que cese la perturbación y se le dé seguridad contra un temor fundado, así como la indemnización de los daños a los bienes de su personalidad y del daño moral que haya sufrido*” (Subrayado ajeno al original).

²¹³ “*El interés de afección consiste en una relación subjetiva entre la persona y el bien, de orden espiritual, diferente y autónoma del interés económico que representa el objeto*”: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. Cit.*, p. 181-189.

²¹⁴ Código de Hammurabi. Capítulo XII, artículo 196 y siguientes. Sobre la Ley del Talió, igualmente consagrada en la Ley 8.2 de las XII Tablas, afirma César Saavedra: “*Esta ley del talió evolucionó de la venganza a la prestación dineraria como poena, de suerte que la ruptura de un hueso al hombre libre –dispuso la Tabla 8.3 de la ley decenviral- provocaba el pago de 300 ases*”. SAAVEDRA MADRID, César Augusto, “*La indemnización del daño no patrimonial*”, Editorial Leyer, 2007, p. 75.

²¹⁵ Sobre las diferencias y tipos de *delicta* y *crimina*, ver DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 65-72

²¹⁶ Para un análisis más profundo y detallado, ver NAVIA ARROYO, Felipe, “*Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*”, p. 16-26. Igualmente, KOTEICH KHATIB, Milagros, “*El daño extrapatrimonial: del derecho romano a la dispersión actual de la categoría en Italia, y su proyección en América Latina*”. En: Roma e America. *Diritto romano comune: Revista de derecho de la integración y unificación del derecho en Europa y América Latina*, No. 21, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2006, p. 247-251.

En Colombia, la situación no fue diferente, pues fue apenas en la primera mitad del siglo XX que una Alta Corte, exactamente la Corte Suprema de Justicia, reconoció un perjuicio extrapatrimonial, en el conocido fallo Villaveces del 21 de julio de 1922²¹⁷, a partir del cual “se sentó el principio de la existencia y consistencia jurídicas de un daño diferente del económico o patrimonial, igualmente atendible, consistente en la afectación de los sentimientos y afectos de la persona individual”²¹⁸. El Consejo de Estado siguió el criterio plasmado en esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia durante varios años, hasta que en 1993²¹⁹ abrió el espectro de perjuicios extrapatrimoniales con el reconocimiento del perjuicio fisiológico²²⁰, y ya no sólo el perjuicio moral²²¹. Los hechos del caso Villaveces fueron los siguientes²²²:

- El municipio de Bogotá desocupó y utilizó una bóveda de una señora, mientras su esposo, el señor León Villaveces, estaba ausente. Los restos fueron indebidamente depositados en una fosa común.
- El señor León Villaveces demanda para que se le reintegren los restos de su esposa, la lápida de mármol traída desde Europa y el ataúd y, adicionalmente, “*todos los daños y perjuicios que he sufrido por haber extraído indebidamente de dicha bóveda*”.
- El juez civil del circuito negó la condena por perjuicios morales, al igual que el Tribunal de Bogotá.

Cuando la Corte Suprema de Justicia asumió el caso, casó parcialmente la sentencia disponiendo que, mediante peritos se fijara la suma de los perjuicios morales. El fundamento legal que utilizó la Corte en su momento para proceder de esta forma fueron los artículos 2341²²³ y 2356²²⁴ del Código Civil que contienen la regla general según la cual

²¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 21 de julio de 1922, M.P.: Tancredo Nannetti. Igualmente, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968, G.J. T. CXXIV, No. 2297 a 2299, p. 58.

²¹⁸ HINESTROSA, Fernando, “Apreciación del daño moral” en HINESTROSA, Fernando, “*Escritos varios*”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983, p. 719-720.

²¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de julio de 1993, Exp.: 7.772, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

²²⁰ M’CAUSLAND SANCHEZ, María Cecilia, *Ob. Cit.*, p. 59.

²²¹ “*El fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 para el derecho colombiano, y el fallo Letisserand del 24 de noviembre de 1961 para el derecho francés, son los fallos de principio que, según la doctrina, reconocen por primera vez de manera explícita la indemnización del perjuicio moral*”. HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 233.

²²² Estudio del mismo, junto con aspectos procesales en detalle, ver en SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 70-80. Igualmente analizado en NAVIA ARROYO, Felipe, “*Estudio sobre el daño moral*”, p. 90-91. NAVIA ARROYO, Felipe, “*Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*”, p. 26-29.

²²³ “*Artículo 2341. Responsabilidad extracontractual: El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*”

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

se debe reparar o indemnizar todo daño que se ocasione a otra persona sin distinguir en el tipo de daño. Dijo la Corte adicionalmente:

“... el Tribunal violó los artículos 1494, 2341 y 2366 del Código Civil, porque dichos artículos ni limitan el daño de que ellos hablan al solo patrimonio, que se traduce en menoscabo pecuniario, sino que contemplan también los bienes que tienen valor de afección explícitamente reconocidos por el artículo 483 del Código Civil.” (Subrayado ajeno al original).

Adicional a ello, la Corte ordenó la construcción de un monumento con el fin de reparar (“colmarle el vacío que produjo el quebrante moral”) al demandante. Según la Corte Suprema de Justicia:

“esa cosa no puede ser otra que un monumento artístico, que por sí solo, o con los restos si se pueden sustituir, colme el vacío que produjo el quebranto moral del demandante. Ahora bien, dada la posición de los interesados, su cultura, la magnitud del pesar causado, etc., estimamos que el mausoleo o monumento en referencia tiene que ser de un costo no menor de tres mil pesos (\$3.000). Por todo lo expuesto avaluamos los perjuicios que se nos ordenó apreciar, en la suma de tres mil pesos (\$3.000) moneda corriente”.

Como puede apreciarse, esta sentencia no sólo **(i)** reconoce los perjuicios morales ocasionados, sino que además **(ii)** deja la puerta abierta para el reconocimiento de otros perjuicios extrapatrimoniales y **(iii)** ordena indemnizar el perjuicio moral en sentido amplio, sin reducirse a ordenar una medida pecuniaria únicamente, sino también una medida simbólica con fines satisfactorios del dolor extrapatrimonial sufrido²²⁵. A raíz de esta sentencia se suscitaban diferentes críticas relacionadas no tanto con la existencia del perjuicio sino con su indemnización, pues no se entendía cómo se podían “compensar” bienes espirituales con dinero y cómo podía tasarse ese valor²²⁶. Hoy en día, como se mencionó anteriormente, la discusión está zanjada al menos jurisprudencialmente²²⁷, y no existe problema alguno en el reconocimiento e indemnización de perjuicios morales.

²²⁴ “Artículo 2356. Responsabilidad por malicia o negligencia: Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...”

²²⁵ Sobre otros aspectos trascendentales de esta sentencia, ver NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?”, p. 28.

²²⁶ Sobre un resumen de objeciones y justificaciones a la reparación del daño moral, ver DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 95-102. Igualmente, SAAVEDRA MADRID, César, *Ob. Cit.*, p. 74-77.

²²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 2003, Exp.: 14.083 (9.874), C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

2.2. Definición y clasificación:

Ahora bien, la doctrina ha analizado con profundidad el daño moral, definiéndolo como el dolor espiritual, sufrimiento, pena, congoja que afecta tanto a la víctima directa del daño como a sus parientes cercanos y terceros damnificados muy próximos a ella²²⁸. Para JORGE MOSSET ITURRASPE²²⁹, el daño moral es la afectación a la homeóstasis espiritual, es decir, es la alteración del equilibrio emocional de la persona ocasionada por un obrar ajeno, que perturba la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado produciendo un estado anímico perjudicial²³⁰. Para ENRIQUE GIL BOTERO, el daño moral es *“la lesión de los sentimientos, situaciones dolorosas, menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinados límites que no rallen en lo patológico.”*²³¹

Una definición que está tomando fuerza en la doctrina es aquella según la cual *“el daño moral puede definirse como la violación de los derechos inherentes a la personalidad o cualquier otro tipo de afectación en los intereses, aspiraciones, sentimientos o capacidad intelectual, producidos por un acto ilícito”*²³². Esta definición es una ampliación del concepto de daño moral, que no lo equipara al *pretium doloris*²³³ o precio del dolor, sino que lo expande a cualquier otra vulneración de los derechos o bienes de la personalidad²³⁴.

Sin embargo, esta definición no será acogida en este análisis en tanto que ella sería una definición del daño extrapatrimonial por afectación a bienes extrapatrimoniales, mas no de daño moral²³⁵, lo cual adquiere importancia en la práctica si se tiene en cuenta que entre

²²⁸ RUIZ OREJUELA, Wilson, *Ob. Cit.*, p. 65-66. Sin embargo, hay que tener en cuenta que daño moral y dolor son distintos: el dolor y el sufrimiento *“son en realidad una consecuencia o efecto de la iniuria o lesión que se ha inferido a los derechos extrapatrimoniales de la persona (...) hay daños que no se sienten, como el deterioro que pueden producir silenciosamente un cáncer o sustancias nocivas contaminantes en el medio ambiente”*. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 94.

²²⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Ob. Cit.*, p. 15.

²³⁰ En igual sentido, BARRAGÁN ROMERO, Gil, *“Elementos del daño moral”*, Guayaquil: Editorial Edino, 1995, p. 84.

²³¹ GIL BOTERO, Enrique, *“Responsabilidad extracontractual del Estado”*, p. 178.

²³² RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinero, *Ob. Cit.*, p. 239, 242. En igual sentido, CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A.; GONZÁLEZ VERGARA, Paulina V., *“Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización”*. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 37, No. 106, Medellín, enero-junio, 2007, p. 223.

²³³ *“Pretium doloris”* es el nombre que antiguamente se le daba al daño moral en el Derecho común. DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 326.

²³⁴ Quedando entonces el *pretium doloris* como una especie de daño moral. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *Ob. Cit.*, p. 90, 98.

²³⁵ En sentido similar, DÍEZ-PICAZO, Luis María, *“El Escándalo del daño moral”*, Madrid: Thomson Civitas, 2008; RUEDA FONSECA, María del Socorro, *Ob. Cit.*, p. 38; GONZÁLEZ RAMÍREZ, Marjorie Andrea, *“Daños a la persona en víctimas de desplazamiento forzado en Colombia”*, Tesis de Maestría en Responsabilidad contractual, extracontractual, civil y del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 49.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

más subtipos de daños abarque el concepto, menos certeza se tiene sobre lo que realmente se está indemnizando.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha definido el daño moral diferenciándolo del duelo, la aflicción, la pena, la angustia y el dolor en los siguientes términos:

- *“El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente (...) En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo. La aflicción, al igual que la muerte es una experiencia personal. (...) Aunque algunas personas se recuperan con bastante rapidez después del duelo otras nunca lo hacen.”²³⁶. (Subrayado ajeno al original).*
- *“Insistimos en que es erróneo asimilar daño moral con alguna de sus manifestaciones más frecuentes (dolor, pena, angustia) (...) El daño moral no es el dolor, la pena, la angustia sino la aminoración espiritual derivada de la lesión a un interés no patrimonial. Dicho detrimento existe aunque falte comprensión por parte del damnificado del perjuicio sufrido; en ausencia de lágrimas; inclusive cuando la víctima no se encuentra en condiciones físicas o síquicas para ‘sentir’ pena, dolor o angustia (v. gr. Una persona descerebrada)”²³⁷. (Subrayado ajeno al original).*

Este dolor puede manifestarse, según ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS, en lesiones al (i) honor, la intimidad o la imagen, (ii) lesión a la vida e integridad corporal, (iii) padecimientos anímicos, (iv) competencia desleal, (v) propiedad intelectual, (vi) pérdida de oportunidad, y (vii) casos de wrongful life o wrongful birth²³⁸. Ello sería un análisis casualista del daño moral²³⁹, dentro del cual habría de añadirse el daño moral ocasionado por la lesión a bienes patrimoniales²⁴⁰. Sin embargo, en la jurisprudencia de antaño se

²³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de noviembre de 2007, Exp.: 15.453, C.P.: Enrique Gil Botero. En cita a PAPALIA, Diane E.; WENDKOS OLDS, Rally; y DUSKIN FELDMAN, Ruth, *“Desarrollo Humano”*, Novena Edición, México D.F.: Editorial Mc Graw Hill, 2004, p. 766 y ss.

²³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 30.871, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 26 de marzo de 2008, Exp.: 18.846, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 8 de agosto de 2012, Exp.: 24.663, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente, BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *Ob. Cit.*, p. 96-98.

²³⁸ ILLESCAS RUS, Ángel, *Ob. Cit.*, p. 241-278.

²³⁹ Enrique Gil Botero realiza el mismo ejercicio, señalando lesiones a los bienes personales, a la integridad, dolores físicos o somáticos, entre otros. GIL BOTERO, Enrique, *“Responsabilidad extracontractual del Estado”*, p. 178. Igualmente lo hace Jairo Ramos Acevedo, citando ofensas al honor o la reputación (calumnias, difamaciones e injurias, abusos de crítica literaria, artística o científica), a la libertad y seguridad personal (arresto, secuestro, contagio de enfermedades), etc. RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 50.

²⁴⁰ A favor de esta tesis: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp.: 14.589, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

dividió el daño moral en subjetivo y objetivo, sin que al día de hoy la división siga vigente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo²⁴¹.

Esta clasificación del daño moral en realidad es derivada de la clasificación que hizo la Corte Suprema de Justicia en 1941, según la cual el daño moral puede ser subjetivo y objetivado, siendo el primero aquel que se da cuando la lesión recae sobre bienes de la personalidad (honor, integridad física), sin importar el impacto que el mismo pueda tener sobre el patrimonio del lesionado; mientras que el daño moral objetivado es aquel que recae sobre bienes de la personalidad pero tiene repercusiones sobre el patrimonio de la víctima²⁴². Así, el daño moral subjetivo es sinónimo del perjuicio de afección, y será diferente del moral objetivo en los siguientes términos:

“El daño moral puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su subdivisión, en perjuicios morales propiamente dichos, que son los que afectan “la parte del patrimonio moral”, como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidos por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria la difamación; y en perjuicios de afección que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor...”²⁴³ (Subrayado ajeno al original).

Esta clasificación incidió en la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando estableció que el daño moral subjetivo era sinónimo del *pretium doloris* y era de carácter psíquico y afectivo, y por ende, su demostración se aceptaba por medio de presunción; mientras que el daño moral objetivo se configuraba cuando, del trauma anímico, se afectara el patrimonio económico de la víctima²⁴⁴. En palabras de ÁLVARO BUSTAMANTE:

*“[El daño moral puro o subjetivo conocido como *pretium doloris*] corresponde específicamente al dolor íntimo, las angustias, los padecimientos que afectan los sentimientos de una persona”*

(...)

“El daño moral objetivado es aquel que a pesar de estar relacionado con los sentimientos de la víctima tiene repercusiones económicas y esta manifestación externa permite su valoración objetiva”²⁴⁵.

A partir de lo anterior, la doctrina criticó²⁴⁶ con acierto que el daño moral objetivo no era otra cosa que un daño patrimonial, y en igual sentido, se fue formando la crítica en la

²⁴¹ SAAVEDRA MADRID, César, *Ob. Cit.*, p. 82.

²⁴² Al respecto ver NAVIA ARROYO, Felipe, *“Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?”*, p. 38-39.

²⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 25 de noviembre de 1943, M.P.: Hernán Salamanca.

²⁴⁴ Anales del Consejo de Estado, Tomo LXII, p. 276.

²⁴⁵ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 233-234.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

jurisprudencia de lo contencioso administrativo²⁴⁷, siendo que hoy en día esta clasificación no es tenida en cuenta. Lo anterior es consecuencia, en últimas, de la diferencia entre daño y perjuicio, pues una cosa será el daño moral y otra las repercusiones patrimoniales del mismo, caso último este en el cual se está en presencia de perjuicios patrimoniales.

Posterior a dicha clasificación, la Corte Suprema de Justicia²⁴⁸, subdividió el daño moral subjetivo en **(i)** daño al patrimonio moral o social, y **(ii)** daño al patrimonio afectivo²⁴⁹, siendo el primero aquel que se proyecta sobre la vida de relación de la persona, como cuando se atenta contra la buena imagen o el buen nombre de alguien; y el segundo, aquel que afecta la integridad anímica de la persona (más conocido como *pretium doloris* en sentido estricto), como cuando se ocasiona la muerte de un pariente cercano²⁵⁰; subdivisiones que no serán analizadas *in extenso* por carecer de vigencia y de utilidad²⁵¹.

Como puede verse, los campos de materialización del daño moral son incontables (en la parte afectiva, social, corporal, propiedad intelectual, etc.), de ahí que su análisis deba hacerse en concreto, estableciendo qué otros daños extrapatrimoniales se entienden incluidos o excluidos dentro de la categoría de daño moral, como lo es el daño psíquico, patológico, estético, etc., los cuales pertenecen a la categoría de daño a la salud actualmente.

3. Daño a la integridad psicofísica

A diferencia de lo que sucede con el daño moral, sobre el cual es amplia la jurisprudencia que se ha encargado de conceptualizarlo, delimitarlo y dar cuenta de su desarrollo histórico²⁵², a pesar de las variaciones jurisprudenciales anteriormente expuestas, el daño a

²⁴⁶ NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?”, p. 39-41, 43. OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando, *Ob. Cit.*, p. 67-70.

²⁴⁷ Salvamento de voto del consejero Miguel Lleras Pizarro, en sentencia del 9 de febrero de 1978. En: *Jurisprudencia y doctrina*, Tomo VII, No. 76, p. 255.

²⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de abril de 1941, *Gaceta Judicial*, Tomo XLI, P 786, M.P.: Aníbal Cardozo Gaitán. Posteriormente el Consejo de Estado, en la sentencia del 28 de junio de 1967, *Anales del Consejo de Estado*, Tomo LXII, p. 276.

²⁴⁹ Felipe Navia cita tres sentencias del 23 de abril de 1941 así: “De los tres fallos fueron ponentes, respectivamente, Aníbal Cardoso Gaitán, Juan A. Donado y Arturo Tapias Pilonieta, y corren publicados en la G.J., T. LI, No. 1971-1972, p. 424 ss”. NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?”, p. 38, 41.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 28-29, 40-41.

²⁵¹ Cfr., RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 40.

²⁵² Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: Sentencia del 5 de febrero de 1988, Exp.: 3.009, C.P.: Betancur Jaramillo. Sentencia del 6 de agosto de 1992, Exp.: 6.901, C.P.: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 15 de septiembre de 1994, Exp.: 9.391, C.P.: Julio César Uribe Acosta. Sentencia del 10 de septiembre de 1998, Exp.: 12.009, C.P.: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 18 de octubre de 2000, Exp.: 11.948, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencias del 6 de

la salud es una categoría de daño extrapatrimonial propia del Derecho italiano que ha sido utilizada por el Consejo de Estado desde el año 2010 para referirse a las afectaciones a la integridad psico-física, y es el resultado de un proceso de cambios nominales a lo que, en un principio se conocía como “daño fisiológico”.

En resumen, hay que señalar que en 1993 se introdujo de manera errónea la categoría de perjuicio fisiológico del Derecho francés, asimilándolo al concepto de perjuicio de agrado (igualmente francés), aun cuando en dicho ordenamiento obedecen a cuestiones diferentes. Este concepto luego fue suprimido por el de daño a la vida de relación en el año 2000, y este a su vez, fue suprimido por el de alteración a las condiciones de existencia en el año 2007. Por último, y esta vez en consonancia con las discusiones del Derecho italiano, Colombia acogió en el año 2010 la categoría del daño biológico o daño a la salud.

3.1. El daño fisiológico – 1993 a 2000²⁵³:

Como se mencionó anteriormente, a partir del fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 de la Corte Suprema de Justicia, se aceptó la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales aparte del moral, tesis que vino a ser desarrollada posteriormente por el Tribunal Superior de Medellín en 1985²⁵⁴, y por el Consejo de Estado en 1993, reconociendo una indemnización por el “*daño fisiológico*”. En esta oportunidad se señaló que el perjuicio fisiológico “*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 irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una*

septiembre de 2001, Exps.: 13.232 y 15.646, C.P.: Alier Hernández Enríquez. Sentencia del 7 de marzo de 2002, Exp.: 20.807, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia del 7 de junio de 2006, Exp.: 2004-00001-01(AG), C.P.: Alier Hernández Enríquez. Sentencia del 6 de julio de 2006, Exp.: 29.792, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp.: 18.569. Sentencia del 25 de julio de 2011, Exp.: 20.132, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp.: 25.087, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz.

²⁵³ Hay quienes ubican esta fecha a partir de 1992 con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado del 14 de febrero de 1992, Exp.: 6.477, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo (KOTEICH KHATIB, Milagros, “*La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 204-205. HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 265.). Sin embargo, para los efectos de este análisis, no se tendrá en cuenta la misma porque el Consejo de Estado sólo lo menciona tangencialmente dado que la pretensión era por “daños fisiológicos y daños en la vida conyugal”, pero no hace un análisis de los mismos, sino que se conforma con decir que aumentará la indemnización porque los mismos “*no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo*”. A favor de esta última posición, NAVIA ARROYO, Felipe, “*Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*”, p. 81-82. Fijando la fecha en 1992, ver igualmente M’CAUSLAND, María Cecilia, *Ob. Cit.*, p. 59.

²⁵⁴ Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, Sentencia del 22 de marzo de 1985, M.P.: Beatriz Quintero de Prieto.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

*satisfacción equivalente a la que han perdido...*²⁵⁵. En esta sentencia hito tan importante en el tema de la reparación de perjuicios en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se señaló lo siguiente al respecto con fundamento en la doctrina de un tratadista nacional reconocido²⁵⁶:

- El perjuicio fisiológico o a la vida de relación es diferente del daño material y de los perjuicios morales subjetivos, dado que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio; mientras que el segundo busca permitirle a la víctima remediar las angustias y depresiones causadas por el hecho lesivo y/o el dolor físico sufrido por un accidente.
- El perjuicio fisiológico va dirigido a indemnizar no los ingresos periódicos (daño material), ni la estabilidad emocional (daño moral), sino la imposibilidad de realizar actividades placenteras en la vida.
- *“La indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción síquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la INDEMNIZACION POR PERJUICIO FISIOLOGICO REPARA LA SUPRESION DE LAS ACTIVIDADES VITALES.”*

Luego de dar los anteriores argumentos doctrinales, resalta el Consejo de Estado la importancia de este nuevo rubro así:

“La sala encuentra de total recibo el planteamiento anterior, en un momento de la vida nacional en que los atentados contra la existencia y dignidad de la persona humana se han generalizado, unas veces por la acción de la delincuencia común y otras como resultado del enfrentamiento de las fuerzas del orden con las del desorden. Es lamentable que niños, jóvenes, hombres maduros y ancianos tengan que culminar su existencia privados de la alegría de vivir porque perdieron sus ojos, sus piernas, sus brazos, o la capacidad de procreación por la intolerancia de los demás hombres. A quienes sufren esas pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido.

(...)

*“Al logro de este renacimiento, de esta especie de resurrección del hombre, abatido por los males del cuerpo, y también por los que atacan el espíritu, se orienta la indemnización del DAÑO FISIOLOGICO o A LA VIDA DE RELACION.”*²⁵⁷ (Subrayado ajeno al original).

²⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo de 1993, Exp.: 7.428, C.P.: Julio César Uribe Acosta. Esta sentencia fue citada durante el mismo año en Sentencias del 1 de julio de 1993, Exp.: 7.772, C.P.: Daniel Suárez Hernández y del 12 de julio de 1993, Exp.: 7.622, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

²⁵⁶ La sentencia hace constante alusión a TAMAYO JARAMILLO, Javier, *“De la Responsabilidad Civil”*, Tomo II, Bogotá: Editorial Temis, 1986.

²⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo de 1993, Exp.: 7.428, C.P.: Julio César Uribe Acosta.

Como puede apreciarse, el perjuicio fisiológico (entendido en un principio como sinónimo del “perjuicio a la vida de relación”) buscaba remediar el dolor físico y la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aun cuando no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia²⁵⁸. Aunque en un principio fue considerado como perjuicio autónomo del perjuicio “material e inmaterial subjetivo”, posteriormente fue tratado como perjuicio material restringido a los casos de lesiones corporales²⁵⁹. En junio de 1997, la jurisprudencia del Consejo de Estado lo delimitó de la siguiente manera:

“(1) ellos son de inspiración eminentemente jurisprudencial porque no hay una norma que los reconozca; (2) pertenecen a una categoría inmediata de daño y se conforman ya de perjuicios morales ya de perjuicios materiales, pero se diferencia puesto que están acompañados de una frustración de hacer una actividad de la cual el lesionado obtenía placer físico o espiritual; (3) se deben reparar en concreto y en consecuencia el juez debe tener en cuenta las circunstancias particulares, personales y sociales de la víctima; (4) para su cuantificación se debe considerar que los perjuicios fisiológicos pueden ser genéricos, aquellos que se produzcan a todas las personas (pérdida de un órgano), o también específicos, es decir la incidencia de la lesión en las actividades que antes de la lesión daban placer a la víctima y que no puede realizar más.”²⁶⁰ (Subrayado ajeno al original).

En esta sentencia claramente se muta la acepción inicial del perjuicio fisiológico afirmando que el mismo incluye perjuicios morales y/o materiales, lo cual fue la razón para que en la misma se salvara voto en el sentido de señalar que el perjuicio fisiológico es un perjuicio extrapatrimonial autónomo e independiente tanto del daño moral (*pretium doloris* o *Schmerzgeld*) o precio del dolor, como del daño material (en realidad patrimonial)²⁶¹. Sin embargo, hay que resaltar de esta sentencia la clasificación que hizo del perjuicio fisiológico, que es lo que actualmente podría traducirse en el estudio estático (perjuicio

²⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de febrero de 1992, Exp.: 6.477. C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

²⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de septiembre de 1993, Exp.: 7.059, C.P.: Julio César Uribe Acosta. Sentencia del 17 de enero de 1995, Exp.: 9.732, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia del 2 de octubre de 1996, Exp.: 9.948, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia del 4 de abril de 1997, Exp.: 11.026, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1997, Exp.: 12.499, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Citado igualmente en la Sentencia del 19 de agosto de 2011, Exp.: 20.227, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1997, Exp.: 12.499. Salvamento de voto de Ricardo Hoyos Duque. En crítica a esta sentencia, NAVIA ARROYO, Felipe, “*Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*”, p. 84-85. Igualmente, GIL BOTERO, “*Responsabilidad extracontractual del Estado*”, p. 276.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

fisiológico genérico) y dinámico (perjuicio fisiológico específico) del daño a la salud, como se verá²⁶².

Meses después a esta sentencia, en septiembre de 1997, se aclaró que el perjuicio fisiológico estaba siendo confundido con el perjuicio de placer del Derecho francés por una indebida traducción, e igualmente se aclaró el alcance del perjuicio fisiológico en los siguientes términos²⁶³:

- *“El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en derecho francés como perjuicio de placer (prejudice d agrément), loss of amenity of the life (pérdida de placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano”.*
- *“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.).”*
- No se considera perjuicio de placer: la destrucción de gafas, prótesis, sillas de ruedas, bastones, muletas e instrumentos por los cuales se suplen algunas deficiencias orgánicas, ya que no hay duda que se trataría de perjuicios materiales por la erogación que debe realizarse para suplir el instrumento.
- Tampoco es perjuicio de placer aquella depresión que sufre una persona que, a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, le impide realizar las actividades normales de la vida, pues en este caso se trataría de perjuicio material por lucro cesante *“a fin de evitar la resurrección del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”.*
- *“La Sala considera que en el presente caso puede hablarse de la existencia del perjuicio fisiológico, ya que se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida afectó el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo”.*

En concordancia con este pronunciamiento está lo señalado por FELIPE NAVIA ARROYO quien afirma que el concepto de daño fisiológico usado inicialmente por el Consejo de Estado correspondió al perjuicio de agrado²⁶⁴ del Derecho francés, el cual es menos extensivo que el daño fisiológico, y equivale al daño a la vida de relación elaborado por la

²⁶² Sobre esta misma anotación positiva de la sentencia, GIL BOTERO, Enrique, *“Responsabilidad extracontractual del Estado”*, p. 279.

²⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Exp.: 10.421. C.P: Ricardo Hoyos Duque.

²⁶⁴ *“También denominado perjuicio de ocio, de la distracción, del recreo o del placer: “es el que sufre una persona al no poder realizar (o hacerlo con dificultad) el deporte y ocio que venía realizando hasta el momento”.* FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, *“Valoración y resarcimiento del daño corporal”*, Madrid: Marcial Pons, Editor Librero, 1997, p. 36.

doctrina italiana, que abarca las repercusiones de las lesiones en el ámbito laboral y de existencia de la persona, sin reducirse a su capacidad de gozar de la vida²⁶⁵.

Esta sentencia es interesante porque permite realizar las críticas tanto (i) a la sentencia de 1993²⁶⁶, que confundió el perjuicio fisiológico con el originado por daño a la vida de relación, como (ii) a la sentencia de junio de 1997²⁶⁷, que confundió aquél con el perjuicio patrimonial. Las críticas que pueden realizar en relación con estas dos sentencias, en torno al desarrollo incoherente del perjuicio fisiológico, son:

- Respecto de la sentencia de 1993, es claro que se incurrió en una falencia al asimilar el “perjuicio fisiológico” francés con el “perjuicio a la vida de relación” de origen italiano (“este último, en alguna medida equivalente al *préjudice d’agrément* o “perjuicio de agrado” francés²⁶⁸) por el afán de adoptar figuras foráneas²⁶⁹. Por una parte, el perjuicio de agrado francés fue definido en la Resolución No. 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa como la “*disminución de los placeres de la vida, causada principalmente por la imposibilidad o la dificultad para entregarse al disfrute de ciertas actividades corrientes*”²⁷⁰. Por su parte, el perjuicio fisiológico se entiende como la lesión funcional únicamente. Hay quienes afirman que el perjuicio de agrado es el género, mientras que el fisiológico es la especie²⁷¹, pero la posición jurisprudencial actual es que son autónomos, con la aclaración que el perjuicio de agrado es alusivo exclusivamente a la privación de actividades de ocio *específicas*²⁷².

²⁶⁵ NAVIA ARROYO, Felipe, “*Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*”, p. 77.

²⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo de 1993, Exp.: 7.428, C.P.: Julio César Uribe Acosta.

²⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1997, Exp.: 12.499, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁶⁸ KOTEICH KHATIB, Milagros, “*La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*”, p. 208. Igualmente, SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 656-657. Este último explica el origen del perjuicio de agrado en Francia desde los años 50, y su asimilación al “*danno alla vita di relazione*” italiano, así como su transformación en Francia en los años 70. Igualmente, GIL BOTERO, Enrique, “*Responsabilidad extracontractual del Estado*”, p. 275.

²⁶⁹ Sobre estas críticas ver: NAVIA ARROYO, Felipe, “*Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia*”. En: *Revista de Derecho Privado*, No. 12-13, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 166; HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, Prólogo de Fernando Hinestrosa.

²⁷⁰ KOTEICH KHATIB, Milagros, “*La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*”, p. 142.

²⁷¹ Según la doctrina francesa, dentro del perjuicio de agrado, se encuentran el perjuicio fisiológico, el sexual, el estético y el juvenil: CHARTIER, Yves, “*La réparation du prejudice*”, Paris: Dalloz, 1983, p. 178-182, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, “*Tratado de responsabilidad civil*”, p. 525. Cfr. DIEZ SCHWERTE, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 326-327.

²⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Exp.: 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero. Al respecto, hay que tener en cuenta que en Francia el tema no es pacífico: El 19 de diciembre de 2003, la Sala Plena de la Corte de Casación francesa, casó una sentencia de 2002 de

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- En igual sentido, se ha manifestado el doctor EDGAR CORTÉS al criticar la introducción de una nueva categoría de daño que trata al perjuicio fisiológico y al perjuicio a la vida de relación como sinónimos, “desconociendo el significado que tales categorías tiene en los sistemas de origen”²⁷³.
- Según MILAGROS KOTHEICH KHATIB, quien ha realizado un cuidadoso estudio comparado de la reparación del daño en Francia, Italia y Colombia, el adjetivo “fisiológico” no alude a la “disminución o pérdida del placer de la vida” sino a las funciones fisiológicas y orgánicas que son las que permiten el desarrollo de actividades tanto cotidianas como de placer. Esto, en otras palabras, significa que lo que se debe indemnizar bajo este concepto es sólo el primer aspecto, de manera que pueda tasarse de manera objetiva; pues la segunda parte corresponde al análisis dinámico del daño a la salud –como se verá– que es propio del Derecho italiano y que ha sido igualmente acogido en Colombia desde el 2011.
- Por otra parte, el daño a la vida de relación es un concepto mucho más comprensivo, que abarca no tanto la lesión funcional sino las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre; concepto que fue desarrollado e implantado en reemplazo del concepto de “perjuicio fisiológico” a partir del año 2000 por el Consejo de Estado.
- Finalmente, respecto de la sentencia de junio de 1997²⁷⁴, en la que se definen erróneamente los componentes (perjuicios morales y materiales) del perjuicio fisiológico, es claro que el Consejo de Estado terminó indemnizando unos rubros por concepto de daño fisiológico de acuerdo a lo probado (porque analizó los mismos como daños materiales), y otros rubros con base en el *arbitrio iuris*, lo cual desde luego generó confusión en su momento, y pudo haber generado desigualdades si no fuera porque la indemnización por los perjuicios morales fue bastante alta.

la *Cour d'Appel* de Paris en la que se buscaba adoptar el concepto de “perjuicio funcional de agrado” juntando el perjuicio fisiológico y el perjuicio de agrado en uno solo. Sin embargo, la Corte de Casación casó y mantuvo el *statu quo* en el sentido de considerarlos como autónomos, lo cual se acompasa con el Anteproyecto Catalá, por el cual se pretende reformar el Código civil francés, manteniendo la autonomía de estos dos perjuicios. Ver. KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 104, 167-169, 174.

²⁷³ CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 255.

²⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 1997, Exp.: 12.499, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Sin embargo, si bien es cierto que esta sentencia de septiembre de 1997²⁷⁵ corrigió un error muy grave que venía poniéndose de presente a través de distintas aclaraciones de voto (en especial la contenida en la sentencia de junio de 1997), lo cierto es que la misma terminó en últimas definiendo el daño fisiológico con lo que en realidad corresponde al daño a la vida de relación (o perjuicio de agrado según la doctrina francesa), cuando afirmó:

*“La Sala considera que en el presente caso puede hablarse de la existencia del perjuicio fisiológico, ya que se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida afectó el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo.”*²⁷⁶. (Subrayado ajeno al original).

De hecho, por confusiones como estas, fue que posteriormente el concepto de daño fisiológico se transmutó por el de daño a la vida de relación en el año 2000 y por el de alteración a las condiciones de existencia en el año 2007; no obstante lo cual, el Consejo de Estado, desde el año 2011, retomó el concepto de perjuicio fisiológico en los términos que serán expuestos más adelante. Por ahora, valga mencionar que, luego de estas tres sentencias, el panorama no se aclaró de ninguna manera, pues, a pesar de la aclaración hecha relacionada con la autonomía del perjuicio fisiológico respecto de los perjuicios patrimoniales²⁷⁷, en 1998 el Consejo de Estado condenó por concepto de daño fisiológico, dentro del rubro del perjuicio material (en realidad patrimonial)²⁷⁸.

Lo importante de todo esto es que, a pesar de la incoherencia jurídica²⁷⁹ originada en que estas denominaciones obedecen a conceptos jurídicos indeterminados²⁸⁰ y que en Colombia particularmente, se ha utilizado la figura de la implantación de manera

²⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Exp.: 10.421. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

²⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Exp.: 10.421. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. La sentencia es contradictoria en tanto que, a pesar de asimilar ambos daños al final de la sentencia, antes menciona: “Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que 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.).” (Subrayado ajeno al original)

²⁷⁷ Lo cual, de hecho, puede apreciarse en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de octubre de 1997, Exp.: 11.652, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

²⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 1998, Exp.: 11.257. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

²⁷⁹ Sobre una crítica al respecto, NAVIA ARROYO, “*Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*”, p. 84.

²⁸⁰ Al respecto, RODRIGUEZ GARAVITO, César Augusto, “*¿Qué es el interés público? A propósito de los “conceptos jurídicos indeterminados”*”. En: Revista de Derecho Público, Vol. 7 Fasc, ISSN 1909-7794, Bogotá: Ediciones Uniandes, 1995, p. 63-72.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

precipitada, con traducciones confusas, e ignorando que la realidad jurídica de los países, cuya jurisprudencia se ha implantado, es diferente²⁸¹, lo cierto es que un nuevo daño diferente al patrimonial y al moral estaba siendo reconocido en casos de lesiones corporales, bien fuera que el mismo se incluyera como patrimonial o extrapatrimonial.

El problema no estuvo sólo en la implantación de figuras foráneas; otra causa de dicha incoherencia es la falta de uniformidad al interior del Consejo de Estado, lo cual hace que el criterio jurisprudencial varíe entre subsecciones. Ejemplo de ello es la sentencia del 13 de junio de 1997²⁸² que cambió radicalmente la naturaleza del perjuicio fisiológico y que sirvió de respaldo a sentencias posteriores, coexistiendo con el criterio antagónico expuesto en sentencia del 25 de septiembre de 1997²⁸³, en la cual, a pesar de contradecirse en su parte resolutive, dejó claro que el perjuicio fisiológico era diferente del perjuicio de agrado francés y del daño a la vida de relación italiano. Hoy en día, el daño fisiológico obedece al nuevo concepto de daño a la salud, que se ocasiona cuando la integridad psicofísica se ve vulnerada²⁸⁴.

3.2. El daño a la vida de relación – 2000 a 2007:

A partir del año 2000, el Consejo de Estado sustituyó literalmente el concepto de daño fisiológico por el de “daño a la vida de relación” dado que este último era un concepto más comprensivo; tanto así que afirmó que resultaba inadecuado usar la expresión de perjuicio fisiológico, aún en los casos en que este último fuese consecuencia de una lesión física o corporal. Afirmó esta sentencia con ponencia del consejero ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ:

“[El daño a la vida de relación] corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral- es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ellas, se producen en la vida de relación de quien la sufre
(...)

²⁸¹ “[El Consejo de Estado colombiano] no se limita a copiar el nombre de las figuras que vienen de experiencia foráneas, sino que las mezcla tratando de darles un alcance particular, con resultados bastante inciertos.” CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 254.

²⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1997, Exp.: 12.499, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Exp.: 10.421. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

²⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 14 de septiembre de 2011, Exps.: 19.031 y 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163, C.P.: Enrique Gil Botero; y Sentencia del 18 de julio de 2012, Exp.: 22.417, C.P.: Enrique Gil Botero.

“... ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones a las condiciones de existencia de una persona”²⁸⁵. (Subrayado y negrita ajenos al original).

Así, esta sentencia deja claro que bajo ninguna circunstancia el perjuicio fisiológico puede ser entendido como daño a la vida de relación y que por ende debe desecharse el primero, dado que el segundo es más comprensivo de los efectos negativos derivados de la lesión que sufre la víctima. Sin lugar a dudas, este cambio jurisprudencial tiene sus raíces en la distinción realizada en la sentencia de junio de 1997 antes estudiada²⁸⁶ en relación con la clasificación del perjuicio fisiológico en general y específico, dado que con el concepto de daño a la vida de relación se le da relevancia a las “consecuencias” de la lesión en sí misma, esto es, lo que en 1997 se llamó “perjuicio fisiológico específico” en referencia a la pérdida de placer derivada de la lesión²⁸⁷.

En esa medida, y como el mismo pronunciamiento lo resalta, a partir de este cambio conceptual se derivan las siguientes consecuencias: Por una parte, **(i)** este nuevo concepto no se circunscribe al derecho a la integridad física únicamente, sino a otros derecho de la personalidad; y por otra, **(ii)** permite que se incluyan situaciones que no sólo comprometen a la víctima directa sino también a terceros afectados²⁸⁸. Respecto del primer aspecto, señaló las siguientes hipótesis para la procedencia del daño a la vida de relación por razones distintas a lesiones corporales:

²⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp.: 11.842. C.P.: Alier Hernández Enríquez. Como antecedente al criterio expuesto en esta sentencia, el Consejo de Estado venía criticando la expresión “perjuicio fisiológico” por su confusión con el perjuicio de placer y su insuficiencia para abarcar los rubros por alteración a la realización de actividades esenciales y placenteras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, Exp.: 11.250, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

²⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1997, Exp.: 12.499, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁸⁷ Se afirmó en esta sentencia: *“los perjuicios fisiológicos pueden ser genéricos, aquellos que se produzcan a todas las personas (pérdida de un órgano), o también específicos, es decir la incidencia de la lesión en las actividades que antes de la lesión daban placer a la víctima y que no puede realizar más.”* (Subrayado ajeno al original).

²⁸⁸ Se indemnizaría entonces no sólo a la víctima directa del daño sino también a “otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras (...) Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales...”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp.: 11.842. C.P.: Alier Hernández Enríquez.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

“... como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (...), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que –al margen del perjuicio material que en sí misma implica– produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.”²⁸⁹ (Subrayado ajeno al original).

Teniendo en cuenta estos casos ejemplificativos que se citan en la sentencia, y la posibilidad de indemnizar a terceros cercanos a la víctima directa, el Consejo de Estado ha ordenado las siguientes condenas por concepto de daño a la vida de relación:

- Por afectación grave de la vida familiar y social como consecuencia del *“mal diagnóstico de la enfermedad, posterior intoxicación y muerte de un menor.”*²⁹⁰
- Por *“una grave afectación de la imagen y el prestigio de la persona destinataria de las acusaciones formuladas”* en un caso en el cual se publicó en medios de comunicación nacional que la persona era autor de una masacre²⁹¹.
- Reconocimiento a madre de implicado en un asalto, quien fue retenido ilegalmente y falleció sin haber sido puesto a órdenes de la justicia, a raíz de lo cual la madre sufrió de duelo patológico, terminó su vida matrimonial, dejó de realizar actividades profesionales, su vida social se limitó a la relación con su madre con quien vivía después de la separación, etc.²⁹².
- *“con ocasión de la muerte del hijo que esperaba, la histerectomía total abdominal simple y la aneختomía izquierda a que fue sometida”* por el Instituto de Seguros Sociales (Falla médica)²⁹³.
- Por privación injusta de la libertad: *“algunos de los seguidores del Arquero lo tildaron de delincuente y solicitaron en varias oportunidades a la Fiscalía General de la Nación que resolviera el caso en forma desfavorable para el deportista. Se advierte además que existe prueba sobre la situación personal y social del señor Higueta durante el tiempo en que estuvo recluido*

²⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp.: 11.842. C.P.: Alier Hernández Enríquez.

²⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2011, Exp.: 17.547. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de enero de 2001, Exp.: 11.413, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de agosto de 2001, Exp.: 13.745, C.P.: German Rodríguez Villamizar.

²⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 2007, Exp.: 16.098, C.P.: Enrique Gil Botero.

*en la cárcel. Es evidente que, en este caso, el perjuicio a la vida de relación que sufrió el señor Higueta debe ser indemnizado*²⁹⁴.

Adicionalmente, y retomando la línea de exposición sobre los cambios nominales en estricto sentido, es claro cómo la Corporación para ese entonces ya conocía la existencia del concepto de “alteraciones graves a las condiciones de existencia”; no obstante lo cual prefirió no introducir el cambio en ese sentido. Veamos:

*“Para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona.”*²⁹⁵ (Subrayado ajeno al original).

A pesar de que la Sala afirma que no reemplazará el concepto de perjuicio fisiológico por el de alteración a las condiciones de existencia²⁹⁶, en últimas termina haciéndolo cuando señala que “no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean”, sino también de la afectación a “muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo, en efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; [porque] aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.”²⁹⁷

Según ENRIQUE GIL BOTERO, quien ha puesto de presente su postura en diferentes libros ya citados²⁹⁸ y en un salvamento de voto²⁹⁹, en esta sentencia se está fusionando el perjuicio

²⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp.: 15.980. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

²⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp.: 11.842. C.P.: Alier Hernández Enríquez.

²⁹⁶ De todas formas, en 1996, ya el Consejo de Estado se había referido al concepto de alteraciones en las condiciones de existencia, señalando que, si el mismo se probaba, “su reparación estaría envuelta dentro del monto que cubre los perjuicios morales, pudiéndose según las circunstancias elevarse dicha cantidad por encima de las cuantías que tradicionalmente han sido aceptadas”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de marzo de 1996, Exp.: 11.038, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁹⁷ Por esta misma razón, el Consejo de Estado posteriormente se refirió a esta sentencia hito en los siguientes términos: “A pesar del impacto unificador que tuvo la citada sentencia, lo cierto es que la expresión “vida de relación” no fue suficiente para establecer las situaciones de la vida que debían enmarcarse dentro de dicho concepto, lo que dio lugar a criterios disímiles en el seno de la Corporación, razón por la cual la Sala decidió variar esa denominación y reemplazarla por la expresión “alteraciones graves a las condiciones de existencia”, decisión que fue asumida en la sentencia del 15 de agosto de 2007”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de mayo de 2011, Exp.: 17.396, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

²⁹⁸ GIL BOTERO, Enrique, “Responsabilidad extracontractual del Estado”, p. 204-205. Igualmente, GIL BOTERO, Enrique, “Temas de responsabilidad extracontractual del Estado”, p. 110 y ss.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

fisiológico (aunque se lo denomine daño a la vida de relación), con la alteración a las condiciones de existencia; máxime cuando la vida de relación puede ser *de tipo primitivo* cuando se refiere a las relaciones del hombre con su entorno para la satisfacción de las necesidades básicas, o *de tipo asociativo* referente a las relaciones del hombre con la sociedad. De manera que, con este pronunciamiento, lo que se ha hecho es despojar al daño fisiológico de su verdadero núcleo (“integridad corporal y existencia grata”) para dotarlo de un contenido que no le es propio, cual es el de vida de relación de tipo primitivo o asociativo que, en estricto sentido, constituirían el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia.

A pesar de la anterior crítica, hay que agradecer a esta sentencia el haber aclarado definitivamente que el perjuicio fisiológico y el daño a la vida de relación no eran sinónimos. Sin embargo, la sentencia debe ser cuestionada porque no tiene en cuenta que un perjuicio que, por atender a una lesión corporal y ser consecuencia de una deficiencia funcional³⁰⁰ (esto es, lo que en la sentencia de junio de 1997 se llamó “Perjuicio fisiológico genérico”³⁰¹), puede ser tasado con base en criterios objetivos, mas no concebirse dentro de una categoría que exige mayor discrecionalidad judicial, como lo es el daño a la vida de relación, concepto que implica un estudio concreto de los efectos de la lesión sobre la relación que tenía la víctima con su entorno y la sociedad antes del daño-evento³⁰²; es decir, un concepto que implica un análisis del estado social y vivencial de la víctima³⁰³.

Esto sin lugar a dudas pudo dar lugar a inequidades desde el punto de vista de la tasación de los perjuicios ocasionados por daños corporales similares, en los cuales, sin embargo, se

²⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2008, Exp.: 15.981, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Salvamento de voto de Enrique Gil Botero.

³⁰⁰ La RAE define la fisiología como la “*Ciencia que tiene por objeto el estudio de las funciones de los seres orgánicos.*” Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición. Consultado en junio de 2013.

³⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1997, Exp.: 12.499, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

³⁰² “El “daño a la vida de relación” en Colombia, como categoría autónoma, podría circunscribirse, en cualquier caso, a aquellas hipótesis de perjuicios irrogados a la vida social o –mejor asociada, que se concreta, precisamente, cuando el derecho de la personalidad lesionado es de aquellos que se caracterizan por una importante dimensión social, como son la intimidad, el honor, etc.; pero en cualquier evento, derechos distintos de la salud y la integridad psicofísica” (Subrayado ajeno al original). KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 222.

³⁰³ “**A partir del fallo anterior** [Refiriéndose a la sentencia No. 11.842 del 19 de julio de 2000], **la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que “rebase la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”**. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2010, Exp.: 19.849, C.P.: Enrique Gil Botero.

indemnizó bajo un macro-concepto que no diferenciaba en daño corporal y efectos sino que presumía que en el mismo se incluían todos.

Adicionalmente, es lamentable que en esta sentencia se afirme que “*el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ellas, se producen en la vida de relación de quien la sufre*”³⁰⁴, dado que no se entiende cómo, si en un principio se afirma que el concepto es más comprensivo que el perjuicio fisiológico (porque aquél incluye a éste por supuesto), luego se señale que el mismo no se refiere a la lesión en sí misma sino a las consecuencias. Entonces, no es más comprensivo el concepto; y en esa medida, tiene razón ENRIQUE GIL BOTERO cuando afirma que este cambio jurisprudencial ha despojado al daño fisiológico de su núcleo³⁰⁵, para convertirlo, en palabras de MILAGROS KOTEICH, en un problema relacional, cuando en realidad el mismo se refiere a un detrimento de la salud o la integridad psicofísica³⁰⁶. Si los jueces no pueden volver a hablar de “perjuicio fisiológico” pero éste tampoco está incluido dentro del daño a la vida de relación, es como si implícitamente se hubiese eliminado.

Piénsese por ejemplo en alguien que pierde el dedo pequeño de uno de sus pies, lo cual, en principio, no afectaría su vida de relación como la misma fue definida, y en esa medida, en aquel momento no podría haber lugar a indemnización por este rubro (ni por el fisiológico, el cual fue prácticamente eliminado con esta sentencia). Sin embargo, lo cierto es que el daño fisiológico existe en la medida que es esta parte del cuerpo la encargada de darle equilibrio al cuerpo, y por ende, en adelante, su vida no será igual. Para aquel entonces, sin embargo, se habría hecho un análisis subjetivo en el cual se habría concluido que dicha lesión no originaba inconvenientes en la aptitud de la víctima para relacionarse con otras personas, y por ende, no habría lugar a indemnización, lo cual resulta completamente ilógico cuando la afectación no consiste en las consecuencias individuales del daño (alteración a las condiciones de existencia), ni las sociales (daño a la vida de relación), sino en el daño mismo contra la integridad corporal de la víctima³⁰⁷.

³⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp.: 11.842. C.P.: Alier Hernández Enríquez.

³⁰⁵ GIL BOTERO, Enrique, “*Responsabilidad extracontractual del Estado*”, p. 204.

³⁰⁶ KOTEICH KHATIB, Milagros, “*La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*”, p. 222.

³⁰⁷ En el mismo sentido ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2010, Exp.: 19.849, C.P.: Enrique Gil Botero: “*puede dar lugar a inequidades, como el haber decretado en el caso concreto una grave alteración a las condiciones de existencia cuando el daño consistió en la pérdida de un testículo, sin que esa precisa circunstancia afectara la esfera interna del sujeto, ni mucho menos la externa, ya que la posibilidad de procreación se mantiene intacta al igual que la capacidad de interrelacionarse sexualmente, motivo por el que, en esa circunstancia especial, el daño a reconocerse, sin anfibología alguna, es el daño a la salud en la medida que supone una afectación a la integridad psicofísica del sujeto.*” (Subrayado ajeno al original).

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

No puede dejar de presumirse la buena fe del Alto Tribunal, en cuanto a la creación de una nueva categoría que permitiera proteger no sólo el bien jurídico de la integridad corporal, sino otros como los mencionados anteriormente (honor, honra). Sin embargo, lo cierto es que la mayoría de condenas por este rubro son consecuencia de lesiones corporales y afectación a terceros por muerte de la víctima directa, y en un segundo plano, por privación injusta de la libertad, de manera tal que dicho cambio sólo originó una incertidumbre respecto de si, en aquel entonces, bajo ese rubro, se cubría por una parte la indemnización a la lesión corporal y por otra, las consecuencias de la lesión por el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia, o si sólo se reconocían estas últimas.

En otras palabras, se produjo un lapsus en el cual se desconocía por completo la naturaleza jurídica del daño a la vida de relación, cuando el mismo era consecuencia de lesiones físicas o corporales, quedando así la pregunta sobre ¿bajo qué rubro entonces se indemnizaba la lesión en sí misma?, ¿Se eliminó el concepto de perjuicio fisiológico para hacer una reparación más comprensiva o para reemplazar el mismo por nuevos perjuicios?

Por último, hay que decir que, si bien no se aceptó tomar el concepto de “alteración a las condiciones de existencia”, en últimas ese fue el proceder de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, nótese cómo en la sentencia del 18 de octubre de 2000, Exp.: 11.948, se dijo que se indemnizaría por **(i)** perjuicio fisiológico, **(ii)** daño a la vida de relación y **(iii)** alteración a las condiciones de existencia, y se explicó en el caso concreto cómo se reflejaban cada uno de ellos, pero en la parte resolutive se condenó, en los siguientes términos equívocos, por *“Los llamados en la demanda como “fisiológicos” (pero comprensivos, por interpretación de la Sala, de la lesión fisiológica, a la vida de relación y alteración de las condiciones de existencia) a favor de Dinora Sofía Vásquez Navarro, en la suma en pesos colombianos de 1000 gramos oro a la fecha de ejecutoria de la sentencia”, monto que fue fijado con fundamento en la discrecionalidad judicial*³⁰⁸.

Dos años después, se condenó con fundamento en el *arbitrio iuris*, bajo el concepto de daño a la vida de relación, por la sumatoria del perjuicio fisiológico y de la alteración a las condiciones de existencia (aun cuando en la misma se le llame daño a la vida de relación), en los siguientes términos: *“encuentra la Sala que de las características del tratamiento recibido, así como de la naturaleza de la lesión padecida, puede inferirse una importante afectación de la víctima en su vida de relación. En efecto, dicho tratamiento generó a Neri Florencio Hurtado, sin duda, incomodidades y limitaciones temporales, y las secuelas definitivas de la lesión implican para*

³⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de octubre de 2000, Exp.: 11.948, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

él una importante alteración en su posibilidad de realizar, en el futuro, ciertas actividades que antes le resultaban fáciles o posibles”³⁰⁹.

3.3. La alteración a las condiciones de existencia – 2007 a 2011:

Posteriormente, en el año 2007, el Consejo de Estado reconoció, en dos pronunciamientos, el perjuicio por “alteración de las condiciones de existencia”³¹⁰, citando a la doctrina francesa que definía este perjuicio como aquel “sufrimiento padecido por las víctimas de un daño, consistente en la modificación anormal del curso de su existencia, es decir de sus ocupaciones, sus hábitos y sus proyectos”³¹¹. Pero estos pronunciamientos no se limitaron a incluirlo en el Derecho de daños colombiano sino que decidieron imponerlo en reemplazo al daño a la vida de relación de manera expresa:

- “En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando [refiriéndose al daño a la vida de relación]-en ocasiones de manera inadecuada o excesiva-para acudir al concepto de daño por alteración grave a las condiciones de existencia el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana”³¹². (Subrayado ajeno al original)
- “La doctrina, especialmente la francesa, ha entendido por alteración de las condiciones de existencia (*les troubles dans les conditions d’existence*), el sufrimiento padecido por las víctimas de un daño, consistente en la modificación anormal del curso de su existencia, es decir de sus ocupaciones, sus hábitos y sus proyectos. Un daño puede entonces producir perjuicios, que desbordan la lógica de aquellos materiales, e incluso de los morales, cuando logra alterar el devenir cotidiano del comportamiento humano, no por comprometer su integridad física, ni sus sentimientos, sino por alterar sus condiciones de existencia, que no son otra cosa, que sus costumbres relacionadas con su proyección de vida.”³¹³ (Subrayado y negrita ajenos al original).

³⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2002, Exp.: 11.335, C.P.: Alier Hernández Enriquez.

³¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007, Exp.: AG 2003-385-01, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de octubre de 2007, Exp.: AG-029-01, C.P.: Enrique Gil Botero.

³¹¹ CHAPUS, René, “Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire”, II Edición, Paris, LDGJ, 1957, p. 414-415, citado por HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 191.

³¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007, Exp.: AG 2003-385. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

³¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de octubre de 2007, Exp.: AG-029-01, C.P.: Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

La primera de estas sentencias realiza un aporte importante en el sentido de aclarar la diferencia entre el daño a la vida de relación y la alteración a las condiciones de existencia señalando que el primero obedece a un concepto de relación entre la víctima y su mundo exterior, mientras que la segunda se refiere a un cambio brusco en la condición individual de la víctima. La segunda sentencia, por su parte, ratifica el sentido de “interioridad personal” del concepto, y lo diferencia tanto del perjuicio fisiológico (cuando resalta “no por comprometer su integridad física”), como del perjuicio moral (cuando continúa “ni sus sentimientos”).

Por otra parte, la doctrina francesa ha entendido el concepto de “alteraciones a las condiciones de existencia” (*Troubles dans les conditions d’ existence*)³¹⁴ como un concepto de carácter más omnicompreensivo que el de daño a la vida de relación, ya que el primero comprende todas las modificaciones anormales al modo de vida del demandante, en sus ocupaciones, hábitos o en sus proyectos, más allá del daño material y el dolor moral³¹⁵.

Sin embargo, posterior a esta sentencia, tanto la doctrina nacional como el Consejo de Estado, entendieron que se trataba meramente de un cambio de nombre, lo cual no resulta extraño toda vez que, como se señaló anteriormente, la jurisprudencia ya venía reconociendo este rubro bajo el nombre de “daño a la vida de relación”³¹⁶. Así, por ejemplo, MARÍA CECILIA M’CAUSLAND sostiene que dicha jurisprudencia tan sólo es un intento por “cambiarle el nombre” al daño a la vida de relación³¹⁷. Por su parte, el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha insistido en que la alteración a las condiciones de existencia es equiparable al daño a la vida de relación, dado que aquél no es otra cosa que la nueva denominación del daño a la vida de relación³¹⁸. A lo anterior sin embargo, el consejero ENRIQUE GIL BOTERO señaló mediante aclaraciones de voto³¹⁹ que:

³¹⁴ CHAPUS, René, *Ob. Cit.*, p. 78.

³¹⁵ CHAPUS, René, *Ob. Cit.*, p. 252. Igualmente, PAILLET, Michel, “*La responsabilidad administrativa*”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 278.

³¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp.: 11.842. C.P.: Alier Hernández Enríquez. Sentencia del 18 de octubre de 2000, Exp.: 11.948, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 21 de febrero de 2002, Exp.: 11.335, C.P.: Alier Hernández Enríquez.

³¹⁷ M’CAUSLAND, María Cecilia, *Ob. Cit.*, p. 64: “considero que en ellas sólo se propone la asignación de un nuevo nombre a esta última, sin presentarse argumentos que lo justifiquen, lo cual, por lo demás, parece necesario...”

³¹⁸ Sobre la referida problemática, se pueden consultar los siguientes documentos: aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, Exp.: 15.657, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar, aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, Exp.: AG 2003- 385, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1 de diciembre de 2008, Exp.: 17.744, C.P.: Enrique Gil Botero.

³¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2010, Exp.: 19.849, C.P.: Enrique Gil Botero. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero.

- A partir de las dos sentencias proferidas en el 2007 (cuyos apartes fueron transcritos anteriormente), puede establecerse la autonomía e independencia de la alteración a las condiciones de existencia y el daño a la vida de relación; de manera que no es cierto que a partir de las mismas haya ocurrido simplemente un cambio de nombre.
- La jurisprudencia equivocadamente ha asimilado el perjuicio fisiológico, biológico o daño a la salud con el perjuicio de agrado; confusión que aumentó desde el 2007, dado que se mutó simplemente el nombre del daño a la vida de relación (perjuicio de agrado), al de alteración de las condiciones de existencia cuando en realidad **(i)** el primero se refiere a la pérdida del placer derivado de la imposibilidad de realizar actividades a las que estaba acostumbrado, mientras que **(ii)** el segundo se refiere a la modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida de cada persona.
- En realidad las denominaciones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de existencia” siempre han sido utilizadas para denominar el perjuicio fisiológico, bien sea refiriéndose a 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.
- *“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.”³²⁰*

Y continúa su aclaración de voto, con unos argumentos que, en realidad ya no van dirigidos a atacar las críticas que se le han impuesto a la tesis jurisprudencial sobre la alteración a las condiciones de existencia, sino a abrir la puerta para la introducción del entonces nuevo concepto del “daño a la salud”, lo cual finalmente fue aceptado en sentencias de unificación del 2011:

“es necesario (...) recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que sería 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.”³²¹

En el anterior pronunciamiento AG-2003-385, y con fundamento también en la doctrina francesa de los llamados *troubles dans les condition d’existence*, el Consejo de Estado fijó las condiciones para que no todo daño derivara en alteración grave a las condiciones de existencia, afirmando que para que este último se configurara de manera autónoma, era necesaria una connotación calificada en la vida del sujeto que en verdad modificara en

³²⁰ *Ibidem.*

³²¹ *Ibidem.* Igualmente: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2010, Exp.: 17.531, C.P.: Gladys Agudelo Ordoñez. Sentencia del 3 de febrero de 2010, Exp.: 17.543, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

modo “superlativo” sus condiciones habituales en aspectos significativos de la normalidad, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, como quiera que el impacto respecto de las condiciones previas había de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario. Finalmente advirtió que debía probarse en el proceso por quien lo alegara³²².

En consecuencia, es claro cómo este perjuicio en realidad no se “introdujo” en la jurisprudencia, la cual, ya venía usando el mismo tiempo atrás. Lo que por el contrario se logró fue una avalancha de confusiones en medio de un conglomerado de jueces que venían ordenando indemnizaciones por daño a la vida de relación frente a alteraciones a las condiciones de existencia; de ahí que el “cambio jurisprudencial” apenas haya sido asumido como un cambio meramente nominal y no más. La verdad es que es muy decepcionante que estos pronunciamientos hayan preferido darle mayor relevancia a un perjuicio que es “consecuencia” (ahora interna y no relacional) de una lesión, y no a la lesión misma, pues como se recalcó en el acápite del daño a la vida de relación, este rubro resulta trascendental en los casos de lesiones corporales.

Para finalizar este acápite, hay que resaltar entonces la gran problemática ocasionada con estas categorías que, además de confusas, llevaron a que se olvidara lo más importante que era la lesión en sí misma, el daño a la salud como bien constitucionalmente protegido. Como bien lo señala ENRIQUE GIL BOTERO en crítica a estos dos conceptos, “*operan a manera de bolsas de contención, según los cuales entre más se demuestre que la afectación produjo consecuencias externas, sociales o extrínsecas de un derecho o interés legítimo del individuo, mayor será la indemnización*”³²³. Como puede apreciarse, este criterio de indemnización carece de objetividad y condujo, como se ha podido apreciar, a inequidades en muchos casos fácticamente similares.

3.4. El daño a la salud – desde 2011:

Como se advirtió anteriormente, el Consejo de Estado ya venía introduciendo lentamente la necesidad de resucitar el concepto del “daño fisiológico”, y fue de esta manera como finalmente decidió dejar de reconocer el daño fisiológico dentro del perjuicio por alteración a las condiciones de existencia³²⁴, para, en los años 2010³²⁵ y 2011³²⁶, cambiar su

³²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007, Exp.: AG 2003-385, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

³²³ GIL BOTERO, Enrique, “*La constitucionalización del Derecho de daños*”, Bogotá: Editorial Temis, 2014, p. 63.

³²⁴ Al respecto consultar aclaraciones de voto en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp.: 15.657. Sentencia del 15 de agosto de 2007, Exp.: AG 2003.385. Sentencia del 1 de diciembre de 2008, Exp: 17.744.

postura jurisprudencial sustituyendo el concepto de alteración de las condiciones de existencia por el de “daño a la salud”, el cual supone una afectación a la integridad psicofísica e incluye otros daños como el estético, el sexual, el psicológico³²⁷, entre otros, de manera que, con esta categoría “se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial (...) y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado”³²⁸. El concepto del daño a la salud viene del Derecho italiano, y es entendido en los siguientes términos:

*“... el daño sicofísico en sí mismo, es decir, la lesión a los valores de la integridad física y síquica del individuo, prescindiendo de sus consecuencias (daño biológico en sentido **estático**); y al mismo tiempo es el perjuicio a la fruición del ambiente natural o social dependiente de un evento lesivo de la salud (daño biológico en sentido **dinámico**)”³²⁹*
(Subrayado y negrita ajenos al original).

En el siguiente capítulo se ahondará en el aspecto dinámico y estático del daño a la salud. Por ahora, valga rescatar que, si bien este concepto incluye otros perjuicios, es clara la manera como los mismos tienen relación directa con el daño a la salud; por lo cual no resulta un aspecto criticable como sucedía con “el daño a la vida de relación” y “la alteración a las condiciones de existencia”.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que esta nueva categoría del “daño a la salud” tiene impacto desde el punto de vista de la indemnización, en tanto que dicha categoría impide que se incluyan otros perjuicios que no guardan relación con la lesión psicofísica. Así lo pone presente el mismo Consejo de Estado cuando critica la inclusión de estas

³²⁵ Aclaraciones de voto de Enrique Gil Botero a: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 3 de febrero de 2010, Exp.: 18.034 y 18.433, C.P.: Enrique Gil Botero y Ruth Stella Correa Palacio, respectivamente. RUEDA PRADA, Diana, *Ob. Cit.*, p. 10, 12, 32.

³²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero.

³²⁷ “Compartimos la apreciación de la Sala en cuanto considera que el “daño a la salud” es aquel que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético, de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.), sin que sea procedente otro tipo de daños (v.gr. la alteración a las condiciones de existencia).” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero, Salvamentos de voto de Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourt.

³²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 3 de febrero de 2010, Exps.: 18.034 y 18.433, C.P.: Enrique Gil Botero y Ruth Stella Correa Palacio, respectivamente; ambas con salvamento de voto de Enrique Gil Botero. Sentencias del 14 de septiembre de 2011, Exps.: 19.031 y 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163, C.P.: Enrique Gil Botero; y Sentencia del 18 de julio de 2012, Exp.: 22.417, C.P.: Enrique Gil Botero.

³²⁹ ROZO SORDINI, Paolo Emanuele, *Ob. Cit.*, p. 79 y 92.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

afectaciones bajo otros conceptos como el perjuicio de agrado o la alteración a las condiciones de existencia:

“[El] daño a la salud denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.”³³⁰. (Subrayado ajeno al original).

Para ejemplificar más esta crítica que realiza el consejero ENRIQUE GIL BOTERO en la anterior sentencia, es preciso recurrir a una sentencia del consejero DANILO ROJAS BETANCOURTH del 4 de mayo de 2011, en la cual se recupera la expresión de perjuicio fisiológico, resaltando que dicha expresión no está de ninguna manera prohibida por la jurisprudencia de la Sala; y que *“la importancia de la noción <<perjuicio fisiológico>> o daño a la salud, [se da] toda vez que <<además de facilitar la prueba en relación con este particular tipo de perjuicio-de origen psicofísico- también proporciona al juez mejores criterios para establecer la tasación del perjuicio>>”³³¹*. Es decir, esta nueva categoría pareciera darle mayor objetividad y precisión al reconocimiento de daños extrapatrimoniales en casos de lesiones psicofísicas.

Igualmente, esta sentencia es de gran importancia porque retoma la tan nombrada sentencia de junio de 1997³³² sobre los perjuicios fisiológicos “genéricos” y “específicos”, para llamarlos ahora “genéricos” y “subjetivos” y definirlos de la siguiente manera:

“... los daños de orden “fisiológico” pueden tener un carácter genérico, en la medida en que una afectación corporal de determinado tipo puede tener consecuencias presumibles respecto de todos los casos, sin que sea necesaria una demostración particular en este punto; o bien puede ser de carácter subjetivo, como quiera que no todas las personas realizan las mismas actividades cotidianamente, o las mismas no tienen el mismo significado para las condiciones de existencia de las diferentes personas.”³³³ (Subrayado ajeno al original).

³³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 18 de julio de 2012, Exp.: 22.417, C.P.: Enrique Gil Botero.

³³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de mayo de 2011, Exp.: 17.396, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

³³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1997, Exp.: 12.499, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

³³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de mayo de 2011, Exp.: 17.396, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Como puede apreciarse, este pronunciamiento permite la presunción de las consecuencias dolorosas de los perjuicios fisiológicos *genéricos*, dado que se entiende que todas las personas sufren por igual determinadas lesiones psicofísicas; mientras que, tratándose de perjuicios fisiológicos *subjetivos*, se requiere una demostración particular, dado que la aflicción derivada de la lesión corporal no afecta por igual a todas las personas, quienes, suelen realizar actividades diferentes y/o suelen darle un significado diferente a las mismas. En otras palabras, esta tesis jurisprudencial permitió ir sentando las bases para la unificación de criterios al momento de ordenar indemnizaciones por daños originados en lesiones corporales, de manera que se distinguiera entre la lesión (a la funcionalidad³³⁴) corporal por una parte, y las lesiones derivadas de aquélla, por otra.

Acertadamente afirma MILAGROS KOTEICH KHATIB que este planteamiento se acerca sustancialmente tanto a la propuesta italiana sobre el tema (componente estático y dinámico que veremos) como a la francesa (Perjuicio fisiológico, al que se le suma el perjuicio de agrado)³³⁵; tema sobre el cual se volverá a propósito del análisis estático y dinámico del daño a la salud, al cual se ha referido el Consejo de Estado en los últimos años.

En conclusión, esta sentencia del consejero DANILO ROJAS BETANCOURT³³⁶ retoma el concepto de perjuicio fisiológico para que, cuando en un caso concreto en el cual existan alteraciones graves a las condiciones de existencia, se pueda denominar correctamente el origen del daño, si el mismo es consecuencia de una lesión corporal; y en consecuencia, pueda el juez contar con mejores criterios para tasar el perjuicio con fundamento en pruebas directas relacionadas con la afectación física. Sin embargo, a ello hay quienes refutan que en realidad debe hablarse de “daño a la salud” por ser un concepto más apartado de conceptos médicos, y más cercano al concepto de salud como bien jurídico:

“... la ciencia jurídica que le dio entrada al concepto de daño biológico prefiere hoy utilizar la expresión <<daño a la salud>>, concepto jurídico (y no médico) con un alcance más amplio, pues mientras que el daño biológico se refiere a aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, el daño a la salud, además de referirse a ellos, tiene que ver con las

³³⁴ Bajo el nuevo concepto de daño a la salud, no puede hablarse exclusivamente de la lesión a la “funcionalidad” (concepto fisiológico), dado que la salud es mucho más que la correcta funcionalidad. La salud, según la OMS, incluye todo bienestar físico, mental y social; concepto “no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades”. Ver: [http://www.who.int/about/definition/en/print.html]. Página consultada el 12 de agosto de 2014.

³³⁵ KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 216.

³³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de mayo de 2011, Exp.: 17.396, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

manifestaciones generales del bien <<salud>> como bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive.”³³⁷.

Es decir, la reutilización del concepto de perjuicio fisiológico, dio origen a una postura doctrinaria que prefiere utilizar el concepto de “daño a la salud” como un concepto jurídico, no médico, con un alcance más amplio, que no sólo se refiera a los aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona (como en el caso del perjuicio fisiológico), sino además a las manifestaciones del bien salud como un bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive. A lo anterior se oponen quienes opinan que la noción de daño corporal o daño a la salud (fisiológico o biológico) debe ser readaptada pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, como aquella lesión a la integridad corporal³³⁸, cuya tasación se pueda hacer con base en criterios objetivos y equitativos³³⁹.

A pesar de todo lo anteriormente comentado, al concepto de daño a la salud se le han presentado ciertas objeciones que han sido expuestas al interior del Consejo de Estado, y que están relacionadas con aspectos patrimoniales básicamente. Al respecto, la consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, salvando voto en una sentencia de sala plena afirmó³⁴⁰:

- Esta nueva categoría es un retroceso jurisprudencial porque elimina la claridad que existía en cuanto a que el daño por la alteración a las condiciones de existencia abarcaba la lesión a la salud, en la medida en que se trata de daños sufridos por uno de los sujetos pasivos del daño, que generaron cambios en la forma como normalmente se desenvolvía su vida, esto es, como el sujeto se relacionaba con el mundo, antes de que ocurriera el hecho generador del daño.

³³⁷ CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 21-22. En sentido similar: HEDERICH GARCÍA, Franz, *Ob. Cit.*, p. 234: “considero que el daño a la salud no es más que una versión mejorada y más exacta del daño fisiológico utilizado por nuestra jurisprudencia, años atrás”.

³³⁸ La salud ha sido definida por la OMS como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades”. (*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.*) Ver en: Preámbulo de la Constitución de la OMS adoptada entre el 19-22 de junio de 1946, suscrita el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y vigente desde el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948. Ver igualmente en: <http://www.who.int/about/definition/en/print.html>. Página consultada el 12 de agosto de 2014.

³³⁹ GIL BOTERO, Enrique, “La institución del daño a la salud en Colombia”, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*, Bogotá, diciembre, 2012, p. 323. Disponible en: <http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/17INSTITUCION.pdf> Igualmente, VICENTE DOMINGO, Elena, “Los daños corporales: tipología y valoración”, Barcelona: Editorial Bosch, 1994, p. 139.

³⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero, Salvamento de voto de Ruth Stella Correa Palacio.

- Por lo tanto, el daño a la salud era un daño susceptible de reconocimiento e indemnización en esa denominación mayor de alteración a las condiciones de existencia.
- Es desatinado volver al concepto de perjuicio fisiológico *“pues es diferente la lesión (daño corporal o psíquico) y sus consecuencias, dado que estas últimas son las que constituyen el perjuicio indemnizable.”*
- *“El daño extrapatrimonial o inmaterial debe ser clasificado de acuerdo con las consecuencias que produce tanto al interior del sujeto (moral), como en su parte externa (daño a la vida en relación o alteración a las condiciones de existencia) y no por el simple hecho del evento separado de sus efectos (daño biológico, fisiológico o a la salud).”*
- La adopción de este nuevo concepto, como categoría autónoma, conlleva la expansión de daños extrapatrimoniales y a la doble indemnización por el quebranto corporal y por las alteraciones a las condiciones de existencia, en contravía de los principios de la reparación, la prohibición del enriquecimiento sin causa y el presupuesto público.
- *“Cuando a alguien se le indemniza la alteración de las condiciones de existencia derivadas de una lesión física, corporal o síquica (consecuencias del daño), se está reparando el menoscabo sufrido por el deterioro a la salud.”*
- Por lo tanto, es más garantista y preciso agrupar las diferentes formas de alteración a las condiciones de existencia en una sola categoría de daño inmaterial, por cuanto así el juez puede valorar cada caso según el *arbitrio iuris*, evitando afectar el erario público en forma injustificada.
- No es acorde con la dignidad humana y el derecho a la igualdad que la liquidación de daños se haga según el valor del órgano o miembro, *“cosificando”*³⁴¹ monetariamente al hombre, sin atender a la intensidad y gravedad del daño, a la relación del daño con las condiciones personales de quien lo padece y las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta los criterios del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 (reparación integral, equidad y criterios técnicos actuariales).
- De esta manera, con el daño a la salud se advierte desde una incongruencia en términos de igualdad material o inequidad en la liquidación del quantum de los perjuicios.

Al respecto hay que mencionar que, es claro que desde 1993 se hizo un trasplante equivocado de lo que realmente significa el perjuicio fisiológico, y con los esfuerzos que año tras año se llevaron a cabo por diferenciarlo y luego suprimirlo por el daño a la vida de relación, lo que se obtuvo fue aumentar los índices de confusión en el ordenamiento. En últimas, lo que se obtuvo, con el pronunciamiento del año 2000³⁴² antes mencionado, fue

³⁴¹ En contra de esta tesis de la *“cosificación”*, GIL BOTERO, Enrique, *“La institución del daño a la salud en Colombia”*, p. 329.

³⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Exp.: 10.421, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

una supresión formal del perjuicio fisiológico. Y fue apenas formal porque con el tiempo, este rubro se transformó en alteración a las condiciones de existencia³⁴³.

Ahora bien, a pesar de que el salvamento menciona que el daño a la salud se indemnizaba incluyéndolo en las alteraciones a las condiciones de existencia, no parece ser muy claro cuando paso seguido señala que es desatinado volver al concepto de perjuicio fisiológico *“pues es diferente la lesión (daño corporal o psíquico) y sus consecuencias, dado que estas últimas son las que constituyen el perjuicio indemnizable.”* (Subrayado ajeno al original). El concepto de daño a la salud lo necesitaba la jurisprudencia hace mucho tiempo atrás, de manera que resulta afortunado haberlo traído de nuevo, para evitar confundirlo con las consecuencias derivadas del mismo, y terminar indemnizando sólo estas últimas, más aun cuando, según el artículo 90 C.P., lo que se indemniza es el daño. Las consecuencias del daño (social, relacional, etc.) han venido siendo aceptadas por un proceso de constitucionalización del derecho de daños pero, así se adopte una postura que acepte o rechace la reparación de las consecuencias del daño, lo cierto es que lo que no puede dejar de repararse es el daño en sí mismo considerado.

Sin embargo, no puede negarse que el salvamento es un llamado a la prudencia y al mismo tiempo, evidencia un riesgo muy grande con esta nueva categoría: la prohibición de doble indemnización por el mismo daño y el no enriquecimiento sin justa causa, que obliga a futuro a hacer mayor énfasis en la prohibición de indemnizar por este daño y por el de alteración a las condiciones de existencia al mismo tiempo. En este orden de ideas, y de acuerdo con el criterio jurisprudencial actual, quien ha sufrido daños como consecuencia de una lesión corporal, tiene derecho a reclamar los perjuicios patrimoniales probados, los morales de conformidad con los criterios jurisprudenciales, y el daño a la salud. Se tiene que el estado actual en cuanto al *nomen* del daño es el siguiente:

“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.”³⁴⁴

En igual sentido, aplicado lo anterior a un caso concreto:

“... y respecto de los perjuicios por el daño a la vida de relación, que actualmente la Sala reconoce bajo la denominación de daño a la salud, se señala que si bien podría considerarse

³⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de mayo de 2011, Exp.: 17.396, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

³⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163, C.P.: Enrique Gil Botero; y Sentencia del 18 de julio de 2012, Exp.: 22.417, C.P.: Enrique Gil Botero.

que la suma concedida no es suficiente para reparar el daño causado, ella no puede ser modificada teniendo en cuenta que se trata de apelante único y no se puede agravar su situación."³⁴⁵

Sólo teniendo presente la anterior delimitación es posible evitar un detrimento exagerado al presupuesto público y el mal uso de la obligación constitucional de reparar los daños que le sean imputables el Estado (artículo 90 C.P.), como fuente de enriquecimiento injusto.

Podría pensarse que la discusión es apenas superficial como quiera que ambas posturas defienden el mismo hecho: Reconocer e indemnizar el daño corporal. Sin embargo, ello no es cierto porque dependiendo de la naturaleza y delimitación que se le dé al daño corporal depende su tasación. Incluirlo en una "denominación mayor" como menciona el salvamento de voto, puede llevar a (i) desconocer el límite preciso en el cual el monto de la indemnización deja de cubrir el daño-evento para cubrir las consecuencias internas (alteración a las condiciones de existencia) y externas (daño a la vida de relación) del mismo; e (ii) implicaría tasar por igual de manera objetiva o subjetiva tanto el daño como sus consecuencias, aun cuando el daño corporal puede ser tasado de manera objetiva con base en tablas de punto y en porcentajes de incapacidad establecidos por un médico legista (sin que ello signifique cosificar al ser humano); mientras que el análisis de las consecuencias de dicho daño en la vida específica de la víctima, requiere del *arbitrio iuris* como medio para analizar tanto las condiciones de existencia concretas de la víctima como su relación con la sociedad, antes y después del daño.

En estos términos, el nuevo concepto de daño a la salud está estructurado sobre la necesidad de reparar cualquier afectación a la salud, entendida esta última, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), como "*el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades*"³⁴⁶, sin atender a las antiguas categorías del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia. En este sentido, el Consejo de Estado afirmó posteriormente:

*"Los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica."*³⁴⁷

³⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de mayo de 2013, Exp.: 27.522, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz.

³⁴⁶ Ver en: <http://www.who.int/about/definition/en/print.html>. Página consultada el 12 de agosto de 2014.

³⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

En conclusión, puede afirmarse que el daño a la salud ha vuelto a asumir su autonomía y se ha delimitado de manera muy precisa, puesto que siempre está referido a las alteraciones psicofísicas. De lo anterior se desprende que no es procedente indemnizar este perjuicio bajo las antiguas categorías (alteración a las condiciones de existencia y daño a la vida de relación)³⁴⁸. A continuación veremos cómo la indemnización del daño a la salud no sólo está encaminada a resarcir la lesión a la integridad corporal desde el punto de vista meramente funcional y orgánico para abarcar otros ámbitos como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros³⁴⁹. ~~De ahí que no es procedente que hoy en día se siga indemnizando este perjuicio bajo las antiguas categorías (alteración a las condiciones de existencia y daño a la vida de relación)~~³⁵⁰.

- Daños que incluye la categoría del daño a la salud:

A partir de la decantación que el Consejo de Estado hizo del concepto de daño a la salud, se determinó que el mismo incluía todos los daños ocasionados en el ámbito psicológico, estético, sexual, patológico y, en general, todo daño que afectara la integridad psicofísica de la víctima³⁵¹. Con ello, se logró ponerle fin a las diversas posturas jurisprudenciales y doctrinarias que consideraban dichos daños como autónomos, con lo cual surgían dudas sobre la forma como debían ser tasados los perjuicios que se derivaran de aquellos, siendo

³⁴⁸ Como sucedió en el siguiente caso donde se indemnizó el daño a la salud bajo el concepto de alteración a las condiciones de existencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp.: 33.806, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

³⁴⁹ En la anterior sentencia, se cita: “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, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero.

~~³⁵⁰ Como sucedió en el siguiente caso donde se indemnizó el daño a la salud bajo el concepto de alteración a las condiciones de existencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp.: 33.806, C.P.: Hernán Andrade Rincón.~~

³⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 38.222 y 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero. Citada en las Sentencias: del 15 de febrero de 2012, Exp.: 20.137, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz; del 1 de noviembre de 2012, Exp.: 20.773, C.P.: Hernán Andrade Rincón; del 24 de julio de 2013, Exp.: 27.155, C.P.: Jaime Orlando Santofimio; del 29 de agosto de 2013, Exp.: 30.283, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Este criterio venía siendo señalado desde las aclaraciones de voto de Enrique Gil Botero en las Sentencias: del 3 de febrero de 2010, Exp.: 17.543, C.P.: Myriam Guerrero Escobar; del 4 de febrero de 2010, Exp.: 15.061, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de marzo de 2010, Exp.: 17.288, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; del 18 de marzo de 2010, Exp.: 18.569, C.P.: Enrique Gil Botero; del 26 de mayo de 2010, Exp.: 18.625, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; del 9 de junio de 2010, Exp.: 16.397, C.P.: Gladys Agudelo Ordoñez; del 8 de junio de 2011, Exp.: 28.698, C.P.: Jaime Orlando Santofimio. Dichas aclaraciones son la modificación del criterio sostenido en la aclaración de voto de la Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp.: 15.657, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

que para el daño moral y el daño a la salud ya se venían aplicando ciertas pautas indemnizatorias y topes, pero no respecto de los otros. Así, el alcance del daño a la salud fue definido en los siguientes términos:

“El daño a la salud (...) 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 patrimonial.”³⁵² (Subrayado ajeno al original)

Con la nueva posición del Consejo de Estado se tiene que, ante la ocurrencia de lesiones psicofísicas se pueden reclamar perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, circunscribiéndose estos últimos a los siguientes:

“... cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones. (...) Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.”³⁵³ (Subrayado ajeno al original).

En esa medida, si bien el daño a la salud no se puede disgregar, ello no obsta para analizar qué se entiende por cada uno de los perjuicios que contiene el perjuicio corporal, pues dicho estudio servirá de guía cuando alguno de ellos no sea tenido en cuenta al momento de la tasación pecuniaria. Igualmente, servirá para entender las razones por las cuales el Consejo de Estado arribó a esta tesis definitiva de agregación de perjuicios bajo una sola categoría.

3.4. a.) Daño psíquico (o psicológico) y patológico:

Respecto del perjuicio psíquico o psicológico, y con el fin de diferenciarlo del daño moral, ÁLVARO BUSTAMANTE ALSINA señala que *“el daño psicológico consiste en una perturbación permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológica (...) el daño psicológico no*

³⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 38.222 y 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero.

³⁵³ *Ibidem*.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

*es una afección emotiva, el padecer de los sentimientos, pues ello encuadra dentro del concepto de daño moral*³⁵⁴. ENRIQUE GIL BOTERO por su parte señala que *“este daño puede llegar a ser autónomo, independiente del daño moral (...) El daño psicológico tiene elementos comunes con el daño moral. Sin embargo, pese a estos, adquiere una naturaleza con un núcleo propio que afecta el campo patológico de quien lo sufre, llevándolo al terreno de la alteración psicológica o psiquiátrica y que demanda atención médica profesional especializada (...) situación que no ocurre con el perjuicio moral*³⁵⁵. En ese sentido, puede verse cómo cierta parte de la doctrina considera que el daño psicológico se diferencia del moral por su carácter patológico³⁵⁶.

Al respecto, hay que señalar que, si bien las anteriores definiciones entienden correctamente este daño como una afectación a la salud, entendiendo por salud el *“estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*³⁵⁷, lo cierto es que las mismas confunden los conceptos *“psicológico”, “psiquiátrico”* y *“patológico”*³⁵⁸. La psicología, según la AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, es el estudio de la mente, el comportamiento y las experiencias humanas, abarcando desde las funciones del cerebro hasta las actuaciones de las naciones, desde el desarrollo infantil hasta el cuidado de la gente adulta³⁵⁹. En otras palabras, el campo de la psicología es el campo del entendimiento del comportamiento humano.

La psiquiatría, en cambio, es la especialidad médica que diagnostica, trata y cuida los desórdenes mentales y emocionales, así como sus problemas relacionados³⁶⁰. Por su parte,

³⁵⁴ Citado por: LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix, *Ob. Cit.*, p. 55.

³⁵⁵ GIL BOTERO, Enrique, *“Responsabilidad Extracontractual del Estado”*, p. 198.

³⁵⁶ *“... es la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización...”*: DARAY, Hernán, *“El daño psicológico”*, Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 16-18. Igualmente: *“El daño psíquico se considera daño a la salud, que, sin embargo, no debe absolutamente confundirse con el sufrimiento moral”*: ROZO SORDINI, Paolo, *Ob. Cit.*, p. 88.

³⁵⁷ Ver en: Ver igualmente en: <http://www.who.int/about/definition/en/print.html>. Página consultada el 12 de agosto de 2014.

³⁵⁸ Igualmente se confunde cuando se señala que el mismo *“supone tomar en consideración no sólo las repercusiones que, en lo espiritual, produce el ataque a bienes extrapatrimoniales del sujeto, sino algo más; para poder hablar de daños psíquicos propiamente dichos, la sintomatología debe revelar la perturbación del equilibrio espiritual en el ámbito de las patologías psiquiátricas o psicológicas”*. ZANONI, Eduardo A., *Ob. Cit.*, p. 193-194.

³⁵⁹ *“Psychology is the study of the mind and behavior. The discipline embraces all aspects of the human experience — from the functions of the brain to the actions of nations, from child development to care for the aged. In every conceivable setting from scientific research centers to mental healthcare services, “the understanding of behavior” is the enterprise of psychologists.”* Ver en: <https://www.apa.org/support/about/apa/psychology.aspx#answer>. Consultado el 12 de agosto de 2014.

³⁶⁰ *“Psychiatry is the medical specialty that diagnoses, treats, and cares for patients with mental or emotional disorders and related problems.”* SADOCK, Benjamin J.; SADOCK, Virginia A.; RUIZ, Pedro, *“Kaplan & Sadock’s Comprehensive Textbook of Psychiatry”*, 9th Edition, 2009.

la patología es el estudio (*logos*) del sufrimiento (*pathos*). De forma más específica, es una disciplina puente que implica tanto ciencia básica como práctica clínica y que se dedica al estudio de los cambios estructurales y funcionales de las células, tejidos y órganos que son la base de la enfermedad³⁶¹, de manera que el concepto de psicopatología implica no tanto la enfermedad, sino el estudio del proceso que llevó a la misma.

La jurisprudencia también ha confundido estos conceptos, por ejemplo:

“La parte demandante solicitó que se reconociera el valor de los gastos del tratamiento psiquiátrico del menor en razón a que la pérdida del brazo le produjo serios daños psicológicos a la víctima. En ese sentido, obra en el plenario el dictamen pericial rendido por dos peritos psiquiatras, (...)

1. Se deberá en el incidente, determinar mediante dictamen pericial rendido por dos peritos psiquiatras, las consecuencias psicológicas que le generó a John Alexander Palomino la lesión sufrida.

2. Se especificará en dicho dictamen de manera clara y razonada las terapias que requerirá para su adecuado restablecimiento, y el costo en que se tendrá que incurrir para el tratamiento psiquiátrico. ”³⁶² (Subrayado ajeno al original)

Como puede verse, se confunde el tratamiento psiquiátrico como si fuera encaminado a estudiar consecuencias psicológicas de la lesión, cuando la verdad es que la diferencia entre lo psicológico y lo psiquiátrico no está únicamente en la ausencia de competencias médicas de los psicólogos, sino que va más allá. En consecuencia, no es lo mismo estar afligido (daño moral), sufrir alteraciones del comportamiento regular (daño psicológico o psicopatología) o tener desórdenes mentales que requieren de diagnóstico y tratamiento (daño psiquiátrico). En palabras de CARLOS ALBERTO GHERSI, *“el daño psíquico y su evaluación se inscriben así en el plano psicopatológico, debiéndose, por ende, descartar valoraciones de tipo moral o axiológico. Aquí no se trata ni de “comprender”, ni de identificarse empática o moralmente con alguien; lo que se impone es llegar a un diagnóstico clínico claro y preciso.”*³⁶³.

³⁶¹ COTRAN, Ramzi S; KUMAR, Vinay; COLLINS, Tucker, *“Patología estructural y funcional”*, Madrid: Mc Graw Hill Internacional, 2000, p. 1.

³⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de febrero de 2010, Exp.: 17.288, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

³⁶³ GHERSI, Carlos Alberto, *“Teoría general de la reparación de daños”*, III Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 2013, p. 82.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

La parte afectiva y la parte psicológica están íntimamente relacionadas, de ahí que alguna parte de la doctrina asimile ambos conceptos³⁶⁴; al igual que cierto precedente jurisprudencial. Al respecto, mencionó el Consejo de Estado en una oportunidad:

*“el daño moral entendido como el producido generalmente en el plano síquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien...”*³⁶⁵

Igualmente, EDUARDO A. ZANNONI, en una división no tan clara entre estos perjuicios, afirma:

*“La lesión psíquica se configura mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el medio social. El agravio moral, en cambio, está constituido por la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, los padecimientos que experimenta, la duración de su tratamiento, y la incertidumbre sobre el grado de restablecimiento”*³⁶⁶. (Subrayado ajeno al original)

Es difícil determinar si lo que se afectó con el daño fue la psiquis o las afecciones de las personas; los estados anímicos influyen sobre las funciones psíquicas de la persona, suscitando hipertensiones, taquicardias o problemas endocrinos y cutáneos³⁶⁷. En esa medida, la mejor opción para delimitar el alcance de cada uno de estos daños es que se entienda que hay daño psicológico o psiquiátrico cuando la afectación (i) puede ser evaluada en un porcentaje de incapacidad por un médico legista³⁶⁸ y (ii) requiera de tratamiento psicológico o psiquiatra; de lo contrario, tal dolor debería enmarcarse como manifestación de un daño moral, mas no psicológico o psiquiátrico.

Igualmente, con respecto al daño psicológico, tanto el Consejo de Estado, como la doctrina, han afirmado que el mismo puede ser o no independiente del daño moral, según el

³⁶⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato, “El daño moral”, (Trad.: Universidad Externado de Colombia), 1962, p. 37 (Citado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 28 de noviembre de 1983); BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 91. SAAVEDRA MADRID, Cesar, *Ob. Cit.*, p. 87: “La taxonomía del perjuicio moral está constituida entonces por los padecimientos síquicos, la inquietud espiritual y en general, el displacer que produce el agravio a las más íntimas afecciones del ser humano”. Igualmente p. 68; DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 328; COLASSO, Vittorio, “La responsabilità civili del nuovo codice”, Roma: Rist. dell’ed. Tomo II, p. 211; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 96.

³⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2005, Exp.: 16.205, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

³⁶⁶ ZANNONI, Eduardo A., *Ob. Cit.*, p. 191.

³⁶⁷ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 92.

³⁶⁸ ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 85.

carácter patológico o no del mismo, respectivamente³⁶⁹, con lo cual surge la duda de si es posible acumular heterogéneamente el perjuicio psicológico con el perjuicio moral o si este último absorbe a aquél. Ante esta cuestión, la doctrina ha negado esta última posibilidad, como quiera que el mismo Consejo de Estado, en aras de asegurar la reparación integral, ha reiterado que es procedente la acumulación de perjuicios extrapatrimoniales de diferente especie³⁷⁰.

3.4. b.) Daño estético:

Este daño es quizás uno de los que mayor problemática despierta en la doctrina. Por una parte, se asimila al daño moral por la congoja que puede sentirse luego de la afectación negativa a la imagen corporal; por otra, está ligado al daño a la vida de relación por el impacto negativo que tiene la lesión en la relación de la víctima con su entorno y; finalmente, el daño estético se puede llegar a confundir con el daño a la salud, en tanto que la lesión recae sobre el cuerpo³⁷¹. A pesar de que la jurisprudencia ya fijó su postura incluyendo el mismo dentro del daño a la salud, años atrás se había asimilado a otro tipo de daños, como se verá.

Hay que iniciar señalando que el daño estético, como tal, siempre es extrapatrimonial³⁷² porque afecta intereses que no son cuantificables en dinero; ni la belleza ni el cuerpo son mensurables. Sin embargo, como perjuicio, es extrapatrimonial por regla general³⁷³, salvo que, como bien lo expresan MARCELO LÓPEZ y FÉLIX TRIGO, haya “*repercutido en la obtención de ganancias por el damnificado –al impedirle o dificultarle realizar tareas que antes de la lesión realizaba–. Si ello no ocurre, en la mayoría de los casos la lesión estética produce en los lesionados un menoscabo espiritual que puede ser resarcido como afección extrapatrimonial*”³⁷⁴. Lo anterior es claro en aquellos casos en los cuales la víctima dependía económicamente de la exteriorización de una buena imagen corporal antes de la lesión³⁷⁵ (modelos, reinas, actores, etc.) o cuando la lesión le impide continuar realizando su profesión u ocupación.

³⁶⁹ DARAY, Hernán, *Ob. Cit.*, p. 16-18.

³⁷⁰ GIL BOTERO, Enrique, “*Responsabilidad extracontractual del Estado*”, p. 235.

³⁷¹ Sobre un análisis similar, SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 645-646.

³⁷² En oposición: “*como bien se ha dicho, <<el daño estético se debe tratar, no como un rubro independiente, sino como un tema para analizar especialmente y luego imputarlo a daño patrimonial o extrapatrimonial o a ambos a la vez>>*” LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix, *Ob. Cit.*, p. 52. Igualmente, “*La lesión estética –o daño estético– puede constituir un daño patrimonial o no.*” ZANNONI, Eduardo A., *Ob. Cit.*, p. 188.

³⁷³ “*A diferencia de otros perjuicios, la proximidad de los términos daño y perjuicio es muy estrecha tratándose del estético: casi probando el daño se prueba el perjuicio (...) se suerte que el menoscabo al patrimonio estético nace de la secuela: es ella la que hay que probar.*” SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 115.

³⁷⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix, *Ob. Cit.*, p. 53.

³⁷⁵ En relación al perjuicio estético causado como criterio que puede ser valorado pecuniariamente, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de julio de 1989, Exp.: 2.852, C.P.: Antonio

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

En ese orden de ideas, puede decirse que el bien jurídico afectado con este tipo de daño es la belleza³⁷⁶, la cual depende del estado exterior del cuerpo, por lo cual es válido y lógico que esta categoría haya sido incluida dentro del daño a la salud³⁷⁷, en el cual resulta afectado el cuerpo. No es cierto, por tanto, como lo afirma otra doctrina³⁷⁸, que este perjuicio sólo se indemnice cuando afecta la capacidad productiva de la víctima, pues en tal caso, si bien el daño recae sobre el mismo bien, lo que se indemniza es el perjuicio patrimonial. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

“El denominado <<pretium pulchritudinis>>, o precio de la belleza viene a compensar el perjuicio estético que resulta del atentado infringido a la armonía física de la víctima. Entonces la pérdida de la integridad corporal da lugar a la reparación independientemente de los daños materiales que haya podido causar.”³⁷⁹

Como antecedente a esta postura, está el pronunciamiento del Consejo de Estado del 30 de noviembre de 1989, Exp.: 5.424, en el cual se definió el *pretium pulchritudinis* como aquel que busca compensar la aflicción producida por lesiones corporales (*pretium integritatis*) con el reconocimiento de perjuicios estéticos por cicatrices. Hoy en día, es insuficiente hablar de cicatrices como manifestación de este daño, por lo cual resulta más conveniente hablar de “secuela”, como modificación permanente de la imagen externa perceptible visualmente³⁸⁰, la cual puede representarse en cicatrices o en modificaciones morfológicas por pérdida de un órgano, funcionamiento anormal, discromías o cambios en el color de la piel, alopecia, exhalación de olores nauseabundos, entre otras³⁸¹. Es decir, el daño estético no siempre es sinónimo de daño funcional; de ahí que CÉSAR AUGUSTO SAAVEDRA señale que el mismo puede originarse por lesiones anatómicas o funcionales³⁸².

José de Irisarri Restrepo, y Sentencia del 6 de mayo de 1993, Exp.: 7.428, C.P.: Julio César Uribe Acosta.

³⁷⁶ Sobre un análisis filosófico e histórico de la imagen, de lo estético y del *ius imaginis*, así como la asimilación entre lo bueno y lo bello, ver SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 87-115

³⁷⁷ Sin embargo, una parte de la doctrina, lo considera un daño autónomo: SAAVEDRA MADRID, César, *Ob. Cit.*, p. 158-161.

³⁷⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix, *Ob. Cit.*, p. 53. Pone de presente esta concepción en la jurisprudencia italiana, CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 109-110.

³⁷⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 25 de mayo de 2000, Exp.: 12.550, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

³⁸⁰ SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 120, 128, 157. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Valoración y resarcimiento del daño corporal”, p. 37.

³⁸¹ SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 121, 126, 159. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Valoración y resarcimiento del daño corporal”, p. 36-38. ZANONI, Eduardo A., *Ob. Cit.*, p. 190.

³⁸² SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 127.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que la indemnización por el perjuicio estético se encuentra incluida dentro del rubro del daño moral³⁸³, del daño a la vida de relación³⁸⁴ o de la alteración grave a las condiciones de existencia³⁸⁵; de ahí que la doctrina hubiese sido enfática en señalar que “el *“perjuicio estético”, que no es indemnizado como tal en derecho colombiano, al igual que ocurre en el derecho francés, se ubica en el daño moral, ora en el fisiológico*”³⁸⁶.

Ahora bien, para que se condene por perjuicio estético deben concurrir dos requisitos: la permanencia y la visibilidad. La visibilidad es connatural a la esencia de la secuela³⁸⁷; y la permanencia se requiere en tanto que, si la afectación no es permanente porque tiene solución, lo procedente es que se condene al Estado a pagar los gastos por concepto de cirugía reconstructiva y estética³⁸⁸.

Como puede verse, la inclusión del daño estético dentro de la categoría del daño a la salud ha aliviado muchas confusiones que se venían originando a raíz de una concepción alejada de este daño, que ignoraba la comprensión del mismo dentro del macroconcepto de la

³⁸³ *“La indemnización del perjuicio estético siempre se ha entendido dentro del rubro del daño moral pero nunca dentro del mal llamado perjuicio fisiológico”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Exp.: 10.421, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Igualmente en Sentencia del 10 de agosto de 2000, Exp.: 11.519, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 10 de noviembre de 2005, Exp.: 17.920, C.P.: Alier Hernández Enríquez. Sentencia del 25 de febrero de 2009, Exp.: 15.793, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar. En sentencia del 25 de mayo de 2000, Exp.: 12.550, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros: *“Así mismo, el perjuicio estético stricto sensu, como una cicatriz en el rostro, es suficiente para dar lugar al nacimiento de una acción de reparación, pero dicho perjuicio es puramente moral, aunque puede tener repercusiones patrimoniales si la víctima fuere rechazada en su trabajo o no pudiere ejercer una actividad profesional en razón de dicho efecto”*.

³⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp.: 11.842, C.P.: Alier Hernández Enríquez. Sentencia del 19 de julio de 2001, Exp.: 13.086, C.P.: Alier Hernández Enríquez. Sentencia del 14 de abril de 2005, Exp.: 13.814, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

³⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de febrero de 2010, Exp.: 15.061, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp.: 18.569, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 9 de junio de 2010, Exp.: 16.397, C.P.: Gladys Agudelo Ordoñez. Sentencia del 9 de marzo de 2011, Exp.: 18.587, C.P.: Gladys Agudelo Ordoñez.

³⁸⁶ RUEDA, María del Socorro, *Ob. Cit.*, p. 39.

³⁸⁷ *“La única forma de definir correctamente a la belleza es refiriéndola a la apariencia, porque a ella se llega de manera deíctica. Y como cualquier palabra que deja un rastro, hay que quebrarla: deíctico proviene del griego deiknōmi, deiksis, que significa señalar”*. SAAVEDRA MADRID, Cesar, *Ob. Cit.*, p. 151.

³⁸⁸ *“CONDÉNASE en abstracto al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC a pagar a Luis Eduardo Castro Méndez las sumas que se demuestren en el incidente de regulación de perjuicios, por concepto de la prestación futura del servicio médico especializado (cirujano plástico o estético), gastos hospitalarios, quirúrgicos y postquirúrgicos, con el objeto de procurar la mejoría estética de las cicatrices.”* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de agosto de 2000, Exp.: 12.802, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. En igual sentido, FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, *“Valoración y resarcimiento del daño corporal”*, p. 37; SAAVEDRA MADRID, Cesar, *Ob. Cit.*, p. 157.

salud dado por la OMS. Este daño no puede llegar a ser confundido con el daño moral en tanto que el daño moral afecta el fuero interno de la víctima, lo cual no sucede con el daño estético que tiene lugar en el cuerpo, y está en función de la visibilidad de la secuela. Como bien lo afirma CÉSAR SAAVEDRA, *“el cuerpo y no el espíritu es el lugar [del perjuicio estético] (...) mientras el daño moral excluye el peritazgo, el perjuicio estético lo requiere”*³⁸⁹. Finalmente, a diferencia de lo que se señaló respecto del daño psicológico y psiquiátrico, el cual podía configurarse por la lesión a otros bienes distintos a la integridad psicofísica, la única forma para que se configure el daño estético es por lesión a la belleza o armonía externa del cuerpo.

3.4. c.) Daño sexual:

Respecto del daño sexual, el Consejo de Estado ha definido la sexualidad etimológicamente como **(i)** el conjunto de condiciones anatómicas y físicas que caracterizan cada sexo, y **(ii)** como el apetito sexual. Es decir, la sexualidad siempre ha estado referida a la integridad psicofísica relacionada con cada género sexual o desde la perspectiva del interés sexual, más no desde los parámetros del amor. Al respecto, ha enfatizado la jurisprudencia:

*“Existen dos formas de abordar el estudio jurídico de las afectaciones psicofísicas relacionadas con la esfera sexual del ser humano: i) el plano del amor o del romanticismo, que constituye un sentimiento más que un impulso, (...) y ii) el sexo y la sexualidad, que en las sociedades modernas sería considerado algo privado, ponderado de manera obsesiva, regulado por la costumbre y por el tabú, objeto de chismes y burlas, y desencadenante de furiosos ataques de celos. En esa perspectiva, un estudio de la sexualidad implica, necesariamente, diferenciarla del amor-entendido éste en sus diversas manifestaciones-. En efecto, el amor como se precisó con anterioridad, tiene tres dimensiones que hacen parte de la esfera interna, emocional o afectiva del sujeto, mientras que la sexualidad se relaciona de manera directa con el ámbito psicofísico-principalmente el genital-y el impulso o el deseo que se genera en relación con el sexo como actividad placentera-. Por ende, el análisis de la sexualidad debe ser desligada de los parámetros del amor, ya que si bien son manifestaciones diferentes en el ser humano.”*³⁹⁰ (Subrayado ajeno al original).

En este pronunciamiento se alude a la definición de sexualidad de la OMS³⁹¹ para concluir que la alteración o afectación de la sexualidad, en aquellos eventos en que la lesión física

³⁸⁹ SAAVEDRA MADRID, Cesar, *Ob. Cit.*, p. 115 y 121.

³⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de abril de 2013, Exp.: 26.621, C.P.: Enrique Gil Botero.

³⁹¹ *“Ahora bien, desde un plano médico-legal, la sexualidad ha sido definida por la OMS como: “un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca al sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vivencia a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones*

genera disfunción sexual o psicológica que impide concretar el acto sexual, debe ser analizada como una manifestación del daño a la salud.

Sin embargo, antes de esta posición jurisprudencial, y al igual que se mencionó en relación con el perjuicio estético, la jurisprudencia del Consejo de Estado inicialmente consideró que la indemnización por el perjuicio sexual estaba incluida dentro del rubro del daño moral³⁹², de allí que alguna parte de la doctrina lo haya incluido igualmente dentro del daño moral³⁹³. Sin embargo, el daño sexual se diferencia del moral en tanto que impide disfrutar de la sexualidad de manera plena a como se disfrutaba antes del acaecimiento del daño; de ahí que no sea correcto afirmar que la indemnización del mismo sólo procede cuando tiene efectos negativos en la vida laboral del sujeto³⁹⁴, o que sólo procede cuando el daño imposibilita o simplemente disminuye la posibilidad de procrear³⁹⁵, pues este daño va más allá.

Posteriormente, el Consejo de Estado lo incluyó dentro del daño fisiológico³⁹⁶, a la vida de relación³⁹⁷ y la alteración grave a las condiciones de existencia³⁹⁸, para finalmente incluirlo dentro del daño a la salud, como ya se ha tenido oportunidad de exponer³⁹⁹.

interpersonales. La sexualidad puede incluir todas estas dimensiones; no obstante, no todas ellas se vivencian o se expresan siempre. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales." http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf.

Consultado el 12 de agosto de 2014.

³⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de septiembre de 1968, Exp.: 698, C.P.: Carlos Portocarreño. Igualmente en Sentencia del 3 de noviembre de 1992, Exp.: 7.336, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

³⁹³ "el daño sexual hasta nuestros días fue tratado como una modalidad de daño moral", RUIZ OREJUELA, Wilson, *Ob. Cit.*, p. 103. Este mismo autor, en la publicación de este libro del año 2011 mencionaba: "A diferencia del anterior, el daño sexual es una modalidad de daño moral", p. 95.

³⁹⁴ En relación con esta percepción en el Derecho italiano, CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 110.

³⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de septiembre de 1998, Exp.: 10.871, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández, aclaración de voto de Ricardo Hoyos Duque. Igualmente SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 638.

³⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de noviembre de 1992, Exp.: 7.336, C.P.: Daniel Suárez Hernández. En esta sentencia se aumenta el monto fijado por el *a-quo* en relación con los perjuicios morales pero en el análisis del mismo, en realidad se refiere al perjuicio fisiológico. Ver igualmente Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Exp.: 10.421, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, en la cual se señaló: "La Sala considera que en el presente caso puede hablarse de la existencia de perjuicios fisiológico ya que se encuentra plenamente acreditada la disminución del (...) deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo".

³⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2000, Exp.: 11.845, C.P.: Alier Hernández Enríquez: "el actor ha sufrido un daño a la vida de relación, puesto que según se desprende del dictamen médico pericial, ha quedado impedido para la realización "de actividades lúdicas como la música, además de las actividades profesionales y muy probablemente limitación de la respuesta sexual en la medida en que la integridad sensorial juega un rol crucial en la respuesta sexual no disfuncional". Igualmente,

4. Daños extrapatrimoniales por vulneración a otros bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos

En medio del análisis del principio de reparación integral y de diversos casos en los cuales los bienes lesionados no se reducían a aquellos patrimoniales, afectivos y de integridad psicofísica, sino que abarcaban igualmente bienes como el honor, la honra, la intimidad, la libertad y hasta la imagen, fueron apareciendo nuevas categorías de daños extrapatrimoniales tanto en la doctrina⁴⁰⁰ como en la jurisprudencia⁴⁰¹, con lo cual el estudio del daño extrapatrimonial dejó de reducirse al daño moral en sentido estricto o *pretium doloris*, abarcando ahora tantas categorías como derechos o bienes de la personalidad hubiesen resultado afectados como consecuencia del daño evento. En palabras de ÁNGEL VICENTE ILLESCAS, “habrá tantos daños autónomos como esferas jurídicas afectadas”⁴⁰².

El Consejo de Estado ha ido más allá de la protección de los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos para proteger igualmente aquellos derivados de la CADH y la interpretación que de la misma haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp.: 11.842, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 16 de agosto de 2000, Exp.: 30.114, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 14 de marzo de 2002, Exp.: 12.054, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

³⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de febrero de 2010, Exp.: 18.034, C.P.: Enrique Gil Botero.

³⁹⁹ Al respecto, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 15 de febrero de 2012, Exp.: 20.137, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz. Sentencia del 11 de abril de 2011, Exp.: 20.756, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 1 de noviembre de 2012, Exp.: 20.773, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁴⁰⁰ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 85, 89-95; ROGERS, Horton (Ed.), “*Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*”, Wien/New York, Springer, 2001, p. 268-279. “No hay un acuerdo total en la doctrina sobre la tipología de los daños no patrimoniales. Mientras el derecho colombiano se limita por el momento, a indemnizar el daño moral, entendido, es cierto, en sentido amplio, y el daño a la vida de relación o daño fisiológico, otros sistemas jurídicos estructuran diversas categorías”. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 638. CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo; GONZÁLEZ VERGARA, Paulina, *Ob. Cit.*, p. 223.

⁴⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de junio de 1992, Exp.: 1.875, C.P.: Julio César Uribe Acosta. Igualmente, Sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp.: 32.651, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴⁰² ILLESCAS RUS, Ángel Vicente, *Ob. Cit.*, p. 236. En oposición, DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 309-314 exponiendo la “teoría de la diferencia” y sus críticas por conducir a una teoría abstracta del daño.

“... cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁴⁰³
(Subrayado y negrita ajenos al original)

Para algunos, estas nuevas categorías deben ser incluidas como subespecies del daño moral⁴⁰⁴ (daño moral en sentido amplio). Para otros, deben agruparse en la megacategoría de daños a la persona; y una tercera postura, aboga por que se reconozca cada una de manera autónoma. A favor de (i) la primera posición, se alega que sólo de esta manera se lograría el reconocimiento y valoración expresa de daños extrapatrimoniales que usualmente no son analizados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por una visión limitada del daño moral que lo considera exclusivamente como *pretium doloris* o afectación a los sentimientos. Según esta posición, lo anterior obstaculiza en muchos casos la indemnización de perjuicios cuando el bien jurídico afectado no es el patrimonio moral sino bienes como la honra, el buen nombre, la libertad, la familia, entre otros⁴⁰⁵; o cuando el sufrimiento lo soporta una persona jurídica⁴⁰⁶ o en estado vegetativo; casos todos en los cuales está ausente el factor emocional o sentimental propio del *pretium doloris*.

⁴⁰³ Consejo de Estado, Sección, Sentencia del 24 de septiembre de 2012, Exp.: 44.050, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa. Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp.: 25.506, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa. Sentencia del 13 de febrero de 2013, Exp.: 45.679, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa. Sentencia del 24 de octubre de 2013, Exp.: 25.981, C.P.: Jaime Orlando Santofimio. Sentencia del 21 de noviembre de 2013, Exp.: 29.764, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 26 de noviembre de 2013, Exp.: 00227-01(AP), C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencias del 12 de febrero de 2014, Exp.: 26.013 y 40.802, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa. Sentencia del 26 de marzo de 2014, Exp.: 28.741, C.P.: Enrique Gil Botero. Antecedentes incluso en la Sentencia del 16 de mayo de 2007, Exp.: 30.114, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra; y Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 29.273, C.P.: Enrique Gil Botero. Ver igualmente: BREWER CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Ob. Cit.*

⁴⁰⁴ ILLESCAS RUS, Ángel Vicente, *Ob. Cit.*, p. 241-278. CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A.; GONZÁLEZ VERGARA, Paulina V., *Ob. Cit.*, p. 1, 223-224. CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 222-224. BARRIENTOS, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 85, 93.

⁴⁰⁵ Podría pensarse en el daño al honor, la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen en la denominada sociedad de la información. Al respecto, ver el estudio de CHARRUPI HERNÁNDEZ, Néstor, *Ob. Cit.*, p. 37- 45.

⁴⁰⁶ Sobre la improcedencia de daños morales para una persona jurídica en materia contractual, se recomienda: BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, “Negación de daños morales a una persona jurídica en materia contractual”. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 34, No. 1, p. 135-138.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

A favor de esta posición están HUGO CÁRDENAS y PAULINA GONZÁLEZ, quienes al respecto señalan:

*“... un concepto amplio de daño moral, donde además del tradicional *pretium doloris*, encuentran acomodo otras categorías como la lesión a derechos o bienes de la personalidad, u otras más modernas, como el perjuicio estético o la pérdida de la chance, (...) a efectos probatorios, lleva aparejada la necesidad de que el mismo sea subdividido en distintas categorías. Y es que, haciendo categorías o subtipos, no sólo podremos abstraer con precisión aquello que se está reparando, sino que nos será más fácil identificar quiénes tienen la legitimación activa para reclamar y, por tanto, quienes deben acreditar la existencia del daño.”⁴⁰⁷ (Subrayado ajeno al original).*

Es importante resaltar la trascendencia con que estos autores abordan la clasificación del daño según sus consecuencias prácticas. Así, la inclusión de la lesión a los bienes o derechos de la personalidad, dentro del concepto de daño moral, se justificaría en tanto ayudaría a determinar quiénes son los legitimados por activa. En concordancia con esta tesis se pronunció la jurisprudencia de antaño, resaltando que el daño moral en realidad abarca la lesión a cualquier derecho extrapatrimonial, como el honor incluso:

“... la reparación del daño moral solo tiene aplicación fácilmente allí donde se lesiona uno de los derechos denominados extrapatrimoniales o primordiales (derecho a la vida, al honor, etc.).”⁴⁰⁸

Las lesiones al honor, la honra y la imagen son consideradas por alguna parte de la doctrina como un tipo de daño moral por cuanto se parte de la antigua clasificación francesa⁴⁰⁹ del daño moral subjetivo expuesta anteriormente según la cual el daño moral puede irradiar sobre el patrimonio moral o social, o el patrimonio afectivo, estando dentro del primer campo, las afectaciones a la buena imagen y buen nombre. Sin embargo, lo cierto es que las afectaciones al patrimonio afectivo (hoy daño moral) y el social (hoy “otros daños extrapatrimoniales” con consecuencias negativas en la interacción social) deben ser cuantificadas de manera independiente⁴¹⁰.

Adicionalmente, hay que refutar a esta tesis que la naturaleza de la “moralidad” en nada se acompasa con la “intimidad”, el “honor”, la “libertad”, “la familia”, “el domicilio”, etc. Si bien, la vulneración de estos últimos podría ocasionar perjuicios morales, es necesario

⁴⁰⁷ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A.; GONZÁLEZ VERGARA, Paulina V., *Ob. Cit.*, p. 223-224.

⁴⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de junio de 1992, Exp.: 1.875, C.P.: Julio César Uribe Acosta.

⁴⁰⁹ Sobre esta visión extensiva del daño moral en la doctrina francesa, DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 326-329. MICHELE PAILLET, *Ob. Cit.*, p. 219 y ss.

⁴¹⁰ NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?”, p. 41.

que ambos se analicen por separado con el fin que “*El Estado responda patrimonialmente por [todos] los daños antijurídicos que le sean imputables*” (Artículo 90 C.P., principio de reparación integral); y no que, bajo una sola categoría, se incluya un cúmulo de daños que no guardan relación con aquélla. El daño moral ha sido tan bien delimitado por el ordenamiento jurídico que los daños anteriormente mencionados sencillamente no caben dentro de lo que se entiende por daño moral; tienen una naturaleza diferente.

Por último, no se entiende por qué estos deberían incluirse en el estudio del daño moral cuando el Decreto 1260 de 1970 los previó como daños autónomos, y cuando ha sido la propia jurisprudencia la encargada de delimitarlos y fijar ciertos criterios para la tasación de sus perjuicios (los cuales distan de los criterios establecidos para la tasación de los demás perjuicios extrapatrimoniales). Según el artículo 4° del Decreto 1260 de 1970:

“La persona a quien se discuta el derecho al uso de su propio nombre, o que pueda sufrir quebranto por el uso que otra haga de él, puede demandar judicialmente que cese la perturbación y se le dé seguridad contra un temor fundado, así como la indemnización de los daños a los bienes de su personalidad y del daño moral que haya sufrido.” (Subrayado ajeno al original).

En consecuencia, será necesario que los jueces analicen en cada caso concreto si dichos daños ocasionaron perjuicios morales o no, pues bien puede haber casos en que se lesionen derechos o bienes constitucionales (o convencionales⁴¹¹) sin que necesariamente se pueda hablar de daño moral, con lo cual esta posición pierde su peso. Retomado los casos ejemplares que preocupan a los defensores de esta posición, piénsese, por ejemplo, en el daño al *good will* de una empresa o en la lesión a la libertad de concurrencia en un proceso de contratación estatal como consecuencia de la cancelación indebida de un registro público necesario para participar en dicho proceso⁴¹²; o a la afectación a “la intimidad

⁴¹¹ Hay que tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha ordenado la reparación de otros daños tales como: “daño patrimonial familiar”, “daño al proyecto de vida”. Ver: ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés; LÓPEZ, Julián Daniel, “Asistencia estatal a los desplazados y reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: Revista International Law, No. 8, ISSN 1692-8156, Bogotá, junio-noviembre, 2006, p. 172-173.

⁴¹² “En el presente caso, la sala advierte que las solas afirmaciones de los testigos de que al demandante lo vieron preocupado, triste y con rabia, que de paso se aclara no es estado de aflicción y dolor, que lo afectaron las publicaciones en la prensa sobre la cancelación de su inscripción y que se aisló del gremio profesional, no son manifestaciones suficientes para concluir que con la expedición de los actos administrativos por medio de los cuales se canceló su inscripción en el registro de proponentes, se le produjo un daño moral de tal magnitud y trascendencia que deba indemnizarse. La reacción del demandante correspondió al malestar e inconformidad normal con las circunstancias que enfrentaba.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de mayo de 2011, Exp.: 18.048, C.P.: Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

familiar y a la recreación y libre utilización del tiempo libre” por el derrumbe de un relleno sanitario⁴¹³; entre otros.

Una segunda posición –como se mencionó– es la de **(ii)** incluir todos los daños extrapatrimoniales (incluso el moral) en una megacategoría denominada “daños a la persona”⁴¹⁴. Según la doctrina, esta categoría se refiere a todos los daños extrapatrimoniales, diferentes al moral⁴¹⁵, razón por la cual su introducción en el Derecho colombiano no resulta procedente si se tiene en cuenta la delimitación que hizo el Consejo de Estado en el año 2011. Adicionalmente, esta categoría resulta peligrosa si se tiene en cuenta la variación categórica que se ha hecho del daño en Colombia y la posibilidad que hay en que dicha categoría sea un reemplazo de conceptos amplios e indefinidos como lo fue el de “la alteración a las condiciones de existencia”. En palabras de EDGAR CORTÉS:

“... las varias voces del daño seguirán creciendo cada una por su propio camino, quizá amparadas bajo una categoría general, sin contornos definidos, como podría ser la de los daños a la persona, con lo que se hace imposible elaborar un cuadro sistemático que logre racionalizar tan complejo panorama.”⁴¹⁶

Adicionalmente, esta categoría pareciera decirlo todo y al mismo tiempo no decir nada, pues según los requisitos del daño, el mismo debe recaer sobre una persona, bien sea sobre su patrimonio (como atributo de la personalidad) o por fuera de aquél⁴¹⁷. Si se analizara a profundidad el término, en realidad el “daño a la persona” debería referirse al daño mismo (patrimonial o extrapatrimonial). En otras palabras, el concepto de “daño a la persona” es una categoría extremadamente amplia que bien podría incluir tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales, por lo cual, carece de utilidad para hacer referencia a daños tan específicos como aquellos ocasionados al buen nombre, la honra, la libertad, etc.

⁴¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de noviembre de 2012, Exp.: 1999-0002 (AG), C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴¹⁴ “Se trata en este específico caso de la lesión a una modalidad del género “daño a la persona”. Por esta razón somos de la opinión que debe incluirse la restringida noción de daño moral dentro de aquella otra, genérica y comprensiva de daño a la persona.”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El daño a la persona”. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 71. De acuerdo: GIL BOTERO, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, p. 201-202. Exponiendo esta tesis: CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 41, 224.

⁴¹⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Persona y derecho” en BUERES, Alberto Jesús; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (Dir.), “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 867.

⁴¹⁶ CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 226.

⁴¹⁷ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida.” FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, p. 71.

Para concluir, hay que mencionar que en Colombia esta categoría fue usada sin mayor trascendencia por la Corte Suprema de Justicia en 1968, sin incluir el daño moral dentro de dicha categoría; mientras que la jurisdicción de lo contencioso administrativo usa el término como referente general al daño (o al daño extrapatrimonial) pero nunca como rubro independiente. Señaló la Corte en dicha oportunidad:

“el daño de la persona, consistente de inmediato en un desmedro de la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptibles de traducirse en las anotadas consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto...”⁴¹⁸

Así, el daño moral debe ser considerado como un daño extrapatrimonial de carácter autónomo, como el daño a la salud, dado el tratamiento que le ha dado el Legislador y la jurisprudencia fijando criterios autónomos para su tasación y para su comprensión ontológica como afectación a los sentimientos y la integridad afectiva, y no como vulneración de un bien o derecho de la personalidad en estricto sentido, como sí lo son los daños a las personas⁴¹⁹. En contra de esta posición, afirma EDGAR CORTÉS que *“para dar paso al resarcimiento de los daños a la persona, el camino más fácil es el de encuadrarlos dentro de la categoría de los daños morales”⁴²⁰*.

Finalmente, una tercera posición es que **(iii)** estas afectaciones a bienes constitucional y convencionalmente protegidos deben ser analizadas y evaluadas de manera independiente⁴²¹; posición que resulta coherente con la constitucionalización del Derecho de daños⁴²² pero que requiere de la acuciosidad de los jueces al momento de delimitar cada uno de los mismos y así evitar que se repare dos veces por el mismo daño, o que se deje de reparar alguno por falta de identificación del bien afectado, o que se repare a medias por incluirlo en un derecho amplio (como podría ser la protección de los derechos a la intimidad y la libertad bajo la protección del derecho a la dignidad). Como lo ha señalado la Corte Constitucional en el contexto de la tutela:

“Ya ha señalado esta Corporación cómo extremar un derecho es equivalente a negarlo, por cuanto la extralimitación no puede ser protegida. De ahí la importancia de saber cuándo se

⁴¹⁸ Esto cuatro bienes jurídicos fueron reconocidos bajo esta categoría de daños a la persona por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 4 de abril de 1968, Gaceta Judicial G.J.T. CXXIV, p. 2297-2299, M.P.: Fernando Hinestrosa.

⁴¹⁹ A favor de esta posición, DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 326.

⁴²⁰ CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 224.

⁴²¹ *“El daño moral o pretium doloris es definitivamente una tipología de daño, diferente de las demás categorías que se podrían incorporar dentro de los daños extrapatrimoniales, todas ellas aluden y protegen situaciones diversas del perjuicio sufrido por la víctima. En este sentido ocupa un campo nominativo diferente y con él se protege el dolor, el sufrimiento...”*: RUEDA FONSECA, María del Socorro, *Ob. Cit.*, p. 38-39.

⁴²² GIL BOTERO, *“La constitucionalización del Derecho de daños”*, Bogotá: Editorial Temis, 2014.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental. Lo anterior no quiere decir que si se afecta un derecho fundamental, pero no en su núcleo esencial, no tenga la protección del Estado.”⁴²³ (Subrayado ajeno al original).

Si bien esta tercera posición impide caer en los problemas de las anteriores teorías que incluyen ciertos daños en categorías más extensas, es necesario que la jurisdicción de lo contencioso administrativo actúe de manera armónica con la jurisdicción constitucional⁴²⁴, la cual ha analizado el núcleo de algunos derechos⁴²⁵ de manera general y lo que debe entenderse por ese “núcleo esencial”. Esto reduce el riesgo de una crítica hecha por HORTON ROGERS según la cual “los bienes extrapatrimoniales no admiten divisiones demasiado nítidas”⁴²⁶. En Colombia, sin embargo, el tema ha sido estudiado por la Corte Constitucional y al respecto se ha mencionado:

“El núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse “el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental.”⁴²⁷ (Subrayado ajeno al original)

Un estudio del núcleo esencial de los derechos en el contexto de la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales por afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos permitiría identificar precisamente cuál es el bien afectado y cuál no es (sentido negativo), sin que con esto se pretenda sugerir con esta propuesta que todo aquella afectación que no sea del núcleo esencial de un derecho, no es susceptible de protección (lo

⁴²³ Corte Constitucional, Sentencia T-336 de 1995, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴²⁴ “el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de derecho que es Colombia” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de noviembre de 2012, Exp.: 1999-0002-04(AG), C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴²⁵ Como el derecho de petición, el derecho a la propiedad, el derecho a la salud, el derecho a la intimidad personal o familiar, el derecho al trabajo, entre otros.

⁴²⁶ ROGERS, Horton, *Ob. Cit.*, p. 268-279.

⁴²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-756 de 2008, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Igualmente: Sentencias C-994 de 2004, M.P.: Jaime Araujo Rentería; y C-511 de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

cual sucede con la acción de tutela⁴²⁸). Sin embargo, aquel estudio sí serviría de criterio auxiliar al momento de identificar los bienes vulnerados⁴²⁹.

Adicionalmente, se requiere de mucha coordinación (sin restarle independencia) entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la constitucional para así evitar que mientras en un proceso ordinario se niega la indemnización por afectación a determinado derecho, en otro, se logre revocar dicha orden vía tutela por cuanto dicho derecho sí había sido vulnerado según las conceptualizaciones de la Corte Constitucional. Si bien no es tema central de este estudio, valga adelantar que este choque de trenes hace quedar muy mal a las Cortes, les resta credibilidad a las mismas, aumenta la inseguridad jurídica y pone sobre la cuerda floja la protección del derecho a que casos similarmente fácticos, sean fallados con el mismo rasero jurídico.

(iv) Hay una cuarta postura que es la del Consejo de Estado, que en varias oportunidades ha indemnizado estos derechos y bienes dentro del rubro de perjuicios morales (como si se hubiese acogido la primera postura⁴³⁰). Sin embargo, en abstracto, la tesis del Consejo de Estado es una mixtura entre las posiciones segunda y tercera, en tanto que, si bien estos daños deben ser “reconocidos” de manera individual o autónoma, su “valoración e indemnización” se hará dentro de las tradicionales categorías del daño a la vida de relación o de alteración grave a las condiciones de existencia”:

“En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.”⁴³¹ (Subrayado y negrita ajenos al original).

⁴²⁸ “La acción de tutela es procedente para socorrer a la persona cuando se altera o amenaza alterar el núcleo esencial de un derecho fundamental, y no para resolver mediante ella los asuntos relativos a la jurisdicción ordinaria”. Corte Constitucional, Sentencia T-336 de 1995, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴²⁹ Como un avance en materia de constitucionalización del derecho de daños, Enrique Gil señala “(ii) la identificación de qué bienes jurídicos de naturaleza inmaterial son importantes para el derecho de daños y, por lo tanto, tienen relevancia resarcitoria”. GIL BOTERO, Enrique, “La constitucionalización del derecho de daños”, p. 81.

⁴³⁰ Un estudio jurisprudencial sobre este proceder jurisprudencial en el Capítulo II.

⁴³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 14 de septiembre de 2011, Exps.: 19.031 y 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

Del anterior pronunciamiento, sin embargo, queda la duda del por qué deben analizarse estas categorías “autónomas” del daño dentro de dichas mega-categorías que, como se ha podido ver en todo el recuento histórico, han dado lugar a muchas confusiones y decisiones discordantes. A pesar de lo señalado por el Consejo de Estado, es necesario que estos perjuicios se reconozcan de manera independiente y autónoma como bienes, derechos o intereses legítimos, sin arribar al extremo de reconducirlos a su unificación en una única categoría (como por ejemplo el daño existencial en Italia o la alteración a las condiciones de existencia); pues el perjuicio debe repararse en atención a la lesión de derechos, bienes jurídicos e intereses legítimos, mas no a la consecuencia externa, física o material que acarrea el daño⁴³². Sobre esta crítica, pero aplicado únicamente al daño a la salud, ha señalado ENRIQUE GIL BOTERO:

“... se catalogó a la salud como un derecho fundamental que cuenta con reconocimiento autónomo y cuya finalidad es servir de contenedor de categorías del daño inmaterial, en aras de evitar la dispersión de varias nociones abiertas que hacían compleja la aplicación efectiva del principio de igualdad y reparación integral (v.gr. daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia).”⁴³³ (Subrayado ajeno al original).

En esa medida, cada daño deber analizarse y valorarse individualmente según el bien jurídico lesionado, sin caer en la trampa de la falta de análisis de cada daño por separado para incluirlo de manera automática en categorías omnicomprensivas del daño que no den cuenta de los conceptos que incluye en específico. No parece lógico que la lesión a los demás bienes e intereses constitucionales se repare bajo los conceptos de daño a la vida de relación o alteración grave a las condiciones de existencia, luego de todos los problemas que estas categorías han ocasionado en relación con la incoherencia jurídica y el tratamiento desigual a casos parecidos (que se traduce en quebrantamiento de la equidad). Así, por ejemplo, afirma ENRIQUE GIL BOTERO:

“las denominadas megacategorías son perjudiciales para sistemas jurídicos porque se genera el efecto de una bolsa de contención. Es decir, obtiene más la persona que logre llenar más el respectivo compartimiento a partir de elementos externos -sociales o relacionales- ajenos al daño considerado en sí mismo y las consecuencias individuales que se desprenden directamente de aquél.”⁴³⁴ (Subrayado ajeno al original).

En ese sentido, no es conveniente que estos otros daños se indemnicen bajo los conceptos de daño a la vida de relación, alteración a las condiciones de existencia ni perjuicio de agrado, pues todas estas categorías se refieren a las consecuencias del daño (daño-

⁴³² GIL BOTERO, Enrique, “La institución del daño a la salud en Colombia”, p. 338-339.

⁴³³ *Ibidem*, p. 327. Igualmente, GIL BOTERO, Enrique, “La constitucionalización del derecho de daños”, p. 82.

⁴³⁴ GIL BOTERO, Enrique, “La institución del daño a la salud en Colombia”, p. 327 y 399.

consecuencia, si se quiere), y no al daño como tal, por lo cual su indemnización queda por fuera de lo que resulta constitucionalmente imputable al Estado. Según el artículo 90 C.P., “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables...”, mas no por las *consecuencias* que se derivan de los mismos en el campo social (vida de relación), en su relación con el entorno (alteración a las condiciones de existencia) o en el disfrute de actividades placenteras (perjuicio de agrado). En palabras de RAMIRO SAAVEDRA BECERRA en relación con el perjuicio de agrado:

“... si la noción del préjudice d’ agrement se extiende a otros conceptos como la lesión al honor de una persona, a su imagen, o un ataque a su vida privada, se estaría incurriendo en la misma imprecisión que caracteriza actualmente a la jurisprudencia francesa, y ellos haría que la jurisprudencia tuviera la urgente misión de concretar su alcance.”⁴³⁵

En las sentencias posteriores que han desarrollado esta postura jurisprudencial, puede verse que no hay una línea jurisprudencial definida pues, en algunos casos, el monto de los perjuicios por estas afectaciones se incluye dentro del concepto de perjuicios morales; en otros, se indemniza por un rubro general que abarca “perjuicios morales y por afectaciones a bienes constitucional y convencionalmente protegidos”; y en otros, se indemniza de manera separada⁴³⁶. Esto resulta muy grave no sólo por la desigualdad de criterios y por la posible vulneración a la igualdad, sino también por la posibilidad de que se esté indemnizando el mismo daño dos veces, convirtiendo la responsabilidad del Estado en fuente de enriquecimiento injusto.

Hay que tener en cuenta que el Consejo de Estado señaló que, en relación con los perjuicios extrapatrimoniales diferentes a los morales y por afectación a la salud, su valoración e indemnización se hará: “*siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.*”⁴³⁷. De manera que se espera que esta disparidad de criterios sea resuelta mediante una sentencia de unificación del Consejo de Estado, que defina finalmente bajo qué rubro (s) se indemnizarán los perjuicios derivados por la afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

Lo anterior será analizado en concreto en el siguiente capítulo. Por ahora, preciso sería concluir, luego de todo este barrido histórico, que los daños extrapatrimoniales que actualmente reconoce el Consejo de Estado son: **(i)** el daño moral, **(ii)** el daño a la salud, y **(iii)** el daño a otros bienes e intereses jurídicos reconocidos por el ordenamiento, lo cual guarda coherencia igualmente con cierta doctrina según la cual es preferible “llamar a las

⁴³⁵ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 658.

⁴³⁶ Esto será desarrollado en el Capítulo II respecto de algunos bienes que concretamente han sido reconocidos por el Consejo de Estado.

⁴³⁷ Al respecto Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 14 de septiembre de 2011, Exps.: 38.222 y 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

*cosas por su nombre y por tanto calificar el daño según el interés afectado*⁴³⁸, siempre y cuando se defina con claridad el contenido y el alcance cada uno de dichos daños, so pena de un caos reinante amparado bajo categorías generales sin contornos definidos⁴³⁹, posición que se acoge a plenitud en el presente estudio y para lo cual se recomienda usar los criterios previamente establecidos por la Corte Constitucional en relación con el núcleo esencial de ciertos derechos.

⁴³⁸HINESTROSA, Fernando, *“Devenir del derecho de daños”*, en Roma e America. Diritto romano comune: Revista de Derecho de la integración y unificación del derecho en Europa y América Latina, No. 10, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, junio, 2000, p. 17-36.

⁴³⁹ CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 225-226.

- CAPÍTULO 2 -
CRITERIOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS PARA FIJAR LA INDEMNIZACIÓN DEL
PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL

Introducción

No sólo resulta trascendental el estudio de la tipología de los daños extrapatrimoniales para llegar a criterios que permitan identificar y diferenciar a unos de otros, sino que debe ahondarse en los razonamientos que hay detrás de los dos más conspicuos criterios jurisprudenciales que hasta ahora han terciado y han sido utilizados por el Consejo de Estado al ordenar la indemnización de este tipo de perjuicios: Por un lado, la existencia de criterios que propenden por un mínimo de objetividad en este tipo de decisiones judiciales (esto es, tablas derivadas del test de proporcionalidad, topes máximos a la indemnización, análisis estático del daño corporal); y por otro, aquellos que propenden por reconocer que sea el juez quien en cada caso ejerza libremente su prudente juicio frente a dicha indemnización (esto es, aplicación del *arbitrio iuris* y del análisis dinámico del daño corporal).

Esos dos criterios mantienen actualmente su tensión y, teniendo en cuenta que subsisten de manera discordante al interior del Consejo de Estado, surgen dudas sobre si se da cabal aplicación a los principios de equidad e igualdad material en la cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales, o si lo que ocurre es simple arbitrariedad judicial; y entonces, cuáles serían las posibles soluciones ante esta última eventualidad. Al respecto, se proponen en el presente análisis, el uso de criterios híbridos, como topes y tablas de punto, que permitan en todo caso variaciones en casos excepcionales con las cargas de transparencia y argumentación⁴⁴⁰ suficientes según las circunstancias específicas del caso (o “factores que permitan aumentar la cuantificación”), es decir, que den igualmente un espacio al *arbitrio iuris*.

1. Indemnización de perjuicios extrapatrimoniales – Diferente de la reparación integral

Si bien este estudio no pretende profundizar en el principio de reparación integral, sus modalidades y su evolución en la jurisprudencia colombiana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sí resulta procedente explicar en qué medida este estudio está

⁴⁴⁰ “... en primer lugar, “una carga de transparencia” en el sentido en que es necesario conocer y anunciar los precedentes vigentes que gravitan en contra de la nueva posición que se va a tomar, con lo que se prohíbe el cambio oculto de jurisprudencia; y, en segundo lugar, los jueces tienen que cumplir con una “carga de argumentación”, es decir, tienen que mostrar con claridad por qué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada, con lo que se prohíbe el cambio jurisprudencial discrecional.” LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, “El Derecho de los jueces”, II Edición, Bogotá: Legis, 2006, p. 85.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

circunscrito a la indemnización (mas no a la reparación integral) de los perjuicios extrapatrimoniales.

1.1. Definición y fundamentos normativos de la reparación integral en Colombia:

Preliminarmente, hay que señalar que existen informes y resoluciones⁴⁴¹, auspiciadas por las Naciones Unidas, que han desarrollado los componentes, criterios y medidas de reparación integral.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁴² y del Consejo de Estado⁴⁴³ han desarrollado este principio ampliamente a partir del 2007⁴⁴⁴, año en el cual se señaló que el principio indemnizatorio (que venía utilizándose hasta dicha fecha) era insuficiente toda vez que el daño implicaba la vulneración a derechos humanos, siendo imposible resarcir el daño en su integridad simplemente con una suma de dinero, de manera que resultaba necesario desarrollar el principio de reparación integral, lo cual resulta bastante criticable en cuanto a su tardanza teniendo en cuenta que tanto en la Constitución de 1991 como en la Ley 446 de 1998, se hace referencia a “reparación” y no a “indemnización”.

Este principio surgió en Colombia con fundamento en los artículos 90 y 93 de la Constitución Política, el Código Civil⁴⁴⁵, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁴⁴⁶, la Ley 975

⁴⁴¹ Asamblea General A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006. A través de esta Resolución se aprueban los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Asimismo ver Naciones, Consejo Económico y Social, Informe de Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102, 18 de febrero de 2005. Igualmente: VAN BOVEN, Theo: Estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. ONU, 2 de julio de 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/8. Igualmente, BASSIOUNI, Cherif Sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y libertades fundamentales, E/CN.4/2000/62.

⁴⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz. Sentencia C-575 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis. Sentencia T-188 de 2007, M.P.: Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-1199 de 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia T-458 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia C-715 de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia SU-254 de 2013, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 22 de febrero de 2007, Exp.: 26.036, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra; del 16 de agosto de 2007, Exp.: 30.114, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra; del 30 de agosto de 2007, Exp.: 15.724, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra; del 18 de octubre de 2007, Exp.: 00029-01 (AG), C.P.: Enrique Gil Botero; del 19 de octubre de 2007, Exp.: 29.273, C.P.: Enrique Gil Botero; del 20 de febrero de 2008, Exp.: 16.996, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴⁴⁴ GIL BOTERO, Enrique, “Temas de responsabilidad extracontractual del Estado”, p. 123. Igualmente, GIL BOTERO, Enrique, “La constitucionalización del Derecho de daños”, p. 49-50.

⁴⁴⁵ En especial, los artículos 1494, 1546, 1613, 1616, 1626, 2341 y 2356 del Código Civil.

de 2005, la Ley 1448 de 2011, el artículo 63.1 de la CADH y la jurisprudencia de la CIDH⁴⁴⁷, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Estos son los fundamentos normativos primarios en relación con este tema en Colombia. Sin embargo, es claro que el Congreso está en deuda de regular este principio⁴⁴⁸ pues la Corte Constitucional en el año 2003, durante el examen de constitucionalidad⁴⁴⁹ del artículo 16 anteriormente mencionado, señaló:

*“En la medida en que la Constitución política no define ni precisa el concepto de reparación integral, es al Congreso de la República, en desarrollo de la libertad de configuración política, a quien compete regular técnicamente ese régimen de responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los métodos para cuantificarlo.”*⁴⁵⁰

En dicho pronunciamiento, la Corte cita la Sentencia C-916 de 2002 en la cual se reitera esta posición en los siguientes términos:

“[El Congreso]... al definir el alcance de la ‘reparación integral’ puede determinar [i] cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar [ii] reglas especiales para su cuantificación y [iii] criterios para reducir los riesgos de

⁴⁴⁶ “Artículo 16. Valoración de daños: Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

⁴⁴⁷ Ver PEÑA DÍAZ, Carlos Mario, “Reparación integral. Consideraciones críticas. Una aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”, Bogotá: Ediciones Veramar, 2011, p. 13-14, 28, 37, 114-118. AMAYA CAMPO, Kamal José, *Ob. Cit.*, p. viii-xiii. CAMPOS SOSSA, Natalia Paola, *Ob. Cit.* VÉLEZ POSADA, Santiago, “La reparación del daño en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 18-43.

⁴⁴⁸ En igual sentido, BERMUDEZ MUÑOZ, Martín, “El título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal”, en RESTREPO MEDINA, Manuel (Coord.), “Temas de Derecho Administrativo contemporáneo”, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2005, p. 306-307: “En lo que tiene que ver con la **cuantía de los daños** de las sentencias de condena contra el Estado, pensamos que la solución está en manos del legislador y, efectivamente, la Corte Constitucional ha avalado tal posibilidad.”

⁴⁴⁹ “... inicialmente en la Sentencias C-114 de 1999 (M.P. Fabio Morón Díaz) y luego en la Sentencia C-487 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), adelanto el correspondiente juicio de inconstitucionalidad. En la primera providencia, el juicio se concentró en determinar si el contenido material del precepto violaba la reserva de ley estatutaria prevista en el artículo 152 de la Carta, y en la segunda, si el mismo era contrario al principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 Superior.” Corte Constitucional. Sentencia C-965 de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil

⁴⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-965 de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados.”⁴⁵¹ (Subrayado ajeno al original).

Si bien actualmente puede decirse que el Congreso ha ignorado la necesidad de pronunciarse al respecto, regulando la tipología de daños que pueden ser reconocidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa y las reglas para cuantificar los perjuicios derivados de dichos daños, evitando la arbitrariedad judicial, lo cierto es que luego de estos pronunciamientos de 2002 y 2003, se profirieron las **Leyes 975 de 2005**⁴⁵² (comúnmente llamada Ley de Justicia y Paz) y **1448 de 2011**⁴⁵³ (comúnmente llamada Ley de Víctimas o de Restitución de Tierras), las cuales ampliaron la concepción del principio de reparación integral como se verá más adelante.

Por último, en relación con la jurisprudencia nacional, deben mencionarse las primeras sentencias del Consejo de Estado sobre el desarrollo de este principio (mediante la imposición de medidas de justicia restaurativa), en las cuales se afirmó que la reparación integral es un principio⁴⁵⁴ (lo cual está consignado expresamente en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998) que debe ser entendido en los siguientes términos:

*“... el principio de reparación integral, entendido este como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo.”*⁴⁵⁵ (Subrayado ajeno al original).

⁴⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁵² “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.”

⁴⁵³ “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.”

⁴⁵⁴ La Corte Constitucional a veces se refiere a este principio como un derecho. Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 29.273, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp.: 16.996, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 27 de mayo de 2009, Exp.: 15.186, C.P.: Myriam Guerreño de Escobar, Salvamento de voto de Enrique Gil Botero. Sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp.: 18.364, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 18.967, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp.: 18.894, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero.

De lo anterior puede deducirse que el concepto de reparación se equipara en cierta medida al de resarcimiento como forma de recomponer⁴⁵⁶ un estado que ha sido perturbado. De hecho, al observar la definición de la RAE, el concepto de “resarcir”⁴⁵⁷ es definido como “reparar”. Así, la reparación en sentido amplio “*se ha concebido como la acción encaminada a enmendar o componer los efectos nocivos de un hecho, satisfaciendo de esa manera la ofensa causada a otro*”⁴⁵⁸. En consecuencia, el principio de reparación integral busca que la persona que padece el daño sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, o que se reduzcan los efectos de la violación, cuando lo primero no es posible⁴⁵⁹, bien sea mediante (i) el restablecimiento, (ii) la indemnización o (iii) la adopción de medidas de justicia restaurativa.

1.2. Ámbito de aplicación del principio de reparación integral:

Por último, en relación con la procedencia de aplicar el principio de la reparación integral en un determinado caso, hay que tener en cuenta que el Consejo de Estado ha hecho la siguiente precisión:

- *“Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento.*
- *No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa.*

(...)

Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la

⁴⁵⁶ Sobre la reparación como sinónimo de “componer” o “recomponer”, y las formas de composición derivadas de la reparación, ver GHERSI, Carlos Alberto, “Reparación de daños”, II Edición, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992, p. 212-220.

⁴⁵⁷ Según la RAE, “resarcir” significa “Indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio.” Consultado el 12 de agosto de 2014.

⁴⁵⁸ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 211.

⁴⁵⁹ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés; BRAVO RUBIO, Diana, “El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Énfasis en la experiencia colombiana”. En: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, No. 13, Bogotá, noviembre, 2008, p. 329-330.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH).”⁴⁶⁰ (Subrayado ajeno al original).

En esa medida, la reparación integral procede siempre que se ocasione un daño antijurídico, y en igual sentido lo ha entendido la CIDH en relación con la responsabilidad internacional de los Estados⁴⁶¹; de manera que el cambio estaría en la imposición o no de medidas de justicia restaurativa⁴⁶², lo cual depende del lugar en el cual haya repercutido el daño: Si afectó un bien o interés jurídico relacionado con el sistema de derechos humanos, procedería las medidas de justicia restaurativa; de lo contrario, ha dicho el Consejo de Estado:

“Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio.

En ese contexto, resulta imprescindible diferenciar dos escenarios al interior del derecho de la reparación, los cuales pueden ser expresados en los siguientes términos: i) de un lado, los relativos a los restablecimientos de daños antijurídicos derivados de violaciones a derechos humanos y, por el otro, ii) los referentes al resarcimiento de daños antijurídicos emanados de lesiones a bienes o intereses jurídicos que no se refieran a derechos humanos de la persona.”⁴⁶³ (Subrayado y negrita ajenos al original).

En conclusión, aun cuando en un principio pareciera que el concepto de reparación integral procediera únicamente frente a las graves vulneraciones de derechos protegidos por la normatividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) y del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH); lo cierto es que el Consejo de Estado ha dejado claro que el mismo procede igualmente ante los daños derivados de la violación a un derecho humano reconocido en el orden nacional e

⁴⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 29.273, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴⁶¹ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés; LÓPEZ, Julián Daniel, *Ob. Cit.*, p. 166-167.

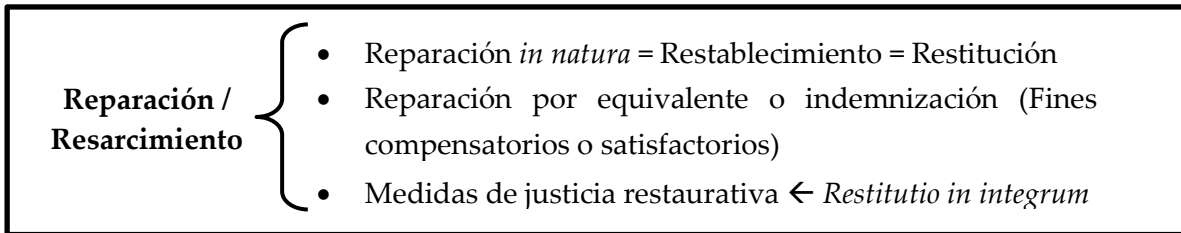
⁴⁶² Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, donde se han analizado este tipo de medidas: Sentencias del 20 de febrero de 2008, Exp.: 16.996 y del 26 de marzo de 2009, Exp.: 17.794, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente, Sentencia del 18 de febrero de 2010, Expediente 18.436, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; entre otras.

⁴⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 29.273, C.P.: Enrique Gil Botero

internacional⁴⁶⁴; la diferencia es que frente a graves violaciones de derechos humanos resulta procedente aplicar las medidas de justicia restaurativa (correctiva).

1.3. Las modalidades de reparación integral y la indemnización:

Teniendo en cuenta las anotaciones realizadas en el primer capítulo respecto de las diferencias entre los conceptos de daño y perjuicio, es pertinente reiterar que la reparación es la consecuencia de la materialización del daño⁴⁶⁵, mientras que la indemnización es la consecuencia de la ocurrencia del perjuicio⁴⁶⁶, de manera que lo que se indemniza son los perjuicios, no los daños. El concepto de indemnización es exclusivo de los perjuicios por tratarse de un concepto con connotación económica. Ahora bien, suele ocurrir que la doctrina utiliza indistintamente los conceptos de reparación, indemnización, resarcimiento, compensación, restablecimiento y restitución⁴⁶⁷, lo cual conlleva a imprecisiones que impiden analizar el Derecho de daños desde un punto de vista teleológico. A continuación, una explicación breve sobre las modalidades de reparación integral para centrar el tema finalmente en el objeto de estudio: La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales⁴⁶⁸:



⁴⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp: 16.996; Sentencia del 28 de enero de 2009, Exp.: 30.340; y Sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp.: 17.794. Todas con ponencia de Enrique Gil Botero.

⁴⁶⁵ "Toda reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado (daño antijurídico), o una violación a un derecho que, consecuencialmente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo (una violación a un postulado normativo preponderante)." Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 29.273, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴⁶⁶ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 106. En contravía: TERNERA BARRIOS, Luis Francisco; TERNERA BARRIOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 104.

⁴⁶⁷ Sobre una postura relacionada con estas diferencias, ver AMAYA CAMPO, Kamal José, *Ob. Cit.* Igualmente, GHERSI, Carlos Alberto, "Reparación de daños", p. 212-221. Sobre el uso indistinto de los conceptos: RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 54. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El daño moral. La cuantía del resarcimiento y la función del juez" en: INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO, "Daño extrapatrimonial. Daño moral. Daño a la persona", Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil, No. 2, Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014, p. 81-83.

⁴⁶⁸ Hay que tener en cuenta que la Constitución no define ninguno de estos conceptos, y sólo menciona los de reparación, indemnización, compensación y restablecimiento; lo cual no sucede con los conceptos de resarcimiento y restitución, que no son mencionados en la misma.

1.3. a) Restablecimiento = Reparación *in natura*⁴⁶⁹:

Cuando con la reparación se busque recomponer el *statu quo* anterior al hecho o acto dañoso (“restablecimiento”), siempre que ello sea posible, se habla concretamente de reparación *in natura*⁴⁷⁰. Según el Consejo de Estado, esta modalidad de reparación es la primera que debe intentarse⁴⁷¹. En otras palabras, “restablecer no es más que volver a establecer una cosa o ponerla en el estado que antes tenía”⁴⁷², es decir la relación entre los conceptos de reparación y restablecimiento es de género a especie, respectivamente, por cuanto no siempre es posible recomponer el estado de cosas. En palabras de ÁLVARO BUSTAMANTE:

“... la posibilidad de la reparación “*in natura*” es restringida no sólo porque apenas es factible cuando el daño se causa a una cosa sino también porque aún en este caso, no siempre es viable regresarla al estado anterior...”⁴⁷³

Como ejemplos de imposibilidad fáctica para aplicar la reparación *in natura*, piénsese, por ejemplo, en la muerte de familiares, las lesiones de carácter permanente, las afectaciones funcionales irreversibles, la destrucción de bienes no fungibles (o irremplazables)⁴⁷⁴, la expansión de publicaciones injuriosas, el tiempo que no se pudo gozar junto a la familia por una privación injusta de la libertad, la imposibilidad de tener hijos por una intervención quirúrgica fallida, entre otros. En estos casos, deben intentarse otros mecanismos de reparación.

1.3. b) Medidas de justicia restaurativa ← *Restitutio in integrum*:

Es normal ver que en varias sentencias del Consejo de Estado se hace referencia a la *restitutio in integrum*, que es un concepto adoptado de la interpretación que la CIDH ha hecho del artículo 63, numeral 1° de la CADH, según el cual:

“Artículo 63.1: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de

⁴⁶⁹ Un estudio más detallado en: SOLARTE RODRÍGUEZ, Oscar Arturo, “La reparación *in natura* del daño”. En: Revista Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, No. 109, Bogotá, junio, 2005, p. 187-238. Igualmente, AMAYA CAMPO, Kamal José, *Ob. Cit.*

⁴⁷⁰ En igual sentido: VALENCIA ZEA, Arturo; MONSALVE ORTÍZ, Álvaro, “Derecho Civil. De las obligaciones”, IX Edición, Tomo III, Bogotá: Temis S.A., 2004, p. 288. AMAYA CAMPO, Kamal José, *Ob. Cit.*, p. 68.

⁴⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de febrero de 2007, Exp.: 26.036, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁷² BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 215.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 211.

⁴⁷⁴ TERNERA BARRIOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 95.

la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.” (Subrayado ajeno al original).

Sobre este punto, la Corte Interamericana ha señalado que:

“Toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, dicha reparación requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación.”⁴⁷⁵ (Subrayado ajeno al original).

Como puede apreciarse, la *restitutio in integrum* es un concepto que se refiere a la misma reparación *in natura* aplicada al campo de la violación de obligaciones internacionales (según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos) y a la violación de derechos humanos (por aplicación del control de convencionalidad en el Consejo de Estado)⁴⁷⁶. Así, el Consejo de Estado se ha referido a la *restitutio in integrum* en los siguientes términos:

“Como se aprecia, en la primera hipótesis [en referencia a los daños antijurídicos consecuencia de la vulneración de derechos humanos] (...) se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos.”⁴⁷⁷ (Subrayado ajeno al original).

En consecuencia, el concepto de “*restitutio in integrum*” ha sido aplicado tratándose de daños antijurídicos derivados de lesiones a derechos humanos, y no de lesiones a bienes o intereses jurídicos no relacionados con el DIDH o el DIH. Ahora bien, cuando dicha *restitutio in integrum* no es posible, resultan entonces aplicables las medidas de justicia

⁴⁷⁵ Corte Interamericana. Caso de la Masacre de Ituangó, párr 238, Caso Baldeón García, párr. 174; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 195; y Caso Acevedo Jaramillo y otros, párr. 294.

⁴⁷⁶ En palabras de Kamal Amaya Campo, “en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, el restablecimiento del derecho es ciertamente una forma de reparación que se denomina restitución”. AMAYA CAMPO, Kamal José, *Ob. Cit.*, p. 12, 27, 34. Igualmente, VÉLEZ POSADA, Santiago, *Ob. Cit.*, p. 48-49.

⁴⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 29.273, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente: Sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp.: 16.996, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 27 de mayo de 2009, Exp.: 15.186, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 12 de mayo de 2010, Exp.: 36.144, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp.: 33.806, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 12 de febrero de 2014, Exp.: 26.013, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

restaurativa contempladas inicialmente por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos dentro de las cuales están⁴⁷⁸:

- a) **“La restitución o *restitutio in integrum***, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias⁴⁷⁹”.
- b) **“La indemnización** por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial⁴⁸⁰”.
- c) **“Rehabilitación**, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole⁴⁸¹”.
- d) **“Satisfacción**, son medidas morales de carácter **simbólico y colectivo**, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc⁴⁸²”.
- e) **“Garantías de no repetición**, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras⁴⁸³.” (Subrayado y negrita ajenos al original).

⁴⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 29.273, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 28 de enero de 2009, Exp.: 30.340, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 4 de mayo de 2011, Exp.: 19.355, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 25 de abril de 2012, Exp.: 21.861, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente: RINCÓN COVELLI, Tatiana, *“Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional”*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 82-84. AYALA RODRÍGUEZ, Paula, *“La reparación integral como forma de cumplir con la obligación moral de recordar”*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2005, p. 27-30.

⁴⁷⁹ Corte Interamericana. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

⁴⁸⁰ Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

⁴⁸¹ Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273. *In extenso*, ver ZULETA GIRALDO, Lina Marcela, *“Rehabilitación: medida de reparación en las víctimas de violaciones a los derechos humanos”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁴⁸² Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. párr 68.

⁴⁸³ *Ibidem*.

Así, no es cierto que la *restitutio in integrum* sea sinónimo de la reparación integral como se suele confundirse a veces⁴⁸⁴. En realidad se trata de la misma reparación *in natura* aplicada a los derechos humanos por implantación de la jurisprudencia de la CIDH⁴⁸⁵. Al respecto:

- “La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en la que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)”⁴⁸⁶.
- “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior.”⁴⁸⁷

Como ejemplos de medidas de justicia restaurativa están la obligación de investigar los hechos, la imposición de sanciones, la búsqueda de restos mortales, disculpas públicas, publicación de partes pertinentes de las sentencias, apoyo psicológico, bienes conmemorativos, entre otras⁴⁸⁸. Sin embargo, la CIDH ha enunciado otras, no comunes con el Estado colombiano, como son: la derogación o expedición de normas, la supresión de prácticas, la obligación de garantizar las condiciones de seguridad para el retorno de las personas desplazadas, el establecimiento de programas de educación en derechos humanos para funcionarios de la fuerza pública, el otorgamiento de becas estudiantiles, el diseño e implementación de programas sociales y la construcción de planes de vivienda⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 1990, Exp.: 4.764, C.P.: Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

⁴⁸⁵ En igual sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2014, Exp.: 29.028, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 4 de mayo de 2011, Exp.: 19.355, C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 18 de enero de 2012, Exp.: 19.959, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

⁴⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Vs. Perú. Reparaciones, sentencia de noviembre 27 de 1998. Serie C, No. 43.

⁴⁸⁷ Caso Ximenes Lopes. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149, párr. 209; Caso Baldeón García. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, No. 147, párr. 176; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146, párr. 197; Caso Acevedo Jaramillo y otros. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, No. 144, párr. 296; Caso Blanco Romero y otros. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C, No. 138, párr. 69; Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C, No. 137, párr. 248; Caso Gómez Palomino. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 136, párr. 113; Caso de la “Masacre de Mapiripán”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 134, párr. 244; Caso Raxcacó Reyes. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 133, párr. 115; Caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, No. 132, párr. 63; Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, No. 98, párr. 174.

⁴⁸⁸ PEÑA DÍAZ, Carlos Mario, *Ob. Cit.*, p. 19-20. Igualmente, M’CAUSLAND, María Cecilia, *Ob. Cit.*, p. 144-158.

⁴⁸⁹ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés; BRAVO RUBIO, Diana, *Ob. Cit.*, p. 333-335. Sobre un estudio de los mecanismos de reparación no pecuniarios, ver NANCLARES, Juliana, “*Criterios para la aplicación de los mecanismos de reparación no pecuniarios de los Tribunales Internacionales en el sistema jurídico*”

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que en el 2009 el Consejo de Estado abrió la posibilidad para que los jueces, inclusive de oficio, decretaran las medidas de justicia restaurativa anteriormente mencionadas⁴⁹⁰.

Por último, hay que tener en cuenta que algunas leyes colombianas también han desarrollado este tipo de medidas de reparación integral en violaciones a derechos humanos. Es el caso de las **Leyes 975 de 2005** (comúnmente llamada Ley de Justicia y Paz) y **1448 de 2011** (comúnmente llamada Ley de Víctimas o de Restitución de Tierras). La primera de ellas significó un avance en el tema al definir el alcance de los pilares fundamentales en la reincorporación de grupos armados al margen de la Ley, los cuales son: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. En cuanto a la reparación, el artículo 8° de la mencionada Ley definió lo que implica la reparación.

Por su parte, la **Ley 1448 de 2011**, en su artículo 25, dispone que *“La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica...”*. Así, esta Ley definió cada una de las medidas de reparación que pueden adoptarse en relación con las víctimas. Posteriormente, la **Ley 1592 de 2012**⁴⁹¹, modificatoria de la Ley 975 de 2005, dispuso que la definición de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral serían los contemplados por la Ley 1448 de 2011⁴⁹², con lo cual quedó derogado expresamente el artículo 8° de la Ley 975 de 2005 que definía y desarrollaba el concepto de reparación integral. Según la Ley 1448 de 2011, entonces, *“La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica...”* (Artículo 25):

colombiano”, Tesis de Maestría en Responsabilidad Contractual, Civil y del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁴⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp.: 18.364, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴⁹¹ *“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 consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones”*.

⁴⁹² *“Artículo 6, Ley 1592 de 2012. Derechos de las víctimas. Las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral. La definición de estos derechos se encuentra desarrollada en la Ley 1448 de 2011...”*

“Artículo 41, Ley 1592 de 2012. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular los artículos 7, 8, 42, 43, 45, 47, 48, 49, 55 y 69 de la Ley 975 de 2005.” (Subrayado ajeno al original).

Medidas de reparación en caso de violación a derechos humanos - Según la Ley 1448 de 2011 -	
<p>Artículo 71. Restitución: Se entiende por restitución, la realización de medidas para el <u>restablecimiento de la situación anterior</u> a las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley.</p>	<p>Artículo 149. Garantías de no repetición: El Estado colombiano adoptará, entre otras, las siguientes garantías de no repetición:</p> <p>a) La desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la Ley;</p> <p>b) La verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad, en la medida en que no provoque más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas, ni cree un peligro para su seguridad;</p> <p>Etc...</p>
<p>Artículo 72. Acciones de restitución de los despojados: El Estado colombiano adoptará las medidas requeridas para la restitución jurídica y material de las tierras a los despojados y desplazados. De no ser posible la restitución, para determinar y reconocer la <u>compensación</u> correspondiente.</p> <p>Las acciones de reparación de los despojados son: la restitución jurídica y material del inmueble despojado. En subsidio, procederá, en su orden, la <u>restitución por equivalente</u> o el <u>reconocimiento de una compensación</u>.</p>	<p>Artículo 139. Medidas de satisfacción: (...) Las medidas de satisfacción serán aquellas acciones que <u>proporcionan bienestar</u> y contribuyen a <u>mitigar el dolor</u> de la víctima.</p> <p>Las medidas de satisfacción deberán ser interpretadas a mero título enunciativo, lo cual implica que a las mismas se pueden adicionar otras:</p> <p>a. Reconocimiento público del carácter de víctima, de su dignidad, nombre y honor, ante la comunidad y el ofensor;</p> <p>b. Efectuar las publicaciones a que haya lugar relacionadas con el literal anterior.</p> <p>c. Realización de actos conmemorativos;</p> <p>d. Realización de reconocimientos públicos;</p> <p>Etc...</p>
<p>Artículo 135. Rehabilitación: La rehabilitación como medida de reparación consiste en el conjunto de estrategias, planes, programas y acciones de carácter jurídico, médico, psicológico y social, dirigidos al <u>restablecimiento de las condiciones físicas y psicosociales</u> de las víctimas en los términos de la presente ley.</p>	<p>Artículo 141. Reparación simbólica: Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la <u>preservación de la memoria</u> histórica, la <u>no repetición</u> de los hechos victimizantes, la <u>aceptación pública</u> de los hechos, la solicitud de <u>perdón público</u> y el <u>restablecimiento de la dignidad</u> de las víctimas.</p>

1.4. c) Reparación por equivalencia o indemnización:

Cuando la reparación *in natura* no es posible fácticamente hablando, la reparación estará dirigida a lograr la entrega de bienes equivalentes al valor del perjuicio causado (“reparación por equivalencia”) o la entrega de una suma de dinero (“indemnización”)⁴⁹³ igualmente equivalente a título de compensación o satisfacción, según se trate de daños patrimoniales o extrapatrimoniales, respectivamente. Al respecto, ÁLVARO BUSTAMANTE ha afirmado que:

“La indemnización de perjuicios es la forma de reparar el daño por equivalencia representada en términos monetarios (...) La indemnización de perjuicios, se ha dicho, está filosóficamente orientada a restituir el patrimonio de una persona.

(...)

[Tratándose de perjuicios inmateriales, acá llamados “extrapatrimoniales”], no puede decirse, entonces, que la indemnización tiene como fin específico restablecer el patrimonio al estado anterior por cuanto ello es imposible (...). En estos casos, de daño moral y fisiológico, la reparación tiene por finalidad proporcionar una “satisfacción de reemplazo” como lo afirman Planiol y Ripert...”⁴⁹⁴ (Resaltado ajeno al original).

En ese sentido, la indemnización implica necesariamente el reconocimiento de una suma de dinero, bien sea a título compensatorio o de equivalente (para el caso de los perjuicios patrimoniales), o a título de satisfacción (para el caso de los perjuicios extrapatrimoniales)⁴⁹⁵, pero en todo caso, independiente a la finalidad que persiga la indemnización, la misma siempre será de carácter patrimonial⁴⁹⁶. Igualmente, teniendo en cuenta las anotaciones hechas sobre la jurisprudencia de la CIDH y su incorporación en la jurisprudencia del Consejo de Estado, hay que señalar que la indemnización es un concepto que aplica tanto para los perjuicios ocasionados por violaciones a derechos humanos (como se señaló), como para violaciones a bienes e intereses distintos del sistema de DDHH. Así lo ha precisado el Consejo de Estado:

⁴⁹³ Es menester recordar que en un principio, al contrario de los criterios actuales, la Corte Suprema de Justicia había sentado que “la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o el pago del perjuicio que el daño ocasionó”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 13 de diciembre de 1943. Citada Consejo de Estado, Sección Tercera: Sentencia del 9 de mayo de 2011, Exp.: 18.048, C.P.: Enrique Gil Botero; Igualmente, TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de responsabilidad civil”, p. 676.

⁴⁹⁴ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 213.

⁴⁹⁵ “No puede, entonces, pensarse que el dinero tiene el mismo fin en la indemnización de daño patrimonial y el extrapatrimonial”. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 99, 102.

⁴⁹⁶ AMAYA CAMPO, Kamal José, *Ob. Cit.*, p. 76-78, 95-109. Igualmente, BUSTAMANTE LEDESMA, *Ob. Cit.*, p. 211-214. ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés; BRAVO RUBIO, Diana, *Ob. Cit.*, p. 332. AYALA RODRÍGUEZ, *Ob. Cit.*, p. 27-28.

“Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio.”⁴⁹⁷ (Subrayado y negrita ajenos al original).

En consecuencia, será respecto de esta medida de reparación integral que se circunscribirá el presente análisis sólo de cara a los perjuicios extrapatrimoniales y los criterios que la jurisprudencia y la doctrina han propuesto para guiar a los jueces en dicha tarea.

1.4. La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales:

La discusión sobre la procedencia de indemnizar los perjuicios extrapatrimoniales no está vigente a la fecha⁴⁹⁸, de manera que las razones para oponerse a ella, ya han sido plenamente refutadas. Entre ellas se tenía que⁴⁹⁹: (i) era imposible establecer la existencia del daño extrapatrimonial⁵⁰⁰, tema que hoy en día ha sido superado por las presunciones que resultan aplicables en algunos casos y las reglas para probarlo, en otros⁵⁰¹. (ii) Igualmente, se afirmaba que una suma de dinero no podía compensar el dolor sufrido⁵⁰², a lo cual se refutó que “reparar” no significa “hacer desaparecer el daño”⁵⁰³ y, finalmente, se objetó que (iii) la indemnización de estos perjuicios siempre sería arbitraria o ficticia⁵⁰⁴, a

⁴⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 29.273, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴⁹⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. Cit.*, p. 45-53. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente, *Ob. Cit.*, p. 284-285. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Marjorie Andrea, *Ob. Cit.*, p. 48-49. NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico. ¿Una evolución real?”, p. 15-16, 30-37. Igualmente: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009, Exp.: 19.046, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente, Sentencia del 15 de octubre de 2008, Exp.: 17.486, C.P.: Ruth Stella Correa. Sentencia del 29 de agosto de 2012, Exp.: 24.779, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁹⁹ RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 52-54, 62. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 638-639. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente, p. 284-293.

⁵⁰⁰ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 253-257. RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 52-53.

⁵⁰¹ KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 327.

⁵⁰² HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 230-231.

⁵⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, Exp.: 11.892, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

⁵⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 1990, Exp.: 4.764, C.P.: Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Igualmente, OSPINA, Andrés, *Ob. Cit.*, p. 217. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. Cit.*, p. 64-66.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

lo cual se ha dicho que ello no es cierto pues la misma está regida por principios, como sucede con la indemnización de perjuicios patrimoniales.

Al respecto hay que resaltar que es claro que: (i) respecto de los daños extrapatrimoniales no puede hablarse de restitución como quiera que se trata de bienes e intereses irremplazables; (ii) en cambio sí puede hablarse de la reparación de daños extrapatrimoniales mediante la adopción de medidas de justicia restaurativa⁵⁰⁵ –como se analizó– en casos de violaciones a derechos humanos; y (iii) mediante la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales ocasionados que tendrá una finalidad satisfactoria y no compensatoria⁵⁰⁶.

Sobre el primer punto se habló en el capítulo sobre reparación *in natura*⁵⁰⁷ y su improcedencia respecto de los daños extrapatrimoniales. Sobre el segundo punto, hay que tener en cuenta que respecto del daño extrapatrimonial pueden ordenarse vía judicial la ejecución de medidas de reparación simbólica, o incluso medidas de rehabilitación en el caso de daños a la salud, o en general, cuando hay violaciones a derechos humanos. Igualmente, puede ordenarse la indemnización de los perjuicios derivados. En ese sentido, NATALIA CAMPOS manifiesta que, tratándose de perjuicios extrapatrimoniales, la compensación pecuniaria no es suficiente ni idónea para los fines de la reparación, por lo cual la reparación de perjuicios inmateriales [en alusión a los que acá se han denominado “daños extrapatrimoniales”], debe ir más allá de la sola compensación pecuniaria⁵⁰⁸.

Finalmente, en relación con la finalidad que se persigue con la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales, puede decirse que hay varias opiniones encontradas pues, a diferencia de lo dicho anteriormente, hay quienes afirman que la finalidad no es satisfactoria sino compensatoria; entre ellos la jurisprudencia de la CIDH y alguna doctrina⁵⁰⁹. En palabras de la CIDH:

⁵⁰⁵ AMAYA CAMPO, Kamal José, *Ob. Cit.*, p. 100.

⁵⁰⁶ A favor: CHARRUPI HERNÁNDEZ, Néstor Raúl, *Ob. Cit.*, p. 35-36 (quien habla de “satisfacción indirecta”). BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 99, en cita a MARTÍN-CASALS, Miguel, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamaciones de la LO 1/1982” en “Asociación de Profesores de derecho civil, Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Madrid: Ceura, 1990, p. 1238. GIL BOTERO, Enrique, “Responsabilidad extracontractual del Estado”, p. 173. KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 327-330. NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?”, p. 66. GHERSI, Carlos Alberto, “Teoría general de la reparación de daños”, p. 393-394. CAMPOS SOSSA, Natalia, *Ob. Cit.*, p. 25. Sobre “satisfacción compensatoria”, ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño moral. La cuantía del resarcimiento y la función del juez” en INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO, *Ob. Cit.*, p. 91.

⁵⁰⁷ Igualmente, ver BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 98, 100-101.

⁵⁰⁸ CAMPOS SOSSA, Natalia Paola, *Ob. Cit.*, p. 28-30.

⁵⁰⁹ HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 231. AMAYA CAMPO, Kamal José, *Ob. Cit.*, p. 105-106. ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés; LÓPEZ, Julián Daniel, *Ob. Cit.*, p. 168. ROCA TRÍAS, Encarna;

*“No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos...”*⁵¹⁰

En cuanto a la doctrina, por ejemplo, para LUIS FERNANDO y FRANCISCO TERNERA BARRIOS, el daño patrimonial se “repara”, mientras que el daño extrapatrimonial se “compensa”, entendiendo por reparación el restablecimiento de la situación patrimonial de la víctima; y por compensación, el justo enriquecimiento patrimonial que viene a contrabalancear o mitigar la privación de un derecho extrapatrimonial⁵¹¹. En sentido contrario, afirma ÁNGEL VICENTE ILLESCAS que se considera inconveniente hablar de “resarcimiento” en relación con el daño moral, ya que el mismo implica la reconstitución o restauración perfecta de lo dañado, bien *in natura*, bien mediante un valor económico coincidente, de ahí que sea más apropiada la voz “reparación”⁵¹². Finalmente, para JAIRO RAMOS ACEVEDO, la indemnización del daño moral no busca la restitución del bien afectado sino la *compensación* en el sentido que, mediante la entrega de un bien equivalente en dinero o en cualquier otra forma, se le entregue a la víctima un bien que ayude a aliviar su pena, sin que sea relevante que la indemnización sea en dinero o no⁵¹³.

Si se analiza con detenimiento la afirmación de JAIRO RAMOS ACEVEDO, que es principalmente la misma que sostiene la mayoría de la doctrina que argumenta que el fin es “compensatorio”, puede deducirse que en realidad se refiere a “satisfacción” y no a compensación pues, como se verá, no se refiere a una extinción de obligaciones que es lo

NAVARRO MICHEL, Mónica, *Ob. Cit.*, p. 200. PEÑA DÍAZ, Carlos, *Ob. Cit.*, p. 90-95. BARROS, Enrique, *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 288. GIL BOTERO, Enrique, *“La constitucionalización del Derecho de daños”*, p. 87. BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 239.

⁵¹⁰ Caso de la Cruz Flores, sentencia de 18 de noviembre de 2004, serie C, No. 115-123, párr. 155. Caso Masacre Plan de Sánchez, reparaciones (art. 63.1 CADH), Sentencia de 19 de noviembre de 2004, serie C, No. 116, párr. 80. Caso de las hermanas Serrano Cruz, Sentencia de 01 de marzo de 2005, serie C, No. 120, párr. 156. Caso de la Comunidad Moiwana, Sentencia de 15 de junio de 2005, serie C, No. 124 párr. 191. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 282.

⁵¹¹ TERNERA BARRIOS, Luis Francisco; TERNERA BARRIOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 105-106.

⁵¹² ILLESCAS RUS, Ángel Vicente, *Ob. Cit.*, p. 284.

⁵¹³ RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 54, 59. En igual sentido, Juan Carlos Henao afirma que esta reparación busca hacer *“más llevadera la pena y sufrir en las mejores condiciones posibles la alteración emocional producida, y permitir así que cese o se aminore el daño causado”*. HENAO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 231. Igualmente, BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 213-214.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

que, en efecto, significa la compensación en un sentido jurídico, sino a la entrega de una suma de dinero o bien equivalente en dinero “para aliviar la pena causada”. En palabras de BORIS STARCK⁵¹⁴, se trata en realidad de una entrega de dinero con efecto satisfactorio o paliativo⁵¹⁵. En igual sentido, afirma MARCELO BARRIENTOS:

*“... quiere compensar, dando a la víctima una posible satisfacción que ponga a su alcance otros medios, otras satisfacciones que atenúen la pérdida sentida y que importan algo que el Derecho no puede desconocer nunca, cual es, que un bien extrapatrimonial que ha sido conculcado debe ser indemnizado.”*⁵¹⁶

Al analizar el término “compensación” en los artículos 1570, 1574 y 1575 del Código Civil, puede verse que la compensación es un modo de extinguir obligaciones que opera por el solo ministerio de la Ley y que, entre otros requisitos, sólo puede darse si las obligaciones de quienes son deudores “uno del otro” son de dinero o de cosas fungibles (entiéndase reemplazables) o indeterminadas de igual género y calidad, lo cual no sucede con la supuesta “indemnización compensatoria” de los perjuicios extrapatrimoniales. Igualmente, si recurrimos a la definición de la RAE, tenemos que la “compensación” es entendida como “*Modo de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras. Consiste en dar por pagada la deuda de cada uno por la cantidad concurrente.*”⁵¹⁷

Por último, hay que resaltar que en este punto la jurisprudencia del Consejo de Estado tampoco es uniforme, pues a veces se sostiene que la finalidad es compensatoria⁵¹⁸; en

⁵¹⁴ STARCK, Boris, “*Droit Civil. Obligations*”, Paris: Librairies Techniques, 1972; citado por TERNERA BARRIOS, Luis Francisco; TERNERA BARRIOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 108. En Igual sentido, ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. Cit.*, p. 54.

⁵¹⁵ Según la RAE, “paliativo” significa “*Que mitiga, suaviza o atenúa. Se dice especialmente de los remedios que se aplican a las enfermedades incurables para mitigar su violencia y refrenar su rapidez.*”

⁵¹⁶ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 98, 100-101.

⁵¹⁷ RAE, Vigésima edición. Consultado el 12 de agosto de 2014. Un análisis civilista con argumentos diferentes en ROCA TRÍAS, Encarna; NAVARRO MICHEL, Mónica, *Ob. Cit.*, p. 223-239.

⁵¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 25 de enero de 2001, Exp.: 11.413, C.P.: Alier Hernández; del 6 de septiembre de 2001, Exps.: 13.232 y 15.646, C.P.: Alier Hernández Enríquez (Citada en Sentencia del 8 de marzo de 2007, Exp.: 15.459, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez). Igualmente Sentencias del 29 de agosto de 2012, Exp.: 25.635, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo; del 26 de marzo de 2014, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa. Evidenciando la contradicción de esta posición: “*Tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de la indemnización del perjuicio moral no es reparadora ni restitutoria, sino compensatoria. En este sentido, asiste razón al apelante cuando afirma que todo el oro del mundo es insuficiente para compensar la pérdida que causa la muerte de un inocente niño.*” (Subrayado y negrita ajenos al original). Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2002, Exp.: 20.807, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

otras oportunidades, que la finalidad es satisfactoria; y en otras, hace uso indiferente de ambos conceptos⁵¹⁹. Respecto de la finalidad satisfactoria ha dicho el Consejo de Estado:

- “En la materia que se viene analizando tampoco puede perderse de vista, como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, que la filosofía que informa la reparación del daño moral no es otra que la de proporcionarla a la víctima SATISFACCIONES EQUIVALENTES a lo que ha perdido, es decir, que el resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel SATISFACTORIO que, fallecida la víctima, en forma inmediata, ya no puede darse.”⁵²⁰ (Subrayado ajeno al original)
- “En relación con el perjuicio moral ha reiterado la Sala que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria”⁵²¹.
- “el daño a la salud (...), puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente-como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo (...) En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano”⁵²² (Subrayado ajeno al original)
- “partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral (...) en cuanto “esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son incommensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos”⁵²³ (Subrayado ajeno al original).

⁵¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 20.144, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero. Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp.: 30.366, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp.: 25.087, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz, Aclaración de voto de Jaime Santofimio Gamboa.

⁵²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 1991, Exp.: 6.220, C.P.: Julio César Uribe. Citada en Sentencia del 18 de junio de 1991, Exp.: 6.283, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo. En igual sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo de 1993, Exp.: 7.428, C.P.: Julio César Uribe Acosta.

⁵²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de abril de 2005, Exp.: 15.247, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. En los mismos términos, la sentencia del 24 de junio de 2004, Exp.: 14.950 DM, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

⁵²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 14 de septiembre de 2011, Exps.: 19.031 y 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 29 de agosto de 2012, Exp.: 24.011, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz. Sentencia del 29 de enero de 2014, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 26 de marzo de 2014, Exp.: 30.479, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁵²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 20.144, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero, en cita a: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 18 de septiembre de 2009, Exp.: 2005-00406,

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- “... a qué reparación debe obedecer el daño a la salud, lo que se responde afirmando que no puede ser otra, como lo señala la doctrina, que la “satisfacción”, o lo que otros denominan la “indemnización satisfactoria”, de manera que se “trata más bien de una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado”.”⁵²⁴

La discusión ha sido manejada hasta el momento por la doctrina⁵²⁵, sin que la jurisprudencia, como se apreció, haya unificado su postura respecto de la finalidad de la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales y las pautas para determinarla, a pesar de la existencia de normas en nuestro ordenamiento jurídico (de Derecho civil, administrativo y penal) ordenando la misma; de ahí la importancia de analizar este tema y exponer sus problemáticas.

2. Criterios “objetivos” en la indemnización del daño moral

A continuación se expondrán algunos factores que actualmente se tienen en cuenta al momento de fijar el monto de los perjuicios morales y la manera como los mismos podrían dar pistas para la fijación de otros criterios objetivos en la tasación de estos perjuicios, tales como: topes jurisprudenciales, tablas de punto, test de proporcionalidad o si, por el contrario, resulta conveniente seguir haciendo uso exclusivo y excluyente del *arbitrio iuris*:

2.1. Calidad de la víctima indirecta – Criterio “objetivo”:

La regla general del Derecho Civil es que toda víctima, directa o indirecta, debe probar el daño, independientemente del tipo que sea (patrimonial o extrapatrimonial)⁵²⁶. No obstante, en este estudio no se ahondará en el tema probatorio⁵²⁷ sino en las “presunciones de aflicción” que el Consejo de Estado ha establecido en relación con el daño moral; presunciones que, como veremos, no tienen en todo caso el alcance de dar por probado el hecho como tal.

M.P.: William Namen Vargas. Igualmente, Sentencia del 19 de agosto de 2011, Exp.: 19.992, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

⁵²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de julio de 2012, Exp.: 21.928, C.P.: Enrique Gil Botero, Aclaración de voto de Jaime Santofimio.

⁵²⁵ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 213. RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Ob. Cit.*, p. 58.

⁵²⁶ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A.; GONZÁLEZ VERGARA, Paulina V., *Ob. Cit.*, p. 213-214; FUEYO LANERI, Fernando, *“Instituciones de Derecho Civil Moderno. La resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad”*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 53-54; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *“El daño moral”*, Tomo I y II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 682-684.

⁵²⁷ Sobre el tema, se recomienda: CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A.; GONZÁLEZ VERGARA, Paulina V., *Ob. Cit.* Igualmente, RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio, *Ob. Cit.*, p. 252-256. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 668-669

A continuación se mencionarán algunos criterios establecidos por el Consejo de Estado en relación con este tema para así concluir que, a partir de ellos, podrían elaborarse en Colombia tablas de punto con topes, bien sea legal o jurisprudencialmente. De ahí que sólo se hará mención a tres hipótesis de casos de los cuales pueden derivarse perjuicios morales (quizás los más comunes en este punto)⁵²⁸:

2.1. a) En caso de muerte:

En el caso de la muerte, las *víctimas indirectas* deben probar los perjuicios patrimoniales, que es la regla general⁵²⁹, mientras que, en relación con los perjuicios morales, (i) la jurisprudencia ha establecido la “presunción de aflicción” entre los *parientes* de la víctima directa, entendiendo por “parientes” aquellos que van hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales⁵³⁰, (ii) lo cual no sucede con las demás víctimas indirectas (llamadas “damnificados” por la jurisprudencia). En este último caso, deberá probarse dicha calidad. Finalmente, (iii) dependiendo de la calidad de la víctima indirecta, se determinará el monto de la indemnización.

En relación con el primer punto, en 1992 el Consejo de Estado cambió de criterio jurisprudencial al considerar que la “presunción de aflicción” no sólo debía concederse a los

⁵²⁸ Quedarían por fuera, por ejemplo, aquellos originados por la pérdida de cosas materiales, por actos terroristas, por masacres, etc., sin que ello quiera decir que los tres temas a tratar sean de “mayor gravedad” como afirma Milagros Koteich: KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 286.

⁵²⁹ “Artículo 167, Código General del Proceso (vigente desde el 1° de enero de 2014). Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”. Transcripción literal del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

⁵³⁰ Variación jurisprudencial a partir de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de noviembre de 2007, Exp.: 15.453, C.P.: Enrique Gil Botero. Reiterado en Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp.: 19.336, C.P.: Enrique Gil Botero. Así, respecto de los sobrinos, deben probarse los perjuicios morales. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de octubre de 2007, Exp.: 16.058, C.P.: Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

padres, hijos y cónyuge o compañero permanente⁵³¹, sino que resultaba igualmente extensible a los hermanos y parientes en segundo grado de consanguinidad⁵³²:

“La Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón encuentra para que en orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestren la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que un daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.”⁵³³ (Subrayado ajeno al original).

En ese sentido, se eliminó la carga de la prueba que tenían los hermanos antes de 1992 por la cual tenían que probar las “relaciones de fraternidad” para lograr una indemnización por perjuicios morales⁵³⁴. Hoy, probando el parentesco, se presume la aflicción, lo cual

⁵³¹ En 1992 no se reconocía la presunción para el compañero permanente, como quiera que el Código Civil no lo consagra expresamente como parte de la familia. Sin embargo, con los cambios jurisprudenciales realizados por la Corte Constitucional desde la Sentencia C-098 de 1996 en relación con el concepto de “familia”, el Consejo de Estado extendió la presunción a aquéllos. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 26 de septiembre de 1996, Exp.: 11.577, C.P.: Jesús María Carrillo; de 1999 (sin fecha completa), Exp.: 13.540, C.P.: Daniel Suárez Hernández; del 22 de abril de 2002, Exp.: 15.088, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; del 20 de marzo de 2013, Exp.: 22.491A, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵³² Inicialmente, los hermanos mayores debían demostrar la relación afectiva, pues la presunción no les aplicaba, pero ello cambió con el paso de los años. Ver las siguientes sentencias: del 18 de mayo de 1990, Exp.: S-121, C.P.: Clara Forero de Castro; del 25 de marzo de 1993, Exp.: S-064, C.P.: Diego Younes Moreno; del 5 de noviembre de 1997, Exp.: S-259, C.P.: Amado Gutiérrez Velásquez; del 13 de septiembre de 1999, Exp.: 15.504, C.P.: Alier Hernández Enríquez.

⁵³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de julio de 1992, Exp.: 6.750, C.P.: Daniel Suárez Hernández. Igualmente, Sentencias del 15 de octubre de 1992, Exp.: 7.281, C.P.: Daniel Suárez Hernández; del 5 de julio de 1995, Exp.: 10.899, C.P.: Daniel Suárez Hernández; del 27 de enero de 2000, Exp.: 10.867, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 19 de julio de 2001, Exp.: 13.086, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 10 de marzo de 2005, Exp.: 14.808, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar; del 1 de noviembre de 2007, Exp.: 15.453, C.P.: Enrique Gil Botero; del 18 de junio de 2008, Exp.: 15.625, C.P.: Enrique Gil Botero. En relación con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ver Sentencia T-934 de 2009, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de agosto de 1991, Exp.: 5.460, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández; y del 20 de agosto de 1992, Exp.: 7.156, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

aplica para⁵³⁵: padres, hijos, abuelos, nietos y hermanos (sin importar si son mayores o menores⁵³⁶ a la víctima).

Ahora bien, la presunción del daño moral es una presunción de hombre⁵³⁷ y, en esa medida, tiene como fin únicamente el de servir de guía al momento de valorar las pruebas, mas no dar por probado el hecho⁵³⁸; de ahí que la Administración esté habilitada para probar en contrario “*demonstrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan*”⁵³⁹.

En relación con el segundo punto, dentro de las víctimas indirectas que están legitimadas para reclamar la indemnización del daño moral (pero que no están amparadas por la presunción de aflicción –*damnificados*–), rige la regla general sobre la carga de probar el daño y, adicionalmente, deben probar la condición de damnificado⁵⁴⁰, lo cual ha sido conocido en la jurisprudencia del Consejo de Estado como la “*tesis del damnificado*”⁵⁴¹. Sobre esta postura, ha sentado el Consejo de Estado:

⁵³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de agosto de 1992, Exp.: 6.901, C.P.: Daniel Suárez; del 1 de octubre de 2008, Exp.: 27.268. C.P.: Enrique Gil Botero; del 23 de mayo de 2012, Exp.: 24.804, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵³⁶ En un principio, la presunción se dio sólo para los hermanos menores. Los mayores debían probar la relación de fraternidad. Posteriormente, fueron tratados por igual: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de septiembre de 1999, Exp.: 15.504, C.P.: Alier Hernández. Sentencia del 7 de octubre de 1999, Exp.: 12.655, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

⁵³⁷ Las presunciones pueden ser legales o judiciales. Las primeras pueden ser *iuris tantum* o *iuris et de iure*, según admitan o no prueba en contrario, respectivamente. Las segundas, también llamadas “presunciones de hombre”, se caracterizan porque el hecho se considera probable, más no cierto como en las legales. De ahí que la función de estas últimas sea la de servir como guía al juez para la valoración de las pruebas. Ver Corte Constitucional, Sentencia C-388 de 2000, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-731 de 2005, M.P.: Humberto Sierra Porto; y los artículos 66 Código Civil y 166 Código General del Proceso respecto de las presunciones legales.

⁵³⁸ “*la presunción judicial o de hombre que constituye un criterio de valoración más no un medio de prueba, en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama “inferencias”...*” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2009, Exp.: 30.340, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente: “*la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho, ni con ningún otro medio de prueba*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de noviembre de 2007, Exp.: 15.453, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁵³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de agosto de 2012, Exp.: 24.392, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Igualmente: Sentencia del 17 de julio de 1992, Exp.: 6.750, C.P.: Daniel Suárez Hernández; Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp.: 25.087, C.P.: Olga Melida Valle de la Hoz.

⁵⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2005, Exp.: 15.129, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, Exp.: 11.945, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- “... pero, si no se demostraba el parentesco y la legitimación se sustentaba en la condición de damnificado del demandante, éste tenía la carga de demostrarlo”⁵⁴².
- “Dentro del concepto de legitimación en la causa, se vislumbra la legitimación de hecho, originada en la simple alegación de esa calidad en la demanda, como lo prevé el artículo 86 del C. C. A., al señalar “la persona interesada podrá”, siendo entonces ese interés mínimo, suficiente para accionar y para proponerlo en la instancia procesal de inicio del juicio. La legitimación material se concreta en el evento en que se pruebe realmente la calidad de damnificado para así obtener una sentencia favorable a las pretensiones de la demanda”⁵⁴³ (Subrayado ajeno al original).
- “Es pertinente aclarar que en las acciones de reparación directa la legitimación en la causa por activa la tiene todo aquel que alega la condición de damnificado con el hecho que se imputa al demandado, la cual no deriva de su calidad de heredero, y es la condición de damnificado la que se debe acreditar en el curso del proceso para tener derecho a la indemnización que se reclama.”⁵⁴⁴ (Subrayado ajeno al original).

Por último, el Consejo de Estado ha procedido a ordenar indemnizaciones por perjuicios morales dependiendo de la calidad de la víctima indirecta. Así:

- En relación con los padres, hijos y cónyuge o compañero permanente: Desde la sentencia de 2001 que fijó el tope de 100 SMMLV⁵⁴⁵, se ha reconocido a estas víctimas el monto de 100 SMMLV como tope máximo; mientras que, en relación con los hermanos, se ha reconocido como máximo 50 SMMLV⁵⁴⁶.
- En relación con los abuelos, se han reconocido 21,48 SMMLV⁵⁴⁷, 50 SMMLV⁵⁴⁸ y hasta 100 SMMLV⁵⁴⁹.

⁵⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de febrero de 2000, Exp.: 11.457, C.P.: Alier Hernández Enríquez.

⁵⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2005, Exp.: 13.444, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; Sentencia del 20 de junio de 2013, Exp.: 23.603, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp.: 14.908, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Tesis que viene siendo reiterada desde el 1 de noviembre de 1991, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

⁵⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Exps.: 13.232 y 15.646, C.P.: Alier Hernández.

⁵⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 18 de febrero de 2010, Exp.: 17.179, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; del 23 de agosto de 2010, Exp.: 20.044, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; del 21 de febrero de 2011, Exp.: 20.194, C.P.: Hernán Andrade Rincón; del 29 de enero de 2012, Exp.: 22.742, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 29 de agosto de 2012, Exp.: 25.635, C.P.: Stella Conto Díaz; del 30 de abril de 2014, Exp.: 28.075, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Entre muchas otras.

⁵⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2002, Exp.: 14.081, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

- En relación con los nietos, se han reconocido 5 SMMLV⁵⁵⁰, 25 SMMLV⁵⁵¹, 50 SMMLV⁵⁵² y hasta 100 SMMLV⁵⁵³.

2.1. b) En caso de daño a la salud:

En los casos de daño a la salud, la diferenciación entre la procedencia de aplicar las presunciones únicamente para los “parientes”, funciona igual que en los casos de muerte. Sin embargo, anteriormente, el Consejo de Estado sólo aceptaba dicha presunción tratándose de lesiones graves. En el 2008⁵⁵⁴ esa tesis cambió, de manera que, actualmente, la presunción aplica a todos los parientes de la víctima, independientemente de la gravedad de la lesión. Así⁵⁵⁵:

	Lesiones graves	Lesiones leves
Víctima directa	Se reconocía daño moral si se demostraba el daño antijurídico por lesión grave	Se reconocía daño moral si se demostraba el daño antijurídico por lesión leve
Víctimas indirectas (Pariente o damnificado)	- Debía probar la lesión grave + Parentesco/Vínculo de afecto - <i>El daño moral se infería</i>	- Debía probar la lesión leve + Parentesco/Vínculo de afecto + Dolor moral - <i>El daño moral no se infería</i>
Actualmente	Se presume la aflicción para los parientes de la víctima directa, independientemente de la gravedad de las lesiones, la cual sólo se tiene en cuenta al momento de la tasación de los perjuicios.	

⁵⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 9 de abril de 2014, Exp.: 29.811, C.P.: Carlos Zambrano Barrera; del 10 de marzo de 2011, Exp.: 20.099, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; del 30 de octubre de 2013, Exp.: 27.355, C.P.: Stella Conto Díaz; del 13 de noviembre de 2013, Exp.: 29.533, C.P.: Hernán Andrade.

⁵⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Exp.: 28.077, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

⁵⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de septiembre de 2013, Exp.: 28.393, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz.

⁵⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 2011, Exp.: 19.990, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

⁵⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2013, Exp.: 27.894, C.P.: Carlos Zambrano

⁵⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de marzo de 2012, Exp.: 21.859, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁵⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de octubre de 2008, Exp.: 17.486. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁵⁵ Cuadro elaborado con fundamento en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 18 de octubre de 2000, Exp.: 11.948, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; del 18 de marzo de 2004, Exp.: 14.003, C.P.: María Elena Girado; del 10 de junio de 2009, Exp.: 19.046, C.P.: Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

En ese sentido, la tesis actual del Consejo de Estado es que *“se presume que la lesión física o psíquica de un familiar, independientemente de su gravedad, causa aflicción entre sus parientes (...). Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar”*⁵⁵⁶. En consecuencia, acá no es posible dar ejemplos de indemnización atendiendo a la calidad de la víctima indirecta *únicamente* (como se hizo para los casos de muerte), ya que en esta hipótesis deberá analizarse dicha calidad junto con la gravedad de la lesión.

Sin embargo, sí se puede concluir que el porcentaje de lo que se ordena para la víctima indirecta (en relación con lo que se le reconoce a la víctima directa), es muy parecido a los montos que se reconocen en casos de muerte: Si en casos de muerte suelen reconocerse 100 SMMLV a los padres, hijos y cónyuges o compañeros permanentes; en casos de lesiones, suele reconocerse el 100% del monto que se ordena para la víctima directa. Lo mismo sucede con los 50 SMMLV para los hermanos en casos muerte; que acá se traducen en un 50% de los perjuicios liquidados para la víctima directa. Ejemplos de ello:

- En relación con los padres, hijos y cónyuge o compañero permanente: Se ha reconocido a estas víctimas entre el 50%⁵⁵⁷ y el 100%⁵⁵⁸ del monto reconocido al directamente lesionado como tope máximo; mientras que, en relación con los hermanos, se ha reconocido como máximo el 50%⁵⁵⁹ del monto de la víctima directa⁵⁶⁰.
- En relación con los nietos, se ha reconocido el 50%⁵⁶¹.
- Otros damnificados: 33% (Hermana religiosa)⁵⁶².

⁵⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009, Exp.: 19.046, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente, Sentencia del 15 de octubre de 2008, Exp.: 17.486, C.P.: Ruth Stella Correa. Sentencia del 29 de agosto de 2012, Exp.: 24.779, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 20 de marzo de 2013, Exp.: 24.550, C.P.: Olga Mérida Valle de de la Hoz; y del 24 de julio de 2013, Exp.: 27.155, C.P.: Jaime Santofimio.

⁵⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 10 de julio de 2013, Exp.: 29.759, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; y del 26 de septiembre de 2013, Exp.: 28.393, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz.

⁵⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 10 de julio de 2013, Exp.: 29.759, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; y del 16 de septiembre de 2013, Exp.: 29.088, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁶⁰ Reconociendo el 80% a los padres y el 40% a los hermanos: Sentencia del 28 de marzo de 2013, Exp.: 27.155, C.P.: Enrique Gil Botero. Reconociendo el 66% a los padres y el 50% a los hermanos: Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp.: 22.366, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa. Reconociendo el 30% a los hermanos: Sentencia del 24 de septiembre de 1993, Exp.: 8.021, C.P.: Daniel Suárez Hernández. Reconociendo el 60% al hermano: Sentencia del 16 de agosto de 2007, Exp.: 30.114, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de marzo de 2010, Exp.: 17.930, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

⁵⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Exp.: 30.479, C.P.: Enrique Gil Botero.

2.1. c) En caso de privación injusta de la libertad:

En relación con las víctimas *directas*, el daño moral se presume judicialmente a partir de la prueba del daño antijurídico⁵⁶³, y la cuantificación del perjuicio se determina, entre otras cosas, con base en el tiempo de la privación (factor temporal). Así, ha dicho el Consejo de Estado:

“26. Así por ejemplo, en sentencia de febrero 2 de 2012, exp. 20943, se condenó a favor de quien fuera privado de la libertad por el término de 1 año, 1 mes y 20 días, al pago del equivalente a 70 s.m.m.l.v. por perjuicios morales; en providencia de mayo 28 de 2012, exp. 19173⁵⁶⁴, la Sala reconoció a favor de quien estuvo detenido por un lapso de 1 año, 7 meses y 11 días el equivalente en pesos a 100 s.m.m.l.v. por el mismo concepto...”⁵⁶⁵ (Subrayado ajeno al original).

Atendiendo únicamente al factor temporal, el Consejo de Estado ha decidido que *“en casos de privación injusta de la libertad y atendiendo únicamente al factor temporal, “sin perjuicio de que otras circunstancias concurrentes obliguen a reconocer una cifra más alta”, se debía reconocer 5,1 s.m.m.l.v., por cada mes de detención o su proporción, con un límite máximo de 100 s.m.m.l.v.”*⁵⁶⁶.

De manera reciente el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la privación injusta de la libertad fue objeto de sentencia de unificación por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 28 de agosto de 2013 en la cual se estableció que el criterio para la determinación del *quantum* de estos perjuicios es el *arbitrio iuris*, el cual deberá tener en cuenta, en todo caso los siguientes criterios objetivos:

*“[Luego de señalar que el criterio de indemnización es el “prudente juicio”]
“Con todo y, de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera*

⁵⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de marzo de 2002, Exp.: 12.076, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia del 24 de enero de 2011, Exp.: 18.190, C.P.: Olga Mélida Valle de de la Hoz.

⁵⁶⁴ Ambas sentencias con ponencia de la Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 2013, Exp.: 29.876, C.P.: Danilo Rojas Betancourth

⁵⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 26 de julio de 2012, Exp.: 24.688, C.P.: Stella Conto Diaz del Castillo; del 28 de febrero de 2013, Exp.: 20.883 y 29.538 acumulados, C.P.: Stella Conto Diaz del Castillo; del 3 de mayo de 2013, Exp.: 29.876, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 31 de mayo de 2013, Exps.: 25.826 y 28.542, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 19 de junio de 2013, Exp.: 30.859, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 29 de julio de 2013, Exp.: 21.564, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivos y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.”⁵⁶⁷ (Subrayado y negrita ajenos al original).

Y continúa la sentencia, ahora haciendo énfasis en el factor temporal de la privación:

“Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, (...) a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos, la Sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad:

- i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV;*
- ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV;*
- iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV,*
- iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV,*
- v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV,*
- vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV, y*
- vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.”⁵⁶⁸ (Subrayado ajeno al original)*

En conclusión, en agosto del 2013 fue abandonado el criterio objetivo establecido en julio de (sobre los 5,1 SMMLV por cada mes de privación injusta de la libertad), pero se espera que este último sí sea acogido por todos los jueces dado que el criterio objetivo del 2012 no fue aplicado armónicamente por la Corporación, lo cual viola a todas luces la igualdad material y la coherencia del sistema. Ejemplos de ello a continuación:

⁵⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2013, Exp.: 25.022, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 17 de octubre de 2013, Exp.: 23.354, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁶⁸ *Ibidem*.

- Sentencia del 28 de noviembre de 2012⁵⁶⁹: Caso de privación por 9 meses con otorgamiento de 70 SMMLV a la víctima directa. Según el criterio del 26 de julio de 2012: 9 meses * 5,1 SMMLV = 45.9 SMMLV. En la sentencia no se argumentan las razones para aumentar el monto, sólo se alude al “arbitrio judicial” y se afirma que en otras sentencias se reconoció el mismo monto a la víctima directa⁵⁷⁰. Al analizar las sentencias citadas:
 - Sentencia del 24 de agosto de 2012⁵⁷¹: Caso de privación injusta por 12 meses con otorgamiento de 80 SMMLV a la víctima directa⁵⁷². Según el criterio del 26 de julio de 2012: 12 meses * 5,1 SMMLV = 61,2 SMMLV. En la sentencia se aclara que por 3 años la víctima directa no pudo escoger profesión ni residencia, lo cual pudo haber sido la razón para aumentar la cuantía⁵⁷³. Sin embargo, no se especifica. En todo caso, se ve que por 12 meses de privación (y con circunstancias adicionales), se otorgan 80 SMMLV; mientras que, por 9 meses (sin circunstancias adicionales *mencionadas*), se otorgan 70 SMMLV.
 - Sentencia del 23 de junio de 2011⁵⁷⁴: Caso de privación injusta por casi 4 meses con otorgamiento de 70 SMMLV. Aquí no se había proferido el criterio objetivo de los “5,1 SMMLV” por lo cual el criterio imperante era el *arbitrio iuris*. Sin embargo, en este caso se tuvo en cuenta otro factor y es que sólo luego de 4 años, se precluyó la investigación contra la víctima.

⁵⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Exp.: 25.910, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁵⁷⁰ Afirma la sentencia: “Al respecto consultar, sentencias proferidas el 24 de agosto de 2012, Exp. 26.027, 23 de junio de 2011, Exp. 22.591 y 8 de junio de 2011, Exp. 21.010, en las cuales se reconoció el mismo monto por perjuicios morales a favor de la víctima directa, hijos y cónyuge.”

⁵⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2012, Exp.: 26.027, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁵⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2012, Exp.: 26.027, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁵⁷³ “En efecto, la Jurisprudencia de la Sala tiene sentado que “En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.7 meses)”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 4 de diciembre de 2006, Exp.: 13.168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 22 de mayo de 2013, Exp: 26.685, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz.

⁵⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2011, Exp.: 22.591, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- Sentencia del 8 de junio de 2011⁵⁷⁵: Caso de retención por 4 días con otorgamiento de 25 SMMLV a cada una de las víctimas directas. Acá no se había proferido el criterio objetivo de los “5,1 SMMLV” por lo cual el criterio imperante era el *arbitrio iuris*. Adicionalmente, se trataba de una apelación donde el apelante no se refirió a la indemnización de perjuicios morales.

Como puede verse, aun cuando el criterio de los 5,1 SMMLV ya había sido fijado, se utilizó el *arbitrio iuris* sin justificar el monto de los perjuicios y en contravía del mismo precedente citado en la sentencia, en donde los tiempos de privación de la libertad y las circunstancias del caso, eran diferentes. Casos como éstos ponen a pensar en la necesidad de exigir más argumentación (en caso de usarse el *arbitrio iuris*) o en la necesidad de implementar criterios objetivos como los topes y las tablas de punto.

- Sentencia del 8 de agosto de 2012⁵⁷⁶: Caso de privación por casi 12 meses con otorgamiento de 60 SMMLV a la víctima directa. Aplicando el criterio de los “5,1 salarios” vigente para la fecha, el monto asciende a 59,67 SMMLV, Sin embargo, en la misma no se justifica de dónde sale dicho monto, lo cual resulta muy importante para que los apoderados ejerzan una defensa adecuada en casos futuros similares, máxime cuando el criterio de los 5,1 SMMLV, para esa fecha, era relativamente reciente.
- Sentencia del 3 de mayo de 2013⁵⁷⁷: Caso de privación por 1 día con otorgamiento de 2 SMMLV a la víctima directa. Aplicando el criterio de los “5,1 salarios”, daría un equivalente a 0,17 SMMLV, pues el monto de 2 SMMLV aplica cuando la privación es de 12 días.

Por último, en relación con las víctimas *indirectas*, la presunción aplica igualmente respecto de los “parientes” y el monto que le es reconocido a estos últimos se hace en proporciones muy parecidas a las que se aplican para casos de muerte y daño a la salud, en relación con el monto reconocido a la víctima directa⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2011, Exp.: 21.010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de agosto de 2012, Exp.: 24.005, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz.

⁵⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 2013, Exp.: 26.922, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 20 de febrero de 2008, Exp.: 15.980, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra; del 12 de mayo de 2011, Exp.: 18.902, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 11 de julio de 2012, Exp.: 23.688, C.P.: Carlos Zambrano Barrera (reiterada en Sentencia del 13 de febrero de 2013, Exp.: 24.296, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez); del 24 de julio de 2013, Exp.: 27.289, C.P.: Enrique Gil Botero; y del 3 de mayo de 2013, Exp.: 29.876, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

2.2. Topes al monto de la indemnización – Criterio “objetivo”:

2.2. a) Evolución normativa y jurisprudencial⁵⁷⁹:

Inicialmente, en relación con la indemnización del daño moral, el Consejo aplicó analógicamente el criterio establecido en el artículo 95 del Código Penal de 1936 según el cual:

“Artículo 95: Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta dos mil pesos”

Desde 1936, tanto jueces de la jurisdicción civil como administrativa, venían aplicando dicho tope legal, que era obligatorio según lo había afirmado la Corte Suprema de Justicia en 1942⁵⁸⁰; hasta que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil- en 1974⁵⁸¹ aclaró que dicha norma se refería a “daños morales ocasionados por el delito”, de manera que sólo era vinculante para los jueces penales. Sin embargo, también dejó la puerta abierta para sobrepasar dicho monto que, en dicho momento, era irrisorio. No obstante el pronunciamiento anterior, el Consejo de Estado continuó aplicando el mencionado criterio de los \$2000 pesos hasta 1978. Durante este tiempo, sin embargo, se encargó de actualizar dichos valores para cada caso concreto, con fundamento en lo siguiente:

“Siendo un hecho notorio la disminución que ha sufrido el poder adquisitivo de la moneda colombiana a partir del año en que entró en vigencia el Código Penal, el tope de dos mil pesos que fijaba el artículo 95 deberá ser ajustado en cada caso a su valor actual. El Banco de la República o la Junta Monetaria pue-den certificar a cuánto equivale hoy la expresada cantidad y ese equivalente así demostrado constituiría la cantidad máxima que podría

⁵⁷⁹ Sobre este recuento histórico, ver igualmente: NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico”, p. 29, 36, 41-49, 52-66; RUEDA FONSECA, María del Socorro, *Ob. Cit.*, p. 98-103. GIL BOTERO, Enrique, “Responsabilidad Extracontractual del Estado”, p. 186-190; SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 202-207; M’CAUSLAND SANCHEZ, María Cecilia, *Ob. Cit.*, p. 71-84. KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 271-276. ISAZA POSSE, María Cristina, *Ob. Cit.*, p. 48-49.

⁵⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de octubre de 1942, LIV, bis, 189/94 C.P.: Liborio Escallón. Señaló la Corte en dicha oportunidad: “el fallador no puede pasarse de ese maximum, pues ese límite, que es rígido...”.

⁵⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1974, C.P.: Germán Giraldo Zuluaga, Jurisprudencia y Doctrina, Tomo III, No. 34, octubre de 1974, p. 623

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

señalar el juez, dentro de su prudente arbitrio, como valor de la satisfacción compensatoria del daño moral subjetivo.”⁵⁸² (Subrayado ajeno al original).

Posteriormente, y con fundamento en las actualizaciones que venía haciendo para cada caso concreto, el Consejo de Estado actualizó dicho valor en 1978 convirtiéndolo en un tope de 1000 gramos oro, de acuerdo con la cantidad de gramos oro que había para aquella época. Según la regla de tres hecha por el Consejo de Estado, 2.000 pesos al año 1978 equivalían a 1000 gramos oro, según la siguiente explicación:

“Conocido el valor oficial del oro, patrón monetario inter-nacional, que en 1937 era de \$ 2.00 el gramo y hoy es de \$ 49.98, según datos del Banco de la República, resulta fácil deducir el valor actual de los \$ 2000.00 pesos de que habla el artículo 95 del Código Penal, en términos de equivalencia con el valor actual del oro.

En efecto, la indemnización máxima comentada, equivalía, en 1937 a 1.000 gramos de oro. Hoy esos 1.000 gramos de oro, al precio oficial, valen \$ 49.980.00 que sería la suma total que podría reconocerse por perjuicios morales.”⁵⁸³

Posterior a este pronunciamiento, se expidió el Código Penal de 1980, en cuyo artículo 106 se acogía igualmente el patrón del gramo-oro que ya había establecido el Consejo de Estado previamente. Señalaba dicho artículo que el tope sería igualmente de mil (1000) gramos-oro:

“Artículo 106. Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido.” (Subrayado ajeno al original).

La adopción del gramo oro fue ampliamente criticada por FERNANDO HINESTROSA, quien expresó que el oro era una mercancía como cualquiera, sujeta igualmente a vaivenes de

⁵⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de mayo de 1975, Exp.: 1.507, C.P.: Osvaldo Abeilo Noguera. Igualmente el salvamento de voto a esta sentencia por parte de Carlos Portocarrero Mutis.

⁵⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de febrero de 1978, Exp.: 1.839, C.P.: Jorge Valencia Arango.

especulación (“para esa época, la libra había descendido de US\$800 a US\$360 en pocos meses”⁵⁸⁴). En relación con el segundo inciso, se formularon varias críticas por cuanto no podía aceptarse que las modalidades de la infracción incidieran en el monto de la indemnización por ir en contra del principio de reparación integral, según el cual, entre otras cosas, “la medida de la condena está dada por la entidad del daño mismo.”⁵⁸⁵

En el año 2000 se expidió otro Código Penal (vigente actualmente, en cuyo artículo 95 se expresa que el tope será de mil salarios y no de mil gramos oro, y se excluyen ciertos criterios a tener en cuenta para la indemnización del perjuicio, así:

“Artículo 97. Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

*Los daños materiales deben probarse en el proceso.”*⁵⁸⁶

Luego de este criterio legalmente establecido y susceptible de ser aplicado por analogía en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (como habían sido aplicados los anteriores criterios), el Consejo de Estado profirió dos sentencias hito en las que señaló que dicha jurisdicción no se encuentra atada al criterio del Código Penal y, en consecuencia, cada juez era libre para establecer en cada caso el monto de la indemnización por perjuicios morales según lo probado y el *arbitrio iuris*, e igualmente se fijó el tope al quantum de estos perjuicios. Así:

“Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

⁵⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 1982, Jurisprudencia y doctrina, Tomo XI, No. 125, p. 412 y ss. Citada por NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico”, p. 58.

⁵⁸⁵ NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico”, p. 58-64.

⁵⁸⁶ Declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, “en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible.”

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

(...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, que en la fecha de ésta sentencia corresponde a (\$) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.”⁵⁸⁷ (Subrayado ajeno al original).

Como puede verse, el Consejo de Estado restringió la imposición de condenas por la suma equivalente a *máximo* 100 salarios mínimos legales vigentes en los eventos en que el daño moral se presentase en su mayor grado, y esta es la regla actual que rige en relación con los topes a la indemnización del daño moral, salvo ciertos eventos -como se verá-. En otras palabras, el Consejo de Estado, con fundamento en el arbitrio judicial, cambió la regla establecida en el Código Penal de mil (1000) salarios por cien (100).

Es por ello que a lo anterior se ha objetado, al interior del mismo Consejo de Estado, que⁵⁸⁸: **(i)** el artículo 97 antes mencionado en realidad se refiere a un tope de mil (1000) salarios, mas no a uno de cien (100). Adicionalmente, **(ii)** la norma es facultativa y no imperativa en tanto refiere que el juez “*podrá señalar como indemnización*” por lo cual no se comprende por qué, si un juez penal puede decretar una indemnización de cada perjuicio extrapatrimonial hasta por 1.000 salarios, un juez de lo contencioso administrativo debe estar limitado a un tope de 100 salarios.

(iii) Adicionalmente, “*con base en el postulado de mayor exigibilidad, no resulta lógico que si los particulares pueden ser condenados por ese valor (1.000 smmlv), el Estado no pueda serlo a partir de la acreditación de un daño antijurídico*”⁵⁸⁹. Finalmente, **(iv)** el papel dinámico del juez trae consigo que el mismo pueda orientarse por los criterios que el mismo Legislador ha fijado para el resarcimiento del daño extrapatrimonial, sin que ello se traduzca en una pretensión

⁵⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Exp. 13.232 y 15.646, C.P.: Alier E. Hernández Enríquez. Citada en Sentencia del 25 de octubre de 2001, Exp.: 13.538, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia del 21 de febrero de 2002, Exp.: 14.081, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 20 de febrero de 2003, Exp.: 14.144, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 14 de marzo de 2012, Exp.: 21.859, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp.: 22.891, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz. Sentencia del 20 de marzo de 2013, Exp.: 22.491, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

⁵⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2006, Exp.: 29.792, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 23 de abril de 2009, Exp.: 17.994, C.P.: Enrique Gil Botero, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero. Sentencia del 27 de mayo de 2009, Exp.: 15.186, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar, Salvamento de voto de Enrique Gil Botero. Sentencia del 1 de febrero de 2012, Exp.: 21.274, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero. Sentencia del 25 de septiembre de 2013, Exp.: 36.460, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁵⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de abril de 2009, Exp.: 17.994, C.P.: Enrique Gil Botero, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero.

de aplicación analógica del Código Penal. Todo lo contrario, **(v)** el Consejo de Estado cuenta con el arbitrio judicial para fijar el monto de la condena, siempre y cuando el daño tenga origen en una conducta punible. A lo anterior, hay que agregar lo dicho por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-916 de 2002, al declarar la exequibilidad del artículo 97 del Código Penal, en donde resolvió:

“PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y segundo del artículo 97, de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible.”⁵⁹⁰ (Subrayado ajeno al original).

A pesar de las anteriores objeciones, lo cierto es que actualmente rige el tope de los cien (100) salarios cuando el perjuicio moral se presente en su mayor dimensión. No obstante, en el año 2013 el Consejo de Estado profirió una sentencia hito de unificación sobre los topes de indemnización a los perjuicios morales cuando el daño es causado por una conducta punible, en la que expresó:

“Por consiguiente, cuando el daño antijurídico tiene su origen en la comisión de una conducta punible será aplicable el artículo 97 del C.P., bien que se trate o no de una grave lesión o vulneración de los derechos humanos, sólo que en estos últimos eventos el juez podrá exceder los límites fijados en la demanda, en lo que concierne a la imposición de medidas de justicia restaurativa como ya se indicó.

“Como se aprecia, la Sala reflexiona y matiza su tesis, según la cual el tope máximo en principio del perjuicio moral, asciende a la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, cuando el daño tiene su génesis en conductas punibles, por las siguientes razones: (...)

“(iv) No se trata de equiparar el proceso contencioso al de tipo penal, (...) no obstante, nada impide que el juez pueda guiarse por el monto señalado en la norma legal, sin que ello signifique, como se viene de precisar, que esa suma sea óbice para decretar indemnizaciones superiores o inferiores, siempre que las circunstancias fácticas lo ameriten.”⁵⁹¹ (Subrayado y negrita ajenos al original).

De lo dicho en la sentencia de unificación anteriormente mencionada, se podrían extraer las siguientes conclusiones en relación con la indemnización de perjuicios morales derivados de daños antijurídicos por conductas punible: **(i)** El Consejo de Estado *puede*

⁵⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 2013, Exp.: 36.460, C.P.: Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

utilizar como guía el criterio establecido en el artículo 97 del Código Penal, sin que ello implique que esté sometido al mismo. En consecuencia, al ser un mero criterio auxiliar, **(ii)** podría inclusive ordenar indemnizaciones superiores a los mil (1000) salarios cuando el daño sea consecuencia de una conducta punible⁵⁹². La expresión “*sólo que en estos últimos eventos el juez podrá exceder los límites fijados en la demanda, en lo que concierne a la imposición de medidas de justicia restaurativa*” no es desarrollada en la sentencia. Por último, **(iii)** como requisito para poder dar aplicación al artículo 97 del Código Penal, el Consejo de Estado estableció:

*“Por consiguiente, para que sea aplicable el criterio de valoración del daño inmaterial, contenido en el artículo 97 del Código Penal, es necesario **[i]** que en el proceso obre la prueba idónea que permita establecer que fue la conducta punible la que desencadenó el daño antijurídico, y **[ii]** que ese hecho ilícito ya fue objeto de una investigación y sanción penal contenida en una sentencia ejecutoriada, tal y como se aprecia en el caso concreto, así como los factores objetivos que rodearon la producción del daño antijurídico, para determinar la valoración del perjuicio en cada caso concreto.”* (Subrayado y numerales ajenos a la original).

En esta última sentencia se afirma que en el caso concreto se cumplen los requisitos que la misma providencia establece y señala adicionalmente que “*en el caso sub judice se presenta el perjuicio en su mayor magnitud –masacre–, y el daño es producto de una grave violación a derechos humanos*”, todo lo cual sirve de fundamento para superar el tope y reconocer 200 SMMLV a cada uno de los 2 hijos de la víctima directa. Cabría entonces la pregunta sobre cuándo podría, entonces, reconocerse una indemnización por mil (1000) SMMLV como lo establece el Código Penal, siendo que una masacre es la manifestación del perjuicio en su “mayor magnitud”.

Como síntesis a este barrido histórico, puede concluirse que el Consejo de Estado ha usado el *arbitrio iuris* para **(i)** aplicar entre 1937 y 1978 el tope establecido en Código Penal de 1936 (\$2.000 pesos), aun cuando en 1974 la Corte Suprema había dicho que el mismo no era aplicable a dicha jurisdicción, sino únicamente a la penal. Igualmente, **(ii)** fue el *arbitrio iuris* el criterio usado en 1978, para cambiar dicho tope reemplazando el patrón de medición por el de los 1000 gramos oro. Adicionalmente, **(iii)** luego de que el Código Penal de 1980 determinó que el patrón y el tope aplicable para dicha jurisdicción era de 1000 SMMLV, el Consejo de Estado decidió en el 2001 que dicho criterio no vinculaba a la jurisdicción

⁵⁹² “no obstante, nada impide que el juez pueda guiarse por el monto señalado en la norma legal, sin que ello signifique, como se viene de precisar, que esa suma sea óbice para decretar indemnizaciones superiores o inferiores, siempre que las circunstancias fácticas lo ameriten.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación del 25 de septiembre de 2013, Exp.: 36.460, C.P.: Enrique Gil Botero. Esta interpretación hecha (sobre la posibilidad de superar los mil (1000) SMMLV) no ha sido sentada por el Consejo de Estado, pero podría perfectamente deducirse o surgir en un futuro con base en los mismos argumentos. Sin embargo, en este estudio no se acoge dicha interpretación.

contencioso administrativa y por ende, cambió el *tope* y el *patrón* en cien (100) SMMLV. Por último, (iv) luego de ver que dicho tope era excedido en unos casos pero en otros no, decide que si el daño antijurídico es consecuencia de una conducta punible, sea o no consecuencia de una vulneración a derechos humanos, la pena podrá ser superior inclusive a los mil (1000) salarios que fija el actual Código Penal.

En conclusión, es claro que el Consejo de Estado ha asumido posiciones muy variables y contradictorias en este punto: Primero, resulta que el Código Penal si podía ser aplicable por analogía; luego, en 1978, resulta que el mismo también es aplicable con un ingrediente adicional de indexación en gramos oro; pero en el 2001 ya no es vinculante porque entre ambas jurisdicciones hay finalidades y principios diferentes; y en el 2013, el Código Penal servirá de “guía” para los jueces, lo que significa que la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede sobrepasar el límite de los mil salarios, mientras que la jurisdicción penal sólo podrá hacerlo “*hasta*” (literalmente) dicho tope.

Por lo tanto, es claro que el tema requiere de configuración legislativa pues ello llevaría a un mayor respeto por los topes y una mayor exigibilidad de carga argumentativa al momento de sobrepasarlo. Además, no se entiende por qué los jueces de la jurisdicción penal están sometidos a un tope legal, mientras que los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sólo están guiados por los mismos. Si bien es cierto que ambas jurisdicciones son de naturalezas diferentes, también es cierto que este tipo de criterios “objetivos” (topes) disminuyen la arbitrariedad y las decisiones contradictorias en casos similares. Además, esta variación de criterios cada poco tiempo (y el distanciamiento a los mismos en casos concretos) sólo hace que reine la desigualdad material y la incoherencia jurídica.

Otra opción sería que las decisiones en las cuales se superen los límites que establezca el Consejo de Estado o el Congreso, sean proferidas por la Sala Plena de la Sección, de manera que puedan establecerse líneas jurisprudenciales serias y claras que sirvan de apoyo para casos posteriores, en los que se tenga en cuenta el tipo de violación a derechos humanos, las calidades de la víctima, la duración de la violación y demás criterios que el Consejo de Estado considere pertinentes⁵⁹³. Si ninguna de estas dos opciones son acogidas, los montos de estas indemnizaciones seguirán dependiendo de los sentimientos que cada caso provoque en quien profiera la sentencia, que será muy perjudicial si se tiene en cuenta que no todos apreciamos ni vivimos de igual manera el dolor, bien sea por cuestiones de edad, género, personalidad, antecedentes familiares, sociales, etc.:

⁵⁹³ Como se hizo sabiamente, por ejemplo, en relación con los perjuicios morales derivados de privaciones injustas de la libertad. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de Unificación del 28 de agosto de 2013, Exp.: 25.022, C.P.: Enrique Gil Botero y; Sentencia del 17 de octubre de 2013. Exp.: 23.354, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

“No todos sufrimos igual por un mismo dolor (imaginando que ese dolor sea igual), porque no todos somos capaces de asumir igualmente la realidad, por ejemplo, a causa de la edad.”⁵⁹⁴

Este estudio no pretende casarse con la postura de sobrepasar los límites (el de los cien, mil o trescientos SMMLV) según la sensibilidad que el caso origine en el juez, ni con aquélla sobre el respeto reverencial e insensible por los topes. Lo que sí pretende es llamar la atención sobre la necesidad de unificar criterios y desarrollar los mismos respetando los precedentes, de manera que las indemnizaciones sean similares en casos donde la magnitud del daño es también similar; y que, si hay un caso que amerite sobrepasar el tope establecido, se haga con las debidas cargas de argumentación y transparencia⁵⁹⁵.

2.2. b) Casos de superación de los topes:

Podría afirmarse que los antecedentes sobre superación al tope establecido en el año 2001, vienen incluso desde el año 2002 con la Sentencia C-916 de 2002 de la Corte Constitucional⁵⁹⁶, mediante la cual se señaló que la fijación de la indemnización por perjuicios morales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo estaba fundamentada en la discrecionalidad judicial y en valoraciones subjetivas, así:

“Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro.” (Subrayado ajeno al original).

Como puede verse, la misma Corte Constitucional reconoce la discrecionalidad que tiene el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, para determinar los topes que resultan necesarios para limitar en cierta medida el *arbitrio iuris* ante la ausencia de norma expresa. En esa medida, y no obstante el límite fijado en el

⁵⁹⁴ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Ob. Cit.*, p. 97.

⁵⁹⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Ob. Cit.*, p. 85.

⁵⁹⁶ Felipe Navia, en relación con topes anteriores, señala que: “En el pleito Villaveces, los peritos estimaron que el perjuicio se reparaba mediante la construcción de un monumento a la esposa, cuyo valor se fijó en \$3.000, cifra importante, porque significó, en 1924, un monto mayor, en un 50%, de todas las condenas individuales que por perjuicios morales se hicieron a partir de 1936 y hasta 1974.” En igual sentido, NAVIA ARROYO, Felipe, “Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?”, p. 29. M’CAUSLAND, María Cecilia, *Ob. Cit.*, p. 84.

2001, la jurisprudencia posterior señaló que el mismo no era absoluto y podía variar según la magnitud del daño en determinado caso⁵⁹⁷.

Como ejemplos de superación al tope de los cien (100) salarios están los siguientes casos, inclusive anteriores a la sentencia de unificación mencionada, donde el daño es producto de una conducta punible y/o una grave vulneración a derechos humano⁵⁹⁸:

- Sentencia del 14 de abril de 2010⁵⁹⁹: Caso en el que la fuerza pública, en medio de un operativo, mató a una señora delante de sus hijos, torturando al esposo de la misma a autoincriminarse, conllevando a la privación injusta de la libertad del esposo. A causa de la privación, la víctima no pudo asistir al entierro de su esposa. El Consejo de Estado encuentra “una grave y significativa violación a los derechos humanos de Rogelio” y ordena una indemnización de perjuicios morales por 150 SMMMLV. Tiempo de privación: 12 meses.
- Sentencia del 19 de noviembre de 2012⁶⁰⁰: Caso en el cual se acusa injustamente a dos personas de pertenecer al cartel de distribución de droga de Buenaventura, ocasionando daños morales y al buen nombre y honra. Sin embargo, la condena se

⁵⁹⁷ “... dichos parámetros no son absolutos y pueden variar –ser incrementados o disminuidos- según el caso concreto, en razón de la magnitud e implicaciones del daño padecido por los damnificados”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 2007, Exp.: 30.114, C.P.: Ramiro Saavedra. Igualmente: Sentencia del 13 de febrero de 2003, Exp.: 12.654, C.P.: Alier Hernández. Sentencia del 24 de junio de 2004, Exp.: 14.950, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Un análisis sobre la norma penal, y esta sentencia de la Corte en: ISAZA POSEE, María Cristina, “Los perjuicios morales en el proceso penal: interpretación del artículo 97 de ley 599 de 2000”. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, No. 20, Bogotá, Septiembre, 2003, p. 195-205.

⁵⁹⁸ Al respecto, resulta muy interesante el siguiente salvamento de voto: “considero que el criterio rector para determinar la flexibilización del tope indemnizatorio ha de estar en la intensidad e índole del daño antijurídico y no en el carácter delictivo de la acción que lo produce. En efecto, el condicionamiento de la aplicación del art. 97 del Código de Procedimiento Penal a la ocurrencia de un delito implica un desconocimiento de la naturaleza y finalidad de la acción de reparación directa, así como del mandato constitucional de reparación del daño antijurídico y los compromisos internacionales en materia reparación integral. Por otra parte, abre las puertas a una forma de prejudicialidad sin fundamento legal ni sustento en alguna exigencia intrínseca de la acción de reparación directa.” (Subrayado ajeno al original). Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación del 25 de septiembre de 2013, Exp.: 36.460, C.P.: Enrique Gil Botero, Salvamento parcial de voto de Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 18.860, C.P.: Enrique Gil Botero: “la fuerza pública se movilizó hasta el domicilio de (...) y empezó a disparar de forma indiscriminada contra el inmueble sin prever las consecuencias, lo que trajo como resultado la muerte de la señora María Antonia Castaño, cónyuge de Aguirre López, y la aprehensión de este último, a quien, adicionalmente, lo sometieron a las más inhumanas torturas para que se autoincriminara como autor material de la muerte de su esposa”

⁶⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp.: 25.506, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

hace por concepto de perjuicios morales en un total de 160 SMMLV, para cada uno de los miembros de la familia (madre, padre, hijo, hija).

- Sentencia del 2 de septiembre de 2013⁶⁰¹: Caso de violencia en el que 6 hombres mataron a 11 personas en Bogotá, por el cual se acusa y priva injustamente de la libertad a un señor por más de 11 años. A causa de ello, no pudo asistir al entierro de su padre, un hermano y un hijo. El Consejo de Estado reconoce 250 SMMLV por concepto de perjuicios morales dada la gravedad y magnitud de la lesión. Tiempo de privación: Más de 11 años.
- Sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de septiembre de 2013⁶⁰²: En un evidente caso de grave violación a derechos humanos (masacre – “*ejecución extrajudicial y sumaria de varios ciudadanos indefensos en un hecho en el que participó la fuerza pública*”), se reconoce una indemnización por perjuicios morales igual a 200 SMMLV a cada uno de los 2 hijos de la víctima.
- Sentencia del 12 de febrero de 2014⁶⁰³: En un caso de falla médica donde muere la madre y luego la hija recién nacida a los pocos días, se reconocieron 200 SMMLV por separado al padre de la niña, a cada uno de los dos hermanos de la niña, y al abuelo de la niña fallecida. Aunque no se dice expresamente, tal vez se trate de una acumulación de perjuicios morales⁶⁰⁴ por ostentar doble calidad frente a las víctimas directas (cónyuge-padre, hijos-hermanos, padre-abuelo).
- Sentencia del 12 de marzo de 2014⁶⁰⁵: En un caso de desaparición forzada, tortura, homicidio e incineración del cuerpo de la víctima directa, el Consejo de Estado reconoce 150 SMMLV a la hermana y la madre del fallecido.

Como puede verse, hay un caso de masacre en el 2013 donde se reconocen 200 SMMLV (a los hijos) frente a uno de tortura e incineración donde se reconocen 150 SMMLV (a la hermana y madre, por separado); e igualmente uno de 150 SMMLV por muerte de la esposa y privación injusta de la libertad por 12 meses, frente a otro de 200 SMMLV por muerte de la esposa y la recién nacida (quien muere a los 7 días de nacida); este último casi

⁶⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de septiembre de 2013, Exp.: 33.566, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁶⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación del 25 de septiembre de 2013, Exp.: 36.460, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁶⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de febrero de 2014, Exp.: 40.802, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

⁶⁰⁴ Sobre la acumulación homogénea de perjuicios extrapatrimoniales, ver GIL BOTERO, Enrique, “*Responsabilidad Extracontractual del Estado*”, p. 221-235.

⁶⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de marzo de 2014, Exp.: 28.224, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

igual de equiparable en cuantía a los 250 SMMLV fijados en el caso de privación injusta de la libertad por más de 11 años. Todo lo anterior permitiría concluir que no hay un rasero con el que se ordenen indemnizaciones consistentes con la gravedad del daño.

Igualmente, hay que mirar con detalle el caso del 2010 antes citado (Privación injusta de 12 meses), frente al del 2013 (Privación injusta por más de 11 años); la primera con indemnización de 150 salarios; y la segunda, con 200 salarios. En ambos la razón para superar el tope fue la grave violación a derechos humanos por una conducta punible; y en el primero, la víctima no pudo asistir al entierro de sus hijos; y en el segundo, la víctima no pudo asistir al entierro de su padre, un hermano y un hijo, entonces ¿por qué los montos son desproporcionados en razón del tiempo y de las circunstancias? Todo parecería apuntar a que los topes deberían ser obligatorios y deberían ser fijados por vía legal. La seguridad jurídica, la igualdad material y la confianza legítima en las decisiones judiciales parecieran sobreponerse por encima de la autonomía judicial, lo cual debería ser analizado por el Congreso, en vista que la jurisdicción no ha podido erradicar la arbitrariedad.

Para darle fuerza a la lamentable conclusión anterior, piénsese en el caso de la Masacre de los Uvos (asesinato de 17 campesinos y 2 personas que pasaban por el lugar de los hechos en bicicleta), en el cual se reconocieron 100 SMMLV a los padres e hijos de los fallecidos violentamente, aun cuando este caso se trató de una conducta punible y violación a derechos humanos. Inclusive, la CIDH había emitido recomendaciones⁶⁰⁶ sobre el caso, pero el Consejo de Estado no superó el límite de los perjuicios morales. Aunque es cierto que en dicho momento no se había proferido la sentencia de unificación del 2013, el Consejo de Estado ya había señalado que no eran obligatorios los topes, y ello unido al control de convencionalidad y la obligación de asegurar la igualdad material, habrían permitido sobrepasar el límite⁶⁰⁷.

Sin embargo, este estudio no pretende casarse con la postura de sobrepasar los límites según la sensibilidad que el caso origine en el juez, ni con aquella sobre el respeto reverencial e insensible por los topes. Lo que sí pretende es llamar la atención sobre la necesidad de unificar criterios y desarrollar los mismos respetando los precedentes, de manera que las indemnizaciones sean similares en casos donde la magnitud del daño es

⁶⁰⁶ “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...) del asunto bajo la radicación No. 11.020, Colombia-masacre “Los Uvos”-emitiendo en su 106º período ordinario de sesiones el informe No. 1/00 de 23 de febrero de 2000 sesión 1458, en el cual se consignan las siguientes conclusiones y recomendaciones:...” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de mayo de 2009, Exp.: 15.186, C.P.: Myriam Guerrero Escobar.

⁶⁰⁷ En igual sentido sucedió en un caso de secuestro, tortura y homicidio por personas del DAS en donde, en todo caso, la indemnización para los padres, cónyuge y compañera permanente fue de 100 SMMLV: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp.: 20.046, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

también similar; y que, si hay un caso que amerite sobrepasar el tope establecido, se haga con las debidas cargas de argumentación y transparencia⁶⁰⁸.

2.3. Test de proporcionalidad – Criterio difícil de calificar:

2.3. a) Argumentos a favor y en contra del Test, dentro del Consejo de Estado:

Consciente de la problemática y la importancia en la determinación de criterios encaminados a limitar el arbitrio judicial en la definición de la indemnización por concepto de perjuicios extrapatrimoniales, el Consejo de Estado ha señalado que el test de proporcionalidad resulta procedente para tal fin. Esta tesis no ha sido acogida unánimemente al interior de dicha Corporación; de ahí que, si bien la misma empezó a ser introducida a inicios del 2011⁶⁰⁹, con posterioridad fue objeto de controversia al interior de la misma Corporación, según puede apreciarse en diversas aclaraciones de voto⁶¹⁰.

La discusión –constructiva y valiosa desde luego⁶¹¹- continuó durante los años 2011 y 2012 con las aclaraciones de voto que a su vez se hacían en contra de quienes no adoptaban dicha tesis⁶¹². Resumiendo la tesis del test de proporcionalidad en el Consejo de Estado como método para la liquidación de perjuicios morales, se tiene que: **(i)** Según la doctrina constitucional⁶¹³, el mismo encuentra fundamento en el principio de proporcionalidad, y comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto, los cuales deben entenderse así para el presente tema:

⁶⁰⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Ob. Cit.*, p. 85.

⁶⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 9 de mayo de 2011, Exp.: 19.976; del 2 de julio de 2011, Exp.: 20.132; del 7 de julio de 2011, Exp.: 19.953; del 25 de julio de 2011, Exps.: 19.990 y 20.545; del 19 de agosto de 2011, Exps.: 20.227, 19.992, 19.952, 19.237, 19.901, 20.655, 20.193; del 31 de agosto de 2011, Exp.: 19.758; del 19 de octubre de 2011, Exps.: 20.241 y 20.861. Todas con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Aclaraciones de voto de Enrique Gil Botero en las sentencias con ponencia de Jaime Santofimio Gamboa de las siguientes fechas: del 14 de septiembre de 2011, Exps.: 20.144, 20.028 y 20.227; del 18 de enero de 2012, Exps.: 19.959 y 21.196; del 9 de mayo de 2012, Exp.: 22.366; del 23 de mayo de 2012, Exp.: 41.142. Aclaraciones de Olga Mérida Valle de de la Hoz en las sentencias con ponencia de Jaime Santofimio Gamboa de las siguientes fechas: del 1 de febrero de 2012, Exp.: 21.274; del 9 de mayo de 2012, Exp.: 22.366; del 23 de mayo de 2012, Exp.: 41.142.

⁶¹¹ Tal como lo afirma Enrique Gil Botero en GIL BOTERO, Enrique, *“La constitucionalización del Derecho de daños”*, p. 88.

⁶¹² Aclaraciones de Jaime Santofimio Gamboa en las sentencias con ponencia de Enrique Gil Botero de las siguientes fechas: 22 de junio de 2011, Exp.: 20.713; del 1 de febrero de 2012, Exp.: 20.106; del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163; del 5 de julio de 2012, Exp.: 21.928; del 19 de noviembre de 2012, Exp.: 21.285.

⁶¹³ Se citan las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-916 de 2002, C-872 de 2003, C-125 de 2003 y C-858 de 2008.

*“En cuanto al primero, esto es, **la idoneidad**, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.*

*“En cuanto al segundo, esto es **la necesidad**, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.*

*“Finalmente, en cuanto al tercero, esto es **la proporcionalidad en estricto sentido**, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento”⁶¹⁴ (Subrayado y negrita ajenos al original).*

Posteriormente, la explicación de estos tres subprincipios fue modificada en los siguientes términos (Se subrayan las partes que han sido adicionadas):

*“En cuanto al primero, esto es, **la idoneidad**, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego.*

*“En cuanto al segundo, esto es **la necesidad**, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad.*

⁶¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 9 de mayo de 2011, Exp.: 19.976 (Caso de lesiones), C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Citada posteriormente en: Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 20.144 (Caso de lesiones), C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, aun cuando la explicación de estos subprincipios fue modificada en julio de 2011.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

*“Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la **proporcionalidad en estricto sentido**, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.”⁶¹⁵ (Subrayado ajeno al original).*

Dicho test es calificado como un criterio “objetivo”⁶¹⁶ y su aplicación fue traducida en una tabla de punto de la siguiente manera⁶¹⁷:

*“Si solamente se encuentra satisfecho el requisito de **idoneidad** se concederá de la siguiente forma:*

	<i>Con convivencia</i>	<i>Sin convivencia pero con relación de cercanía</i>	<i>Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)</i>
<i>Familiares inmediatos y cónyuge</i>	50 SMMLV	10 SMMLV	5 SMMLV
<i>Familiares derivados</i>	20 SMMLV	5 SMMLV	2 SMMLV

*Si se encuentran conjugados los principios de **idoneidad** y **necesidad** la liquidación se efectuará en los siguientes términos:*

⁶¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de julio de 2011, Exp.: 20.132 (Caso de lesiones). Citada en Sentencia del 19 de agosto de 2011, Exps.: 20.227 (Lesiones), 19.992 (Lesiones), 19.952 (Caso de muerte), 19.237 (Caso de muerte), 19.901 (Caso de lesiones), 20.655 (Caso de muerte), 20.193 (Caso de muerte). Todas con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶¹⁶ *“para cuyo efecto se realiza el test de proporcionalidad que permita tasar con criterios objetivos la cuantía de dichos perjuicios.”* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2011, Exp.: 20.193, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa. En sentencia posterior: *“de permitirse al juez contencioso administrativo dicha modulación, que debería estar prevista en la legislación colombiana, estaría sometida a la aplicación de un test de proporcionalidad, ya que debe delimitarse el arbitrio judicial que tendría el juez contencioso”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Exp.: 28.741, C.P.: Enrique Gil Botero, Aclaración de voto de Jaime Santofimio Gamboa. Igualmente, MARTÍNEZ BERMEJO, Martha Juliana, *“La tipología de los perjuicios en materia de responsabilidad extracontractual del estado en Colombia”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 73.

⁶¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de julio de 2011, Exp.: 20.132. Citada en Sentencia del 19 de octubre de 2011, Exp.: 20.241 (Caso de muerte) y 20.861 (Caso de muerte), C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

	<i>Con convivencia</i>	<i>Sin convivencia pero con relación de cercanía</i>	<i>Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)</i>
<i>Familiares inmediatos y cónyuge</i>	60 SMMLV	20 SMMLV	10 SMMLV
<i>Familiares derivados</i>	35 SMMLV	5 SMMLV	2 SMMLV

En el caso en que se encuentren reunidos los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, se trata así:

	<i>Con convivencia</i>	<i>Sin convivencia pero con relación de cercanía</i>	<i>Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)</i>
<i>Familiares inmediatos y cónyuge</i>	100 SMMLV	50 SMMLV	25 SMMLV
<i>Familiares derivados</i>	50 SMMLV	25 SMMLV	10 SMMLV"

Como puede verse, el anterior test y su tabla derivada, han sido usados en casos de muerte y lesiones como criterio para determinar el monto de los perjuicios morales en función de (i) la calidad de víctima indirecta y (ii) la cercanía con la víctima directa (sea porque se prueba como tal, o porque se pruebe la convivencia, o porque se presume a partir del registro civil). Respecto a las tablas anteriores relacionadas con la aplicación del test de proporcionalidad, se ha objetado lo siguiente dentro del Consejo de Estado:

- *"... el sistema o la metodología empleada en la sentencia no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un obiter dictum que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia."*⁶¹⁸ (Subrayado ajeno al original). En esa medida, el criterio para determinar la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales sigue siendo el arbitrio iuris.
- *"el perjuicio o daño moral a diferencia de lo sostenido en la sentencia no puede ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende*

⁶¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Aclaraciones de voto de Enrique Gil Botero a las sentencias de las siguientes fechas: del 14 de septiembre de 2011, Exps.: 20.144, 20.028 y 20.227; del 18 de enero de 2012, Exps.: 19.959 y 21.196; del 1 de febrero de 2012, Exp.: 21.274; del 9 de mayo de 2012, Exp.: 22.366; del 23 de mayo de 2012, Exp.: 41.142. Todas con ponencia de Jaime Orlando Santofimio.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son commensurables.”⁶¹⁹ (Subrayado ajeno al original).

- El principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones de principios o derechos fundamentales; o para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales; o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad; lo cual no sucede en este caso⁶²⁰.
- *“De allí que resulte oportuno formularse los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación aplicado en la sentencia, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación? Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad”⁶²¹.*
- El test de proporcionalidad es una herramienta creada por y para la jurisdicción constitucional. Su aplicación directa en la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es dable sin un estudio previo. Además, los tres subprincipios del test son “inconvenientes” para establecer el valor al que ascendería el perjuicio moral⁶²².
- *“... a propósito del test utilizado para tasar los perjuicios morales por medio de la utilización de una tabla con valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación.”⁶²³*

⁶¹⁹ Ibídem. Igualmente, GIL BOTERO, Enrique, “La constitucionalización del Derecho de daños”, p. 90-91.

⁶²⁰ Ibídem.

⁶²¹ Ibídem. Igualmente: “...considero inconveniente, a manera de ejemplo, que la convivencia se constituya en factor determinante para la tasación de perjuicios. (...) bien sabido que existen lazos cuya fortaleza se intensifica cuando, precisamente, no se vive bajo el mismo techo (padres separados, padres que por cuestiones laborales deben trasladar su residencia a otra ciudad o país, hijos que por razones académicas se trasladan a otra ciudad o país, etc.).” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de febrero de 2012, Exp.: 21.274, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz, Aclaración de voto de Olga Melida Valle de de la Hoz.

⁶²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Aclaraciones de voto de Olga Melida Valle de de la Hoz a las sentencias de las siguientes fechas: del 18 de enero de 2012, Exp.: 21.196; del 1 de febrero de 2012, Exp.: 21.274; del 23 de mayo de 2012, Exp.: 41.142; del 30 de enero de 2013, Exp.: 25.573. Todas con ponencia de Jaime Orlando Santofimio.

⁶²³ Ibídem.

Toda la discusión anterior fue zanjada, al menos de manera aparente, mediante la sentencia de Sala Plena de Sección con fecha del 23 de agosto de 2012 (Exp.: 24.392 y no 23.492 como se repite erróneamente en muchas sentencias⁶²⁴), en la que se decidió que cada juez era libre, dentro de su *arbitrium iudicis*, para determinar el *quantum* indemnizatorio, siempre que el método para arribar a la decisión, fuese razonado. Señaló esta sentencia lo siguiente:

*“... de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al **arbitrium iudicis**, ha utilizado como **criterios o referentes objetivos para su cuantificación**[:] la[s] características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir, el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez, y bajo esa concepción han de entenderse los lineamientos que la jurisprudencia ha llegado a decantar que en ese punto –el del quantum- obra como referente”⁶²⁵ (Subrayado y negrita ajenos al original).*

A raíz de esta sentencia, y si bien la misma no menciona por ninguna parte el “test”, se ha concluido que cada juez puede aplicar o no el test de proporcionalidad para tasar los perjuicios morales, ya que dicho test es manifestación de lo que el juez puede hacer dentro de los límites del arbitrio judicial. Entonces cabe preguntarse de nuevo: ¿No se había dicho desde un inicio que el test era un criterio de objetividad y no de subjetividad?, ¿Por qué afirma esta sentencia entonces que el arbitrio judicial utiliza criterios objetivos cuando en realidad es todo lo contrario⁶²⁶ (sin que ello le reste razonabilidad, que es diferente)?, ¿Qué

⁶²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp.: 25.573, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz; del 24 de abril de 2013, Exp.: 26.923, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa; del 24 de julio de 2013, C.P.: Enrique Gil Botero; entre otras.

⁶²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp.: 24.392, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Citada en Sentencia del 22 de octubre de 2012, Exp.: 24.070, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 23 de abril de 2013, Exp.: 26.621, C.P.: Enrique Gil Botero. En sentido similar, ha dicho el Consejo de Estado que “la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones”. Sección Tercera, Sentencia del 19 de abril de 2012, Exp.: 21.515, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁶²⁶ “motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el arbitrio iuris, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2011, Exp.: 19.195, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero. Igualmente: “no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin

podría ser más objetivo que una tabla de puntos escondida bajo el velo de un test de proporcionalidad?

A raíz de la tensión entre estos criterios, ha primado la disparidad de posiciones al interior de una Corporación tan importante como lo es el Consejo de Estado; y en un tema socialmente tan trascendental como lo es el monto de perjuicios morales que se reconocen a las víctimas de daños antijurídicos. El Consejo de Estado, con el fin de evitar esta disputa, y ante la imposibilidad de adoptar un criterio definitivo y vinculante, decidió modificar incluso la concepción del *arbitrio iuris* de manera que en el mismo se pudiera incluir todo, es decir, ya no es subjetivo sino que ahora es igualmente objetivo.

Precisamente, es esta misma sentencia la que pone en evidencia lo inadecuado de que coexistan ambas tesis: En la misma, el *a-quo* negó los perjuicios morales a los abuelos con fundamento en que no *convivieron* con su nieto fallecido⁶²⁷. No obstante, el Consejo de Estado hace uso del precedente judicial en estos casos de muerte, y de la presunción de aflicción para los abuelos, reconociendo así un monto de 50 SMMLV. De esta manera, queda demostrada la inconveniencia y la injusticia de usar la “convivencia” como un criterio tan determinante (aunque no único) en este tipo de casos, tal como lo exige el test de proporcionalidad. En otras palabras, si este caso hubiese sido resuelto a la luz de la tesis del test, no se les habría reconocido perjuicios morales a los abuelos.

Por último, valga aclarar que esta sentencia no ha suprimido la discusión, pues aún después de ella, se siguen introduciendo aclaraciones de voto defendiendo o bien el test, por una parte, o el arbitrio judicial, por la otra⁶²⁸.

2.3. b) Improcedencia del test de proporcionalidad según el desarrollo dado por el Consejo de Estado:

Con posterioridad a las fuertes y acertadas críticas que se hicieron a dicha postura, se afirmó que la colisión de principios en estos casos, se daba “entre el ejercicio del derecho a la reparación integral y los intereses generales representados en el patrimonio público del cual debe

lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos...”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 2011, Exp.: 20. 132, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

⁶²⁷ “por cuanto no son parientes de grado próximo y tampoco se acreditó que convivieran bajo el mismo techo con el finado, ni que tuvieran un trato y relación permanente o periódico (sic) que permitiera determinar la existencia de dicho daño”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp.: 24.392, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁶²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Aclaraciones de voto de Jaime Orlando Santofimio Gamboa a las siguientes sentencias: del 30 de enero de 2013, Exp.: 25.573, C.P.: Olga Mélida Valle de de la Hoz; del 24 de julio de 2013, Exp.: 26.250, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente: Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp.: 24.260; Sentencia del 24 de abril de 2013, Exps.: 26.621 y 26.195; Sentencia del 8 de mayo de 2013, Exp.: 26.754. Todas estas últimas con ponencia de Enrique Gil Botero.

*sufragarse las indemnizaciones*⁶²⁹. Sin embargo, ya se verá por qué ni siquiera con esta argumentación resulta rescatable esta teoría, la cual ha resultado desacertada y perjudicial, sobre todo, para la coherencia del sistema⁶³⁰.

La primera crítica es que resulta muy cuestionable que el test *per se* (haciendo caso omiso a las tablas derivadas), sea un criterio “objetivo”, pues el mismo está compuesto de conceptos jurídicos indeterminados⁶³¹ a los cuales bien puede apelar el juez para soportar cualquier decisión⁶³². En realidad, el test por sí solo (sin las tablas) no es otra cosa que el uso de la razonabilidad en la aplicación del arbitrio judicial. En palabras del Consejero ENRIQUE GIL BOTERO, “*el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es a cubrir con un velo de “aparente” o “presunta” objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del arbitrio juris.*”⁶³³. En otras palabras, el test de proporcionalidad no es ningún criterio objetivo; es tan subjetivo como los criterios que se usan en el *arbitrio iuris*. Mientras en el primero se habla de idoneidad, necesidad y ponderación; en el segundo se habla de equidad, sana crítica, lógica, sentido común, etc.

⁶²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de mayo de 2012, Exp.: 41.142, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa. Igualmente, aclaraciones de voto de Jaime Santofimio a las Sentencias del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163; del 5 de julio de 2012, Exp.: 21.928; del 19 de noviembre de 2012, Exp.: 21.285. Todas estas últimas con ponencia de Enrique Gil Botero. En otras sentencias se afirma que la tensión está entre “*derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp.: 22.366, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

⁶³⁰ A favor de esta posición: GIL BOTERO, Enrique, “*El daño a la salud en Colombia – retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento*”, Revista digital de Derecho Administrativo, No. 8, Segundo semestre/2012, p. 89-145. Disponible en [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=3385>]. En contra: MARTÍNEZ BERMEJO, Martha Juliana, *Ob. Cit.*, p. 76.

⁶³¹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 63-72.

⁶³² De hecho, esta es una de las críticas más fuertes hechas por Habermas, Bernal Pulido y Duncan Kennedy; y es que el ejercicio de la ponderación no puede ser controlado racionalmente. LÓPEZ S. Henrik, “*Ponderación y sus límites. Algunas consideraciones sistémicas*” en: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), “*La ponderación en el derecho*”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 209-212. Igualmente BERNAL PULIDO, Carlos, “*Estructura y límites de la ponderación*”, en: Revista Doxa, No. 26, ISSN 0214-8876, 2003, p. 232-238. Disponible en [<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>]

JESTAEDT, Matthias, “*La teoría de la ponderación. Sus fortalezas y debilidades*” en: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), *Ob. Cit.*, p. 87-112.

⁶³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 20.144, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

La segunda crítica está en que las tablas de punto no guardan conexidad alguna con el test de proporcionalidad. No se entiende por qué razón, según los subprincipios del test, los criterios determinantes para indemnizar el daño moral son la “convivencia” o la “cercanía”, y no otros (gravedad de la lesión, circunstancias de la muerte, etc.). La posición que defiende la aplicación del test, suele argumentar en abstracto sobre lo que implica el test de proporcionalidad y su desarrollo jurisprudencial y doctrinario. Sin embargo, paso seguido, da aplicación automática a una tabla de puntos que en nada se relaciona con los subprincipios del test de proporcionalidad. En palabras nuevamente del consejero ENRIQUE GIL BOTERO:

“... al margen de la carga argumentativa que defiende la pertinencia del principio de proporcionalidad, lo cierto es que cuando se liquida para el caso concreto el daño moral no se tienen en cuenta ni la idoneidad, ni la necesidad, así como tampoco el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto, se itera, no existen dos o más elementos que ponderar. De ese modo, se retorna al arbitrio judicial de manera inexorable, al margen de que se defienda la relevancia del principio de proporcionalidad.”⁶³⁴ (Subrayado ajeno al original).

Ya se volverá sobre las críticas a la tabla de puntos. Por ahora, procede hacer la tercera crítica, para lo cual se cuestiona si, al margen de la tabla propuesta y la tesis pregonada por ese sector minoritario del Consejo de Estado, resulta procedente o no aplicar el test de proporcionalidad para tasar los perjuicios morales. Para ello hay que diferenciar: Una cosa es la proporcionalidad en sentido general y otra la proporcionalidad en sentido específico⁶³⁵, siendo la primera “*La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc. (...) Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad*”⁶³⁶. Por su parte, la proporcionalidad en sentido específico en cambio, “*también denominado mandato de ponderación, consiste en someter a juicio la pluralidad de intereses contrapuestos y en el cual se trata de hacer prevalecer a aquel al cual se le atribuya un mayor valor. De este modo, una vez que el medio ha sido afirmado como idóneo y necesario para alcanzar el fin pretendido se examina si su aplicación no resulta excesiva para el individuo.*”⁶³⁷ (Subrayado ajeno al original).

En consecuencia, la crítica está en que la proporcionalidad a la cual se refiere dicho sector del Consejo de Estado es aquella en “sentido general”, pues aquella “en sentido

⁶³⁴ *Ibídem.*

⁶³⁵ Sobre las ventajas y desventajas de la una y de la otra, ver ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, “*La ponderación en el derecho*”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

⁶³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Igualmente, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “*La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*”, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 9.

⁶³⁷ FUENTES CUBILLOS, Hernán, “*El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*”. En: Revista Ius et Praxis, ISSN 0718-0012, año 14, No. 2, p. 1-21, 2008.

específico” no procede (i) por la finalidad de la misma y (ii) por imposibilidad de darle aplicación a los pasos del test en estos casos. En relación con lo primero, hay que tener en cuenta que el principio de proporcionalidad busca finalmente ponderar los intereses que están enfrentados (en este caso: Reparación integral vs. Patrimonio público⁶³⁸). Sobre este punto, volveremos. En relación con los pasos del test, hay que tener en cuenta que, como dichos principios en colisión se concretan en “medidas y fines”, el primer paso del test va dirigido a analizar la idoneidad del fin; el segundo, la necesidad de la medida; y el tercero, la ponderación entre los principios que respaldan el fin, por una parte, y los que pueden verse vulnerados con la aplicación de la medida, por otra.

A continuación, se hace un cuadro resumen sobre los pasos del test según la doctrina, la posición minoritaria del Consejo de Estado, y los posibles yerros que podría haber en esta última postura:

Test de proporcionalidad según la doctrina ⁶³⁹	Test de proporcionalidad según un sector minoritario del Consejo de Estado	Inconsistencias encontradas en la tesis del Consejo de Estado
<p>“Subprincipio de idoneidad:</p> <p>Una medida estatal es idónea si su adopción conduce a que se alcance o se favorezca a la obtención del fin legítimo (...) Los fines ilegítimos son sólo aquellos cuya obtención está prohibida por la Constitución”</p>	<p>“la idoneidad, (...) la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, (...) y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego.”</p>	<p>Acá se analiza el fin de una medida estatal que podría, eventualmente, vulnerar derechos individuales⁶⁴⁰. Parecería ser que la medida estatal es la “indemnización”⁶⁴¹, cuyo fin legítimo es resarcir a la víctima según criterios de convivencia, apego, dolor, etc.</p>
<p>“Subprincipio de necesidad:</p>	<p>“la necesidad, (...) la indemnización del perjuicio</p>	<p>Acá se analiza la medida para cumplir el fin anteriormente calificado como idóneo.</p>

⁶³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de mayo de 2012, Exp.: 41.142, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa. Igualmente, aclaraciones de voto de Jaime Santofimio a las Sentencias del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163; del 5 de julio de 2012, Exp.: 21.928; del 29 de agosto de 2012, Exp.: 24.779; del 19 de noviembre de 2012, Exp.: 21.285. Todas estas últimas con ponencia de Enrique Gil Botero.

⁶³⁹ BOROWSKI, Martín, “La estructura de los derechos fundamentales” (Trad.: Carlos Bernal Pulido), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 130-131.

⁶⁴⁰ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, p. 37-39, 77.

⁶⁴¹ Sugiriendo igualmente esta interpretación: MARTÍNEZ BERMEJO, Martha Juliana, *Ob. Cit.*, p. 74-75.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

<p>Una medida no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz...”</p>	<p>debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. <u>Sin duda, este subprincipio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones...”</u></p>	<p>Asumiendo que la medida es la indemnización, y que el fin de la misma no puede ser alcanzado con otra medida (puesto que no hay otra forma de resarcir en términos económicos que no sea mediante la indemnización), entonces la misma debe ser benigna y atender a la idoneidad.</p> <p>¿Cuál sería entonces la diferencia entre idoneidad y necesidad si en ambas se deben analizar los mismos criterios? Además ¿Cuál es el bien o derecho que resulta afectado como consecuencia de la medida estatal (indemnización)? Esta es la pregunta que realmente debe formularse en este punto.</p>
<p>“Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: (...) exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican”</p>	<p>“la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se <u>compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego...”</u>⁶⁴²</p>	<p>Como se dijo, el test es inaplicable porque no hay ninguna medida estatal que pongan en tensión (i) los bienes que orientan la medida estatal contra (ii) los bienes que pueden resultar afectados con dicha medida.</p> <p>Acá se habla de “compensar” los sacrificios de un daño antijurídico mediante una suma de dinero; y ciertamente, la ponderación se hace entre principios o bienes; no entre</p>

⁶⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de julio de 2011, Exp.: 20.132 (Caso de lesiones). Citada en Sentencia del 19 de agosto de 2011, Exps.: 20.227 (Lesiones), 19.992 (Lesiones), 19.952 (Caso de muerte), 19.237 (Caso de muerte), 19.901 (Caso de lesiones), 20.655 (Caso de

		daños y dinero ⁶⁴³ .
--	--	---------------------------------

Reforzando la tercera crítica, hay que añadir que no es válido citar la sentencia C-916 de 2002 para soportar la tesis del test al momento de determinar el *quantum* de los perjuicios morales por cuanto en dicha sentencia, la Corte Constitucional sí estaba analizando **(i)** la *idoneidad* de los fines de la norma mediante la cual se imponían topes a la tasación de perjuicios morales, cuales eran limitar la discrecionalidad judicial, por una parte, y asegurar la reparación integral de las víctimas, por otra; **(ii)** la *necesidad* del tope frente a la inexistencia de otras medidas que aseguraran los fines de la norma; y **(iii)** la *ponderación* entre dichos bienes para justificar o no la imposición de dicho tope⁶⁴⁴.

En cambio, no sucede lo mismo cuando se van a tasar perjuicios morales en un caso concreto. Si bien en esta última hipótesis puede hacerse uso de la proporcionalidad en sentido general, el test de proporcionalidad resulta improcedente como quiera que lo que se busca en estos casos es reparar el daño mediante un reconocimiento económico por los daños ocasionados, sin que para tal efecto se sobrepongan consideraciones de impacto fiscal o de patrimonio público que pudieran entrar en colisión con el derecho de las víctimas a la reparación integral.

Cerrando el tema que quedó pendiente (“Finalidad de la proporcionalidad en sentido específico”), es claro que al momento en que un juez debe determinar el monto por perjuicios morales, *no* entra a analizar si la indemnización (“medida”) debe ceder en dicho caso por vulnerar otro principio de mayor relevancia que aquél que se persigue con la medida. Por el contrario, lo que hace es analizar todos los factores del caso de manera que la indemnización que ordene sea “proporcional” al daño. Es decir, la proporcionalidad que se busca es aquella general; no la específica.

muerte), 20.193 (Caso de muerte). Todas con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa. (Subrayado ajeno al original).

⁶⁴³ En este sentido, cobra fuerza la distinción semántica hecha al principio, pues con este test de proporcionalidad se quiere transmitir la idea de un equilibrio o compensación entre dolor y dinero, cuando la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales tiene una finalidad estrictamente satisfactoria.

⁶⁴⁴ Dijo la Corte en esa oportunidad: “Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada] uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución.” Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Un análisis sobre este tema de la sentencia en: ISAZA POSSE, María Cristina, “Los perjuicios morales en el proceso penal: interpretación del artículo 97 de ley 599 de 2000”, En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, No. 20, Bogotá, Septiembre, 2003, p. 201-205.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

Por último, valga resaltar la importancia que cobra en este punto la distinción semántica hecha al principio entre “compensación” y “satisfacción”, pues a partir de una concepción desafortunada sobre la finalidad de la indemnización de los perjuicios morales, se quiere transmitir la idea, mediante este test, de que es posible “*compensar ponderadamente*” los sacrificios y sufrimientos mediante una suma de dinero (como si se tratara de un equilibrio entre el dinero y el dolor), cuando la ponderación concluye finalmente en atribuirle mayor satisfacción o peso a los intereses en pugna (dinero y dolor según esta tesis), bien sea que se aplique la ley de la ponderación, la fórmula del peso o las cargas argumentativas⁶⁴⁵. En palabras de CARLOS BERNAL PULIDO:

*“[La ponderación] es el procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto”*⁶⁴⁶ (Subrayado ajeno al original)

Durante los años 2012 y 2013, se ha modificado nuevamente el Test en el sentido de afirmar que **(i)** la idoneidad se refiere a que “*el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio*”. **(ii)** La necesidad se refiere a que “*la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida*”. Por último, **(iii)** “*la proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor*”⁶⁴⁷.

Al respecto, hay que enfatizar en que una cosa es que el “monto a cuantificar” deba ser proporcional al daño; y otra muy distinta es que, a partir de dicha afirmación, se pretenda implantar la metodología aplicada en el test de proporcionalidad. Aún con esta modificación, y siguiendo el análisis del cuadro-resumen anteriormente expuesto, la tesis

⁶⁴⁵ BERNAL PULIDO, “Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy” en: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *Ob. Cit.*, p. 117-132. BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, p. 227-232. QUIROGA NATALE, Edgar Andrés, “Ponderación y proporcionalidad como técnica de aplicación jurídico-económica en el escenario del control constitucional colombiano a partir de 1991”, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 80-88.

⁶⁴⁶ BERNAL PULIDO, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, p. 575. Igualmente, ARROYO JIMÉNEZ, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”. En: InDret. Revista para el análisis del Derecho, Madrid, 2009, p. 8. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf]. Este último autor resalta que en la ponderación se busca determinar qué principio precede a otro en un caso determinado, y por qué razones. “Ponderar significa, por tanto, establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada”, p. 8.

⁶⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de octubre de 2012, Exp.: 24.070; del 13 de junio de 2013, Exp.: 26.800. Todas con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

no aplica. Seguir modificándola con cada aclaración de voto para hacerla subsistir como algo novedoso en la temática está perjudicando mucho el ordenamiento, y podría llevar a que muchos jueces de inferior jerarquía se confundan con tantas modificaciones seguidas a un test que ha sido explicado por la doctrina y la Corte Constitucional de otra forma totalmente diferente.

2.3. c) Crítica a las tablas de puntos “derivadas” del Test:

En relación con el cuadro (que no es en realidad aplicación del test de proporcionalidad sino meramente una tabla de puntos), puede refutarse que el mismo **(i)** es insuficiente en tanto que no tiene en cuenta otra variedad de criterios que se requieren en relación con los casos de muerte y lesiones corporales⁶⁴⁸. En esa medida, **(ii)** el mismo *no* debería ser aplicado a casos de muerte, lesiones, ni privación injusta de la libertad, en donde, como se verá en el acápite sobre las tablas de punto, deben tenerse en cuenta otra variedad de factores⁶⁴⁹. Por ejemplo, **(iii)** el mismo está en contradicción con la jurisprudencia decantada según la cual, en caso de lesiones, se atenderá a la gravedad de la misma para aumentar o disminuir el monto de los perjuicios morales. Según ese cuadro, este aspecto no se tiene en cuenta al momento de fijar los perjuicios de las víctimas indirectas en caso de lesiones corporales.

Ahora bien, **(iv)** ¿cómo saber cuál de los 3 cuadros debe aplicarse si ya se explicó que el test de proporcionalidad no resulta aplicable, así como ninguno de sus 3 sub-principios?, ¿Cómo saber cuándo se han satisfecho los principios de idoneidad y necesidad, o los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, si dicho análisis jurídicamente es imposible hacerlo? En otras palabras, la elección de cualquiera de dichos casos siempre será arbitraria, máxime cuando en el acápite de necesidad e idoneidad se analizan los mismos factores –como se expuso anteriormente–.

Por último, **(iv)** ¿a qué se refiere con “familiares inmediatos” y “familiares derivados”? Según dicha posición, en el sub-principio de necesidad debe diferenciarse entre el dolor *“que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos)”*⁶⁵⁰. Así, si bien ello no afecta la presunción de aflicción que va hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, lo cierto es que, por ejemplo, en el caso de los hermanos, la jurisprudencia suele reconocerles el 50% de los perjuicios morales reconocidos a la víctima directa, en caso de

⁶⁴⁸ Como se ha podido evidenciar de las citas hechas en este punto, el test sólo ha sido aplicado en casos de muerte y lesiones personales.

⁶⁴⁹ Al respecto ver en este Capítulo: para los casos de muerte, el acápite 2.4. a) sobre “Tabla de punto en caso de muerte”. Para los casos de lesiones, ver el acápite 2.4. b) “Tabla de punto en caso de lesiones personales”.

⁶⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2011, Exp.: 20.861, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

lesiones, y 50 SMMLV en casos de muerte. Sin embargo, con esta tabla, los hermanos pueden recibir entre 5-25 SMMLV cuando no acrediten convivencia, o entre 20-50 SMMLV cuando la acrediten, con lo cual podrían materializarse muchas injusticias en la práctica.

En conclusión, tablas como las anteriores son las que dan motivos para que la doctrina critique los intentos de limitar el arbitrio judicial con criterios objetivos como son las tablas de punto⁶⁵¹. Es evidente que una tabla de ésta podría terminar beneficiando a una víctima indirecta por el solo hecho de la convivencia frente a otra que, no obstante su mera relación de cercanía (sin convivencia), por ejemplo, hubiese visto morir a la víctima directa delante suyo; o hubiese hecho curaciones diarias a la persona lesionada dado que la pareja de esta persona se encontraba muy enferma; situaciones éstas que ponen a la persona “cercana sin convivencia” en una situación de aflicción equiparable o mayor a la de aquellos que conviven con la víctima directa⁶⁵².

Por lo anterior, se podría afirmar que la tabla de punto es tan rígida que, en últimas, terminaría siendo aplicada por vía de excepción, como quiera que hay muchos componentes fácticos que no son tenidos en cuenta en la tabla. Por último, hay que señalar que durante el año 2013, se modificó la tabla de puntos como se mostrará en el siguiente capítulo.

2.4. Tablas de punto – Criterio “objetivo”:

A continuación se expondrán algunas tablas de punto que han sido diseñadas por el Consejo de Estado para fijar el *quantum* de la indemnización por perjuicios morales. A su vez, se proponen unos borradores de tablas de punto con componentes subjetivos; ~~e igualmente.~~ ~~s~~Ólo se hará mención a tres hipótesis de casos de los cuales pueden derivarse perjuicios morales (muerte, lesiones y privación injusta de la libertad)⁶⁵³ teniendo en cuenta el análisis jurisprudencial hecho hasta ahora:

2.4. a) En caso de muerte:

Como pudo verse, mediante la aplicación del arbitrio judicial, la fijación de perjuicios morales en estos casos puede resultar muy disímil, dado que depende de las circunstancias de cada caso y la forma como las mismas son apreciadas según cada juez. A fin de solucionar dichos inconvenientes, surgió el “test de proporcionalidad”, una teoría

⁶⁵¹ Un resumen de estas críticas en: GUIO FONSECA, Marcos Román, “La reparación del daño no patrimonial a la luz de los principios”, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 21-26.

⁶⁵² En igual sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 20.144, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero.

⁶⁵³ Esto se hace con el fin que las tablas que se proponen encuentren sustento en los análisis que anteriormente se hicieron para estas 3 hipótesis.

que, aplicada a este tema, ha resultado ser completamente confusa, caótica, polémica y refutada. Sin embargo, a partir de la misma, han surgido unas tablas de punto al interior del Consejo de Estado que buscan definir ciertos criterios para tasar los perjuicios morales de las víctimas indirectas (como ya se vio). Las mismas han sido modificadas varias veces. Sin embargo, una de las últimas versiones de dicha tabla ha sido la siguiente⁶⁵⁴:

<i>Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar</i>	<i>Criterios y cuantificación</i>
[Acá normalmente se describe el caso brevemente: Lesiones, muerte violenta, etc.]	[Acá se describen “ <u>criterios</u> ” a tener en cuenta: prueba del dolor, presunciones, violación al sistema de DDHH o DIH, convivencia, apego, etc.]
<i>Núcleo familiar inmediato (esposo-a-, compañero-a-, hijos, padres)</i>	<u>50 a 100 smlmv</u> cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados más de dos criterios
<i>Núcleo familiar inmediato (esposo-a-, compañero-a-, hijos, padres)</i>	<u>20 a 60 smlmv</u> cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios (se trata de circunstancias de lesión leve o muy leve)
<i>Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos)</i>	<u>25 a 50 smlmv</u> cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados más de dos criterios
<i>Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos)</i>	<u>10 a 40 smlmv</u> cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos uno de los criterios (se trata de circunstancias de lesión leve o muy leve)
<i>Otros familiares colaterales (primos, sobrinos) y no familiares (cuñados, suegros)</i>	<u>5 a 10</u> cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados más de dos criterios
<i>Otros familiares colaterales (primos, sobrinos) y no familiares (cuñados, suegros)</i>	<u>1-5 smlmv</u> cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos uno de los criterios (se trata de circunstancias de lesión leve o muy leve)

Lo anterior, por supuesto, no ha sido aceptado unánimemente, y es así como actualmente se han elevado las aclaraciones de voto citadas. Sin embargo, la principal crítica que procede frente a dicha postura de las tablas de punto es que la misma se ha modificado varias veces incluso durante el 2013⁶⁵⁵, lo cual podría dar lugar a injusticias y

⁶⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de octubre de 2013, Exp.: 25.981, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de marzo de 2013, Exp.: 22.491; 23 de abril de 2013, Exp.: 26.621; del 13 de junio de 2013, Exp.: 20.771; del 20 de junio de 2013, Exp.: 23.603; del 24 de octubre de 2013, Exp.: 25.981. Todas con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

desigualdades. No obstante lo anterior, el sistema de las tablas de punto podría facilitar la tarea de la tasación de perjuicios morales siempre y cuando se haga de manera consensuada y luego de analizar toda la variedad de factores que podrían afectar este tipo de decisiones y, en todo caso, dejando un componente subjetivo en las mismas.

Por lo anterior, sería conveniente que dichas tablas de punto fueran revisadas y modificadas en lo que proceda para así adoptarlas de manera definitiva, según se trate de casos de muerte, lesiones, privación injusta de la libertad, etc. Por ejemplo, en esta última tabla se prevé un componente subjetivo de “criterios” que permitirían aumentar la cuantificación. Igualmente, deben analizarse: **(i)** las circunstancias de la muerte (masacre, tortura, accidente de tránsito, falla médica, omisión de socorro, etc.); **(ii)** las personas que presenciaron la muerte (no es lo mismo ver cómo alguien incinera a mi madre delante mío que recibir la noticia al día siguiente); **(iii)** el padecimiento de dolor previo a la muerte; **(iv)** la edad de la víctima.

En esa medida, si el Consejo de Estado decidiera adoptar una tabla de punto, ello no obstaría para que, en un caso concreto, los jueces de inferior jerarquía se apartasen de la misma con la argumentación suficiente. Ciertamente es preferible que existan estas excepciones a un criterio fijo, a que los jueces no cuenten con ningún faro al momento de fijar estos perjuicios y terminen cuantificándolos de manera irracional o sin motivación alguna. A continuación, se propone la siguiente tabla de punto según los montos que suele reconocer la jurisprudencia del Consejo de Estado en función de la calidad de la víctima indirecta:

Indemnización de perjuicios morales en caso de muerte	
Calidad de la víctima	Monto de la indemnización
Primer grado de consanguinidad y cónyuge o compañero permanente	100 SMMLV + <i>Se presume la aflicción</i>
Segundo grado de consanguinidad o primero civil	10 - 50 SMMLV + <i>Se presume la aflicción</i>
Otros familiares derivados	Hasta 35 SMMLV + <i>No se presume la aflicción</i>
Terceros damnificados	Hasta 25 SMMLV + <i>No se presume la aflicción</i>
Componente subjetivo: Las cuantías anteriores podrán ser ampliadas o reducidas según los factores amplificadores o reductores de la gravedad del daño.	

2.4. b) En caso de daño a la salud:

Tal como se vio, “para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar”⁶⁵⁶. En esa medida, sería conveniente que el Consejo de Estado o el Legislador procedieran a expedir una tabla de puntos en la que se señalen los rangos de los montos por concepto de indemnización de perjuicios morales en estos casos, en función del porcentaje de incapacidad del dictamen médico legal, otorgándose a la *víctima directa* un tope máximo de 100 SMMLV en aquellos casos de incapacidad del 50-100%⁶⁵⁷. Para las incapacidades menores al 50%, los montos se podrían fijar según los rangos que se establezcan en dicha tabla híbrida:

Indemnización de perjuicios morales para la víctima <i>directa</i> en caso de daño a la salud	
Porcentaje de incapacidad	Monto de la indemnización
[50 - 100%]	81 - 100 SMMLV
[40 - 50 %]	61 - 80 SMMLV
[30 - 40 %]	41 - 60 SMMLV
[20 - 30 %]	21 - 40 SMMLV
[10 - 20 %]	11 - 20 SMMLV
Inferior al 5% ⁶⁵⁸	Hasta 10 SMMLV
Componente subjetivo: Las cuantías anteriores podrán ser ampliadas o reducidas según los factores amplificadores o reductores de la gravedad del daño.	

Adicionalmente, podría diseñarse una tabla de puntos para las víctimas *indirectas* con fundamento en lo que se reconoce actualmente para estas víctimas en estos casos, cuyas proporciones –hay que recordarlo- son muy parecidas a las que se dan en casos de muerte (100 SMMLV – 100%, 50 SMMLV – 50%, etc.). Usando el cuadro propuesto por el Consejo de Estado en casos de muerte, sería:

⁶⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009, Exp.: 19.046, C.P.: Enrique Gil Botero. Igualmente, Sentencia del 15 de octubre de 2008, Exp.: 17.486, C.P.: Ruth Stella Correa. Sentencia del 29 de agosto de 2012, Exp.: 24.779, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶⁵⁷ “Artículo 38, Ley 100 de 1993: Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.” Igualmente, “Artículo 2, Decreto 917 de 1999 (Manual Único para la Calificación de la Invalidez), núm. a) Invalidez: Se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

⁶⁵⁸ Este porcentaje fue modificado al 5% para guardar coherencia con las normas de invalidez según las cuales hay incapacidad permanente parcial cuando la disminución definitiva es igual o superior al cinco por ciento (5%) e inferior al cincuenta por ciento (50%) de la capacidad laboral u ocupacional. Ver artículo 3° del Decreto 1507 de 2014. En igual sentido, se agregaron los corchetes y paréntesis para dejar claros los intervalos.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- a) Si al “núcleo familiar inmediato” se le reconocen entre 50-100 SMMLV en casos de muerte; entonces, en los casos de lesiones, tendría que reconocérsele entre el 50 y el 100% de los SMMLV que le sean reconocidos a la víctima directa.
- b) Si a “otros integrantes de la familia” se les reconocen entre 10-50 SMMLV en casos de muerte; entonces, en los casos de lesiones, tendría que reconocérsele entre el 10 y el 50% de los SMMLV que le sean reconocidos a la víctima directa.
- c) Por último, si a “otros familiares colaterales y no familiares” se les reconocen entre 1-5 SMMLV en casos de muerte; entonces, en los casos de lesiones, tendría que reconocérsele entre el 1 y el 5% de los SMMLV que le sean reconocidos a la víctima directa.

Para finalizar, hay que aclarar que (i) esta propuesta se hace a partir de la tabla inicialmente propuesta por el Consejo de Estado para el caso de muerte. (ii) Lo anterior no significa que la misma sea acogida en su integridad en este estudio. Por ejemplo, es evidente que el rango de SMMLV para “otros familiares colaterales y no familiares” es muy bajo, lo que puede traducirse en la práctica en una elevada aplicación de la tabla vía excepción, perdiendo así su razón de ser.

Por último, (iii) se insiste en que ninguna tabla de punto puede convertirse en camisa de fuerza para ordenar indemnizaciones por fuera de los lineamientos de la misma. Pero en todo caso (iv) la carga argumentativa y de transparencia⁶⁵⁹ debe ser mayor (no más extensas como ocurre en muchas sentencias sino con mayor fuerza argumentativa). Será necesario en esta última hipótesis que el juez especifique las razones que lo llevan a apartarse de la tabla, con fundamento en los hechos, las pruebas y las peculiaridades del caso, de cara a los principios de igualdad, equidad y reparación integral.

En consecuencia, teniendo en cuenta el desacuerdo con la tabla propuesta por un sector minoritario del Consejo de Estado, se propone la siguiente, por cuanto permite mayor margen de maniobrabilidad a los jueces⁶⁶⁰:

Indemnización de perjuicios morales para las víctimas <i>indirectas</i> en caso de daño a la salud	
Primer grado de consanguinidad y cónyuge o compañero permanente	50 - 100 % de lo reconocido a la víctima directa + <i>Se presume la aflicción</i>
Segundo grado de consanguinidad o primero civil	10 - 50 % + <i>Se presume la aflicción</i>
Otros familiares derivados	Hasta 35 % + <i>No se presume la aflicción</i>
Terceros damnificados	Hasta 25 % + <i>No se presume la aflicción</i>
Componente subjetivo:	

⁶⁵⁹ Al respecto, téngase en cuenta la diferencia entre carga argumentativa y carga de transparencia en: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Ob. Cit.*, p. 85.

⁶⁶⁰ La siguiente tabla se hace con fundamento en los precedentes judiciales citados anteriormente.

Las cuantías anteriores podrán ser ampliadas o reducidas según los factores amplificadores o reductores de la gravedad del daño.

2.4. c) En caso de privación injusta de la libertad:

Como ya se analizó anteriormente, el Consejo de Estado ha fijado unos criterios tan claros⁶⁶¹ que, en últimas se traducen en la tabla que sigue a continuación:

Indemnización de perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad		
Tiempo de la privación injusta de la libertad	Monto de los perjuicios morales para la víctima directa	Monto de los perjuicios morales para las víctimas indirecta
Superior <u>o igual</u> a 18 meses	100 SMMLV	<ul style="list-style-type: none"> Al igual que se mencionó para los casos de daño a la salud, es necesario que el Consejo de Estado o el Congreso definan el monto de SMMLV que reciben cada una las víctimas indirectas, en un <i>porcentaje</i> relacionado con lo que se reconoce a la víctima directa. Podrían usarse las proporciones de la tabla hecha por el Consejo de Estado para casos de muerte, o podrían fijarse otros rangos, como acá se ha propuesto para los casos de muerte y de lesiones.
[12 – 18 meses)	90 SMMLV	
[9 – 12 meses)	80 SMMLV	
[6 – 9 meses)	70 SMMLV	
[3 – 6 meses)	50 SMMLV	
[1 – 3 meses)	35 SMMLV	
Inferior a 1 mes	15 SMMLV	
Componente subjetivo:		
Las cuantías anteriores podrán ser ampliadas o reducidas según los factores amplificadores o reductores de la gravedad del daño.		

Por último, al igual que se mencionó para los casos de muerte, en estos casos también pueden tenerse en cuenta unos “factores que permitan aumentar o reducir la cuantificación” como lo son todas aquellas mencionadas en la sentencia de unificación del 2013⁶⁶²: **(i)** las condiciones de la privación (esto es, si la medida fue intramural o no); **(ii)** la gravedad del delito por el cual se fue investigado y/o acusado; **(iii)** la posición social de la víctima directa; y hay otros aparte, como **(iv)** la existencia o no de tratos inhumanos

⁶⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2013, Exp.: 25.022, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 17 de octubre de 2013, Exp.: 23.354, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁶² *Ibidem*.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

durante la privación de la libertad; (v) las condiciones familiares de la víctima directa (no sólo el prestigio social sino también si era cabeza de hogar, por ejemplo); (vi) la edad de la víctima; entre otros.

3. Criterios “objetivos” en la indemnización del daño a la salud

A continuación se expondrán algunos factores que actualmente se tienen en cuenta al momento de fijar el monto de los perjuicios por daño a la salud y la manera como los mismos podrían dar pistas para la fijación de otros criterios objetivos en la tasación de estos perjuicios, tales como: topes jurisprudenciales, tablas de punto o si, por el contrario, resulta conveniente seguir haciendo uso del *arbitrio iuris*:

3.1. Análisis estático y dinámico del daño – Criterio híbrido:

Desde las sentencias hito del 14 de septiembre de 2011⁶⁶³, ~~El~~ Consejo de Estado diferencia entre el análisis estático u objetivo y el análisis dinámico o subjetivo de los perjuicios derivados de dicho daño, siendo el primero aquel que tiene en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión; mientras que el segundo es aquél que tiene en cuenta las particularidades o especificidades que ese perjuicio implican para cada víctima en particular y que tiene como consecuencia la posibilidad de que el juez aumente la suma indemnizatoria por concepto del factor objetivo del daño a la salud.

En este sentido, el Consejo de Estado resaltó en el 2012⁶⁶⁴ que el daño a la salud “reviste una connotación bifronte”, como quiera que la parte estática u objetiva busca garantizar que “a igual afectación a la integridad psicofísica, debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, mientras que la parte dinámica o subjetiva busca garantizar la igualdad material mediante la posibilidad que se le da al juez de aumentar la reparación por cuenta de las condiciones particulares que hacen que para una víctima en concreto sea más grave sobrellevar el daño. Señaló adicionalmente:

“1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme”

⁶⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 14 de septiembre de 2011, Exps.: 38.222 y 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁶⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163, C.P.: Enrique Gil Botero. Sin embargo, en sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero, se había hecho referencia ya al concepto estático del daño a la salud.

*“2. **En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud**, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa[n] para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope-sumado el ámbito estático y dinámico-del daño a la salud”⁶⁶⁵ (Subrayado y negrita ajenos al original).*

Así, el Consejo de Estado ha tenido en cuenta que todos los casos de lesiones psicofísicas son diferentes, en cuanto a las alteraciones específicas en la vida de la víctima no sólo con su entorno propio sino con la sociedad, y en esa medida, el monto tendría que aumentar dependiendo de las circunstancias específicas del caso concreto, todo lo cual es reflejo directo de las siguientes doctrinas jurídicas⁶⁶⁶:

- En Italia, el daño a la salud está constituido por la lesión psicofísica en sí misma considerada, a la cual, luego de atribuírsele un porcentaje, se le asigna un valor, que puede incrementarse posteriormente según las condiciones particulares de la víctima, lo cual ha recibido el nombre de componente “estático” (constituido por el déficit funcional – Liquidado según las tablas creadas por la jurisprudencia para ese fin-), y componente “dinámico” (constituido por todas las consecuencias no patrimoniales que sobre la vida de la víctima origina la lesión – Liquidado con base en la equidad).
- En Francia, el perjuicio fisiológico (daño a la salud en Colombia), está referido a dos elementos correlativos: uno *cuantitativo*, aportado por la medicina legal con base en una tasa de déficit funcional; y el otro *cualitativo*, relacionado con el malestar que la lesión acarrea en la vida de la víctima.

Ahora bien, como antecedentes en la jurisprudencia colombiana a esta teoría del análisis estático y dinámico, hay que mencionar que el Consejo de Estado ya había previsto desde 1997 que, al momento de cuantificar el perjuicio fisiológico, debía diferenciarse entre el perjuicio como tal y la “incidencia” de la lesión en la víctima. Así:

“... (4) para su cuantificación se debe considerar que los perjuicios fisiológicos pueden ser genéricos, aquellos que se produzcan a todas las personas (pérdida de un órgano), o también

⁶⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶⁶ KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 156-164, 232-233.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

específicos, es decir la incidencia de la lesión en las actividades que antes de la lesión daban placer a la víctima y que no puede realizar más.”⁶⁶⁷ (Subrayado ajeno al original).

Actualmente, el primero de ellos se refiere al “análisis estático” del daño a la salud; mientras que el segundo, al “análisis dinámico”⁶⁶⁸. Otro antecedente podría fijarse en el salvamento de voto hecho por la consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO a la tan mencionada sentencia No. 38.222⁶⁶⁹, en el que se afirmó lo siguiente:

“su valoración y liquidación, mediante los criterios de uniformidad de base y de adecuación al caso concreto; pero, condicionada a la verificación objetiva del médico legista, quien tiene un papel y una tarea fundamental, pues debe comprobar su naturaleza y su entidad para consentir al juez la posterior liquidación del mismo, determinando la invalidez en términos o puntos porcentuales, la cual puede ser corregida por el juez con base en la equidad y en las circunstancias del caso concreto.”⁶⁷⁰ (Subrayado y negrita ajenos al original).

Ahora bien, esta postura de los 400 SMMLV tuvo una modificación el 11 de julio de 2013, con apoyo en lo establecido en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez que ~~reconoce un monto máximo de 300 SMMLV siempre que se ocasionen diferencia entre~~ los porcentajes máximos de deficiencia, discapacidad y minusvalía. Así: Apoyado en dichos porcentajes, el Consejo de Estado reconoció un monto máximo por cada uno de dichos conceptos en los siguientes términos:

“Definidos los criterios para calificar la invalidez, el dictamen debe otorgar unos porcentajes a cada uno de los componentes antes mencionados, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, porcentaje al que necesariamente debe responder la indemnización que dentro del componente objetivo del daño a la salud se reconozca, para cuyo efecto se considera que en los casos en que la disminución de la capacidad laboral

⁶⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1997, Exp.: 12.499, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Citado igualmente en la Sentencia del 19 de agosto de 2011, Exp.: 20.227, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶⁶⁸ Sobre esta misma anotación positiva de la sentencia, GIL BOTERO, Enrique, “Responsabilidad extracontractual del Estado”, p. 279. Una posición parecida pero no igual en: OSPINA, Andrés, *Ob. Cit.*, p. 200: “El daño en sentido estático es la lesión en sí misma (...) mientras que el daño en sentido dinámico, son los “perjuicios” que se derivan del daño; así, por ejemplo, de la desmembración corporal (daño en sentido estático) se pueden derivar varios daños en sentido dinámico, como el daño moral, a la vida de relación, el daño emergente, el lucro cesante, etc. Daño evento es el daño en sentido estático, mientras que el daño consecuencia es el daño en sentido dinámico”.

⁶⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp.: 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero

⁶⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 14 de septiembre de 2011, Exps.: 19.031 y 38.222, C.P.: Enrique Gil Botero, aclaración de voto de Ruth Stella Correa Palacio.

alcance el 100%, su valor indemnizatorio puede fijarse en la suma equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales.

Ahora bien, considerando que el referente normativo adoptado, es decir, el Decreto 917 de 1999 distribuye el porcentaje de incapacidad en los diferentes criterios de calificación de la invalidez, igualmente se propone distribuir la correspondiente indemnización en la siguiente proporción:

CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ	PORCENTAJE MAXIMO DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL	MONTO MAXIMO DE SALARIOS MINIMOS LEGALES ASIGNADOS POR LA CORPORACION
<i>Deficiencia</i>	50%	150 SMLMV
<i>Discapacidad</i>	20%	60 SMLMV
<i>Minusvalía</i>	30%	90 SMLMV
<i>Total pérdida de la capacidad laboral</i>	100%	300 SMLMV

Es pertinente precisar, que en los eventos que no repose en el material probatorio el dictamen emanado por la Junta de Calificación, en el que se especifiquen los tres criterios de clasificación de invalidez, el porcentaje que tal dictamen determine se imputará al rubro de Deficiencia, es decir, 150 SMLMV, en forma proporcional.

Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar, con fundamento en el material probatorio, la sana crítica y las reglas de la experiencia, el quantum determinado en el aspecto objetivo, de manera que se atiendan las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada, en cuyo efecto se sugiere como límite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV.⁶⁷¹ (Subrayado ajeno al original).

La anterior tesis resulta ser conveniente en tanto que le da sustento normativo al tope de la tasación según lo señalado en el Decreto 917 de 1999. Además, la misma soluciona un interrogante que se derivaba de la tesis anterior que era ¿Hasta qué monto se puede aumentar la indemnización en razón del componente dinámico o subjetivo? A lo anterior

⁶⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de julio de 2013, Exps.: 28.792 y 36.295, C.P.: Jaime Orlando Santofimio. Reiterada en sentencias del 24 de julio de 2013, Exp.: 26.250, C.P.: Enrique Gil Botero, Aclaraciones de voto; del 26 de septiembre, Exp.: 28.393, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz; del 9 de septiembre de 2013, Exp.: 27.452, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz; 24 de octubre de 2013, Exp.: 25.869, C.P.: Enrique Gil Botero; del 26 de marzo de 2014, Exp.: 27.241, C.P.: Jaime Santofimio Gamboa.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

ya se podría responder, según esta sentencia, que dicho monto sería máximo de 100 SMMLV. Sin embargo, la misma ha generado un sinnúmero de desigualdades; no porque la misma sea errónea, sino porque no es aplicada de manera uniforme. Al respecto, conviene señalar las discordancias en los siguientes fallos posteriores a aquél del 11 de julio de 2013:

- Sentencia del 24 de julio de 2013⁶⁷²: Ante un porcentaje de incapacidad del 64,85%, se conceden 259,4 salarios aplicando la regla de tres de manera general en relación con los 400 SMMLV. Sin embargo, al analizar el dictamen y realizar las reglas de tres por cada porcentaje de deficiencia (40%), discapacidad (3,6%) y minusvalía (21,25%) decretados, se tiene que el monto que debió reconocerse era de 194,55 SMMLV. Diferencia: 64,85 SMMLV.
- Sentencia del 29 de agosto de 2013⁶⁷³: Este caso es muy criticable porque se ordena una indemnización de 90 SMMLV por perjuicios derivados de daño a la salud y se alude en todo momento al dictamen de Medicina Legal sin que se mencione el porcentaje de incapacidad, con lo cual se viola la obligación de motivar las sentencias; obligación que ha sido reiterada en las más recientes sentencias del Consejo de Estado⁶⁷⁴.
- Sentencia del 30 de octubre de 2013⁶⁷⁵: De igual manera, se falló sin tener en cuenta las reglas del análisis objetivo del daño a la salud, sino con fundamento en un precedente jurisprudencial donde ni siquiera hubo mención al daño a la salud. En este se fijaron 50 SMMLV por daño a la salud y 100 SMMLV por daños morales; y en el proceso referenciado⁶⁷⁶, en cambio, se ordenaron 70 SMMLV por daños morales. El acá analizado es un caso de histerectomía abdominal que generó pérdida anatómica del órgano reproductor femenino. El caso referenciado se refiere a la extirpación del útero y uno de los ovarios por infección post-parto.

⁶⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de julio de 2013, Exp.: 26.250, C.P.: Enrique Gil Botero; con aclaraciones de voto de Jaime Santofimio Gamboa y Olga Melida Valle, debido a la inaplicación de la tesis fijada en la sentencia del 11 de julio de 2013.

⁶⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2013, Exp.: 30.283, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Igualmente, las Sentencias del 3 de mayo de 2013, Exp.: 26.352, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 28 de febrero de 2013, Exp.: 24.460, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo; del 24 de abril de 2013, Exp.: 26.923, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 19 de abril de 2012, Exp.: 21.515, C.P.: Hernán Andrade Rincón; y del 23 de agosto de 2012, Exp.: 24.392, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁶⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de octubre de 2013, Exp.: 22.076, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

⁶⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de febrero de 2013, Exp.: 26.303, C.P.: Stella Conto Díaz.

- Sentencia del 29 de enero de 2014⁶⁷⁷: En este caso se hace alusión al porcentaje de incapacidad (75,15%) pero no se discrimina según la nueva tesis, atendiendo a los porcentajes de deficiencia, discapacidad y minusvalía.

Igualmente, valga la pena resaltar una sentencia del 30 de enero de 2013, donde la incapacidad probada mediante dictamen fue del 45%, correspondiéndole un total de 180 SMMLV según la tesis anterior de la regla de tres con el monto de los 400 SMMLV; no obstante lo cual se le reconocen sólo 100 SMMLV sin razón alguna⁶⁷⁸.

En igual sentido, la sentencia del 10 de julio de 2013, en la que se señala que a la víctima “se le dictaminó, en relación con la pérdida de su capacidad laboral, un porcentaje correspondiente a un 84.20% de invalidez. Lo anterior evidencia que el actor sufrió un grave daño a la salud, por lo cual se concluye que hay lugar a aumentar el monto reconocido hasta el equivalente a 150 SMMLV”⁶⁷⁹. Aplicando la tesis anterior de la regla de tres, debieron reconocérsele 336,8. No obstante, se le reconocen 150 SMMLV sin saber con certeza por qué.

Como puede verse, una es la tesis que se pregona al interior del Consejo de Estado en abstracto, y otra la que se aplica a los casos concretos. De ahí que MILAGROS KOTEICH afirme que “en el caso colombiano ese déficit funcional [que es el daño a la salud en su concepción estática] no es en realidad tenido en cuenta en la liquidación (si acaso, de algún modo ilustra el criterio del juez en la etapa de valoración o apreciación del perjuicio)”⁶⁸⁰, pero ya no como criterio determinante sino auxiliar que, en todo caso, implica menos certeza que la observación, valoración y medición de la lesión física o corporal.

Lo anterior es definitivamente cierto, aun cuando la publicación de su libro es anterior a la sentencia No. 22.163 sobre el análisis estático y dinámico, ya que, como se pudo analizar de las sentencias que a modo ejemplificativo se citaron, el juez finalmente es quien decide si (i) tiene en cuenta los porcentajes de incapacidad o invalidez para efectos de una tasación objetiva del daño a la salud desde un punto de vista estático, o si (ii) define el *quantum* de la indemnización por daño a la salud en un solo monto que, sin decirlo, incluya el componente estático y dinámico, o si final y lamentablemente (iii) ratifica sentencias sin motivación alguna sobre el monto de la indemnización; todo lo cual, resulta de mayor trascendencia si se tiene en cuenta que el daño a la salud es comprensivo del daño estético, sexual y psicológico.

⁶⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 29 de enero de 2014, Exp.: 30.366, C.P.: Hernán Andrade Rincón; y del 9 de abril de 2014, Exp.: 27.949, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁶⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp.: 24583, C.P.: Stella Conto Díaz.

⁶⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 2013, Exp.: 29.759, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁸⁰ KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 233.

Independientemente de la reiterada falta de armonía al interior del Consejo de Estado en otro de tantos temas en los que se evidencia la disparidad de criterios y la desigualdad por la aplicación de aquéllos, cabe hacer las siguientes anotaciones finales sobre la teoría del análisis estático y dinámico: **(i)** cuando se incrementa el monto por consideraciones diferentes a la edad y el porcentaje de incapacidad, se aumenta el factor “subjetivo”, no el objetivo, como inicialmente se señaló⁶⁸¹. **(ii)** Quedan muchas dudas aún sobre el componente dinámico en tanto que el artículo 90 C.P. dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los “daños antijurídicos”, por lo que no se entiende el por qué tendría que responder también por las consecuencias del mismo, pues en últimas, a eso se refiere el aspecto dinámico⁶⁸². Sin embargo, como se dijo en el Capítulo I, lo más lógico sería suponer que esto es así por la constitucionalización del Derecho de daños, a la luz de la cual debe interpretarse el artículo 90 C.P.

En esa medida, en vez de “consecuencias”, debería mejor hablarse de las “condiciones particulares del caso” o de “factores amplificadores o reductores de la gravedad del daño” como se ha sugerido en las tablas de punto. Este cambio semántico evitaría a su vez que el aspecto dinámico del daño a la salud sea confundido de nuevo con los antiguos conceptos de daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia, según donde se reflejen las consecuencias del daño a la salud (esto sería caótico).

Por último, **(iii)** acá se retoma la crítica hecha al test de proporcionalidad, en tanto que la aplicación del análisis estático del daño a la salud es un criterio objetivo (una regla de tres), de manera que no se trata del “*arbitrio iuris*” como se dio a entender en la sentencia en que se implementó esta tesis⁶⁸³. Con la tesis del test de proporcionalidad se intentaba arropar de objetividad algo que no era objetivo; con la tesis del análisis estático se intenta esconder un método objetivo detrás del concepto de arbitrio judicial. Al margen de estas discusiones, lo cierto es que la tesis del análisis estático y dinámico es muy útil en el tema de la indemnización de perjuicios derivados del daño a la salud; oxigena el tema y pone a todos los jueces a medir con el mismo rasero, salvo cuando consideren que deben

⁶⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163, C.P.: Enrique Gil Botero: “*el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud*”.

⁶⁸² GIL BOTERO, Enrique, “*La institución del daño a la salud en Colombia*”, p. 334-337: “*No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave*” (Subrayado ajeno al original), p. 37.

⁶⁸³ “*El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres...*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163, C.P.: Enrique Gil Botero.

umentar dicho monto con fundamento en los principios del artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁶⁸⁴.

3.2. Topes al monto de la indemnización – Criterio “objetivo”:

3.2. a) Evolución jurisprudencial⁶⁸⁵:

Con respecto a la existencia del tope máximo que limita u orienta al juez al momento de fallar, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado ha establecido desde 1993 que este perjuicio se indemnizará por el monto máximo de 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁶⁸⁶ -antes 4000 gramos oro- cuando la alteración psicofísica sea significativa, como por ejemplo, eventos de cuadriplejía o paraplejía, sin que sea posible la fijación por encima de dicho monto⁶⁸⁷.

Mientras el patrón de reconocimiento de los perjuicios morales fue el de los gramos oro, se reconocieron indemnizaciones por daño a la salud por 600⁶⁸⁸, 1000⁶⁸⁹, 2000⁶⁹⁰ y 4000⁶⁹¹ gramos oro, siendo este último el monto más alto que se reconoció en la época. No es cierto que desde el momento mismo en que se reconoció este rubro, se dejara fijado un

⁶⁸⁴ “Artículo 16, Ley 446 de 1998. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

⁶⁸⁵ Sobre este recuento histórico, ver igualmente: M’CAUSLAND, María Cecilia, *Ob. Cit.*, p. 78-79; KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 276-281.

⁶⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del: 6 de mayo de 1993, Exp.: 7.428, C.P.: Julio César Uribe Acosta; 5 de junio de 1998, Exp.: 11.545, C.P.: Juan de Dios Montes; 14 de marzo de 2002, Exp.: 12.054, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar; 13 de diciembre de 2004, Exp.: 14.722, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar; 4 de diciembre de 2007, Exp.: 17.918, C.P.: Enrique Gil Botero; 19 de octubre de 2007, Exp.: 30.871, C.P.: Enrique Gil Botero; 1 de octubre de 2008, Exp.: 27.268, C.P.: Enrique Gil Botero; 8 de julio de 2009, Exp.: 17.960, C.P.: Enrique Gil Botero ; 4 de mayo de 2011, Exp.: 17.396, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.; 14 de septiembre de 2011, Exps.: 38.222 y 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero; 28 de marzo de 2012, Exp. 22.163, C.P.: Enrique Gil Botero; del 9 de abril de 2014, C.P.: Hernán Andrade.

⁶⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163. C.P.: Enrique Gil Botero.

⁶⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de octubre de 1997, Exp.: 11.652, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

⁶⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de octubre de 2000, Exp.: 11.948, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

⁶⁹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera, en Sentencias del 1 de julio de 1993, Exp.: 7.772, C.P.: Daniel Suárez Hernández; y del 25 de noviembre de 1997, Exp.: 10.421, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999, Exp.: 11.169, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Igualmente, Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp.: 11.842. C.P.: Alier Hernández Enríquez; y Sentencia del 5 de marzo de 1998, Exp.: 11.041, C.P.: Luis Fernando Olarte Olarte.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

tope cierto. Si se mira la condena impuesta en la primera sentencia sobre reconocimiento de este rubro⁶⁹², la misma ascendió a \$8.000.000, es decir, la condena seguía siendo impuesta en pesos, lo cual sucedió en varios pronunciamientos posteriores.

En la sentencia del 2001 en la cual se impuso el tope máximo de 100 SMMLV⁶⁹³, se dispuso que en el mismo se entendían incluidos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales⁶⁹⁴. Sin embargo, luego se excluyeron los primeros por la interpretación que hizo la Corte Constitucional en Sentencia C-916 de 2002 aclarando que el límite se refiere únicamente a los daños morales subjetivos. Así quedaba la duda sobre el tope para los *demás* perjuicios extrapatrimoniales. Al respecto, MILAGROS KOTEICH KHATIB, afirma que el Consejo de Estado no tiene referenciado ningún pronunciamiento en el cual se haya establecido un tope propiamente tal para el daño a la salud, como sí sucedió en cambio con el *pretium doloris*; aun cuando es un dato conocido que en los casos más graves normalmente se ha concedido, como máximo, la cantidad de 400 salarios mínimos legales mensuales⁶⁹⁵.

Igualmente, JOSÉ FERNANDO GÓMEZ POSADA⁶⁹⁶, afirma que no hay topes indemnizatorios para los perjuicios extrapatrimoniales porque la misma sentencia No. 13232-15646 lo da a entender cuando critica el tope porque “*podría resultar inapropiado...*” a la luz del artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Este autor hace referencia a los “efectos amplificadores de la tragedia”, como aquellos casos en los que la víctima no sólo pierde a su esposa en condiciones dramáticas e injustas, como consecuencia de una actividad oficial de la administración, sino también a sus tres hijos, con lo cual el daño se potencializa pues no es lo mismo perder a cuatro seres queridos en el transcurso de la vida, que perderlos a todos ellos en un mismo instante.

Si bien el ejemplo es propio de perjuicios morales, el autor resalta que la sentencia del 2001 se refería a todos los perjuicios inmateriales [entiéndase, “extrapatrimoniales”] en general porque, de lo contrario, negaría a su vez la posibilidad del arbitrio judicial respecto de los

⁶⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo de 1993, Exp.: 7.428, C.P.: Julio César Uribe Acosta.

⁶⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 6 de septiembre de 2001, Exps.: 13.232 y 15.646, C.P.: Alier Hernández Enríquez.

⁶⁹⁴ “Actualmente, conforme al artículo 97 transcrito, se fija un tope dentro del cual, en principio, deben estar comprendidas todas las formas de daño: patrimonial y extrapatrimonial, y dentro de éste, tanto el daño moral como el daño a la vida de relación. No se establece, entonces, un límite individual para la condena por concepto de perjuicios morales.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Exp.: 13.232-15.646, C.P.: Alier Eduardo Hernández.

⁶⁹⁵ KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 276-277. M’CAUSLAND, Maria Cecilia, *Ob. Cit.*, p. 79.

⁶⁹⁶ GÓMEZ POSADA, José Fernando, “Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia”, II Edición, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2003, p. 144-145.

demás perjuicios inmateriales. Al margen de la anterior posición doctrinaria, lo cierto es que a partir del 2001, las máximas condenas han sido impuestas por el monto máximo de 400 SMMLV, bien por aplicación del criterio de la regla de tres donde, por una incapacidad del 100% equivale el monto máximo de 400 SMMLV⁶⁹⁷; o por aplicación de las reglas de tres según el porcentaje de deficiencia, incapacidad y minusvalía del dictamen, siendo 300 SMMLV el monto máximo a reconocer *objetivamente* al cual podían sumársele 100 SMMLV según las particularidades del caso⁶⁹⁸.

Por su parte, la doctrina ha afirmado que dichos topes no son obligatorios⁶⁹⁹, sobre lo cual coincide igualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁰⁰.

3.2. b) Casos de superación de los topes:

En sentencia del 28 de marzo de 2012 se señaló que el tope de los 400 salarios era obligatorio e incluía la sumatoria de los montos derivados del análisis estático y dinámico⁷⁰¹. Con la modificación que se hizo a la tesis del análisis dinámico y estático el 11 de julio de 2013, queda la duda sobre si el tope es obligatorio o no, pues en la misma “se sugiere como límite” para el análisis dinámico, el monto de 100 SMMLV:

“...en los casos en que la disminución de la capacidad laboral alcance el 100%, su valor indemnizatorio puede fijarse en la suma equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales.

(...)

Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud (...), en cuyo efecto se sugiere como límite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV.”⁷⁰² (Subrayado ajeno al original).

⁶⁹⁷ “lo anterior, debe señalarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de abril de 2014, Exp.: 27.949, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁶⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de julio de 2013, Exps.: 28.791 y 36.295, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Entre otras.

⁶⁹⁹ Ver BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 219. Igualmente KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 277-279.

⁷⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 6 de septiembre de 2001, Exp.: 13.232 y 15.646, C.P.: Alier Hernández Enríquez; del 13 de febrero de 2003, Exp.: 12.654, C.P.: Alier Hernández; del 16 de agosto de 2007, C.P.: Ramiro Saavedra.

⁷⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22163, C.P.: Enrique Gil Botero: “No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope-sumado el ámbito estático y dinámico-del daño a la salud”.

⁷⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 11 de julio de 2013, Exps.: 28.792 y 36.295, C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

En ese orden de ideas, el tope sólo es viable de ser sobrepasado por concepto del rubro que se origine en el análisis dinámico del daño a la salud, lo cual no resulta totalmente inimaginable, teniendo en cuenta la gravedad de los casos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En realidad, el único caso que se conoce sobre superación de este tope es uno del año 2007 en el que se condena por 481 SMMLV por cuanto el *a-quo* había reconocido 4000 gramos oro que, al convertirse en SMMLV, daba igual a dicho monto⁷⁰³. Sobre este caso, se refieren igualmente MARÍA CECILIA M’CAUSLAND y MILAGROS KOTEICH⁷⁰⁴.

3.3. Test de proporcionalidad – Criterio sin desarrollo suficiente:

El test de proporcionalidad no sólo ha sido propuesto por el mismo sector minoritario del Consejo de Estado como una alternativa para tasar los perjuicios morales sino que se ha intentado hacerlo extensible igualmente para los perjuicios derivados del daño a la salud. Afortunadamente el mismo no ha sido desarrollado a profundidad y, cuando se aplicó, el mismo fue objeto de aclaración de voto. Según esta posición, aplicada al daño a la salud, se ha afirmado⁷⁰⁵:

“[Luego de abordar diversas temáticas sobre la salud y el daño a la salud; ninguna relacionada con el test de proporcionalidad, se afirma seguidamente:]

“Por esto, se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud, que a su vez, constituyen la base para elaborar el test de proporcionalidad al que se sujetará la tasación de este tipo de perjuicio: i) responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”, y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.

⁷⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2007, Exp.: 17.918, C.P.: Enrique Gil Botero: “El tribunal condenó por dicho concepto a favor, única y exclusivamente, de Jorge Enrique Galicia Rojas a un total de 4.000 gramos de oro; importe éste que reflejado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, con empleo del mismo sistema utilizado para liquidar el perjuicio moral (con garantía del principio de la no reformatio in pejus), corresponde a 481 salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo cual respeta los máximos jurisprudenciales que han sido establecidos por esta Corporación...”

⁷⁰⁴ M’CAUSLAND, María Cecilia, *Ob. Cit.*, p. 79; y KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 279-280.

⁷⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp.: 22.366, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sobre la procedencia del test de proporcionalidad para indemnizar estos perjuicios, aunque sin señalar tabla alguna: Aclaraciones de voto a las siguientes sentencias con ponencia de Enrique Gil Botero: Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp.: 22.163; del 5 de julio de 2012, Exp.: 21.928; y del 24 de julio de 2012, Exp.: 26.250.

<i>Indemnizado</i>	<i>Responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”</i>	<i>Considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.</i>	<i>Se cumplen los dos criterios</i>
<i>Alexander Ortega Ardila</i>		<i>No hay prueba</i>	<i>Solo se cumple uno de los dos criterios”</i>
	<i>70 smlmv</i>	<i>0</i>	

Como puede verse, el desarrollo es parcial y erróneo. En esta tabla ni siquiera se hace mención a ninguno de los pasos o subprincipios del test de proporcionalidad, y además no se entiende cómo “no hay prueba” de una “consideración de la salud como valor en sí mismo”. Lo anterior mereció, con toda razón, que en la aclaración de voto se haya refutado:

“En mi concepto en la providencia en mención, en primer lugar no se realiza un estudio juicioso de lo que se denomina elementos que integran el daño a la salud, ni de la forma en que ellos se aplican en virtud del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, es pertinente señalar que la ambigüedad de sus elementos representan dificultad probatoria, pues es lógico que el común de las personas consideran el bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, sin que para ello haya lugar a establecer una tarifa probatoria, y esto se deduce de las reglas de la experiencia.”⁷⁰⁶ (Subrayado ajeno al original).

No se profundiza más al respecto por cuanto el mismo no ha sido desarrollado a profundidad y, en todo caso, sobre el mismo cabrían las mismas objeciones que ya se hicieron sobre este test aplicado a la indemnización de perjuicios morales.

3.4. Tablas de punto – Criterio “objetivo”:

El tema de las tablas de punto en el tema del daño a la salud ya fue señalado anteriormente y, sobre la misma, sólo puede expresarse agradecimiento al Consejo de Estado por haber definido un criterio serio, con fundamento en una fuente normativa

⁷⁰⁶ *Ibídem*, aclaración de voto de Enrique Gil Botero.

pertinente y aplicable; un criterio que, aun siendo objetivo, permite que los jueces lleven a cabo valoraciones subjetivas que atiendan a los factores amplificadores o reductores de la gravedad del daño o, si se quiere, a las circunstancias concretas de cada caso⁷⁰⁷.

4. Criterios para la indemnización de perjuicios por daño ocasionados a otros bienes y derechos

Como ya se mencionó anteriormente, el Consejo de Estado ampara los bienes y derechos constitucional y convencionalmente reconocidos. Para la indemnización de los mismos, ha dicho esta Corporación que su reconocimiento debe ser individual o autónomo. En ese sentido, a continuación se verá que actualmente no todas las sentencias fijan la indemnización de perjuicios derivados de estos daños con los mismos criterios, a diferencia de lo que sucede en otros países en donde existen fórmulas, tablas o baremos para la cuantificación de los mismos. Por ejemplo, en España existen unas tablas o baremos para cuantificar los perjuicios derivados de accidentes de tránsito que a su vez es *orientativa* para el resto de supuestos⁷⁰⁸.

No obstante lo anterior, en este punto cabe mencionar que las tablas de punto no resultan aplicables a estas hipótesis, como quiera que no hay factores objetivos a partir de los cuales pueda justificarse una mayor o menor indemnización, lo cual no implica en todo caso una aceptación de la arbitrariedad sino todo lo contrario: Una obligación de los jueces a respetar los precedentes jurisprudenciales y a plasmar en las sentencias las circunstancias específicas del caso que dieron lugar a liquidar los perjuicios en determinado monto, que bien puede estar por encima o por debajo del “tope”. Sobre el tope en estos casos ha señalado el Consejo de Estado:

“Como se aprecia, la Sala reflexiona y matiza su tesis, según la cual el tope máximo en principio del perjuicio moral, asciende a la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, cuando el daño tiene su génesis en conductas punibles, por las siguientes razones:

i) (...)

ii) La regulación [inciso tercero del artículo 97 del Código Penal] se refiere, entonces, a los perjuicios de tipo extrapatrimonial, esto es, el moral o cualquier otro que pueda ser

⁷⁰⁷ En igual sentido, GIL BOTERO, Enrique, “Responsabilidad extracontractual del Estado”, p. 202: “... los recientes lineamientos del daño a la salud permiten que la persona sea indemnizada con fundamento en tablas de punto para garantizar que a iguales daños exista similar reparación”

⁷⁰⁸ ROCA TRÍAS, Encarna; NAVARRO MICHEL, Mónica, *Ob. Cit.*, p. 201. Sobre las críticas a estas tablas en España: GUIO FONSECA, Marcos Román, *Ob. Cit.*, p. 22-23.

*decretado según la tipología del perjuicio avalada por la Sala.*⁷⁰⁹ (Subrayado ajeno al original).

Si bien el Consejo de Estado se refiere a la disposición del Código Penal, hay que tener en cuenta que esta afirmación se ha hecho en varias oportunidades dentro del marco de los argumentos que defienden la posición según la cual el tope de los 100 SMMLV aplicable a los perjuicios morales, no es de carácter obligatorio cuando el daño se deriva de conductas punibles o de grave violación a derechos humanos y, en este contexto, debe entenderse que resulta igualmente aplicable para los demás bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos.

4.1. Perjuicios por afectación a la tranquilidad, la intimidad, la propiedad, entre otros:

- *Derrumbe del relleno sanitario de Doña Juana – “Daño moral” y “afectación a los derechos a la intimidad y a la recreación y libre utilización del tiempo libre”* - Sentencia del 1 de noviembre 2012⁷¹⁰:

El Consejo de Estado ordenó la indemnización de un grupo de personas que demandaron por el derrumbe de un relleno sanitario, el cual contaminó el aire produciendo malos olores, entre otras afectaciones. En este caso, se señaló que los perjuicios extrapatrimoniales se derivaban de la afectación al derecho a la intimidad, la recreación y la libre utilización del tiempo libre. A esta conclusión se arribó luego de analizar dos sentencias de la Corte Constitucional⁷¹¹ en las cuales se estudiaba el contenido del derecho a la intimidad.

En este caso, y tratándose de una acción de grupo, el Consejo de Estado dividió a las víctimas en 3 subgrupos y a cada grupo le confirió un número determinado de salarios a título de daño moral y a título de afectación de bienes constitucionales (por separado)⁷¹².

⁷⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de abril de 2009, Exp.: 17.994, C.P.: Enrique Gil Botero, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero. Sentencia del 27 de mayo de 2009, Exp.: 15.186, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar, Salvamento de voto de Enrique Gil Botero; Sentencia del 25 de septiembre de 2013, Exp.: 36.460, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁷¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de noviembre de 2012, Exp.: 1999-0002-04(AG), C.P.: Enrique Gil Botero.

⁷¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-589 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y Sentencia T-614 de 1997, M. P.: Hernando Herrera Vergara. Igualmente, podría haberse aludido a las Sentencias T-210 de 1994, T-112 de 1994, T- 460 de 1996, SU-476 de 1997, entre otras.

⁷¹² “... el caso del primer subgrupo se reconoció por persona a título de indemnización 3 salarios mínimos por concepto de daño moral y 3 salarios mínimos por la afectación de bienes constitucionales...” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de noviembre de 2012, Exp.: 1999-0002-04(AG), C.P.: Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- *Construcción de muro de contención frente a inmueble en zona urbana – “Daños morales”* [por afectación a la tranquilidad, el domicilio y la calidad de vida] – Sentencia del 12 de abril de 2014⁷¹³:

En un caso similar pero de mayor gravedad, se ordenó la indemnización del daño moral por afectación al derecho fundamental a la tranquilidad luego de hacer un análisis juicioso de la jurisprudencia constitucional⁷¹⁴. Sin embargo, en este caso, aun luego de identificar y analizar el bien jurídico afectado (tranquilidad), y mencionarse otros como el domicilio y la calidad de vida, el Consejo de Estado decide incluirlos como daño moral en los siguientes términos:

*“No está de más precisar que pese a que la cita traída a colación se refiere principalmente las inmisiones derivadas de contaminación auditiva, el perjuicio moral también puede ser originado por las inmisiones provenientes de otras situaciones como contaminación visual, olores desagradables, el vertimiento de basuras en el predio ajeno y otras como las que sufre la demandante.”*⁷¹⁵ (Subrayado ajeno al original).

La demanda se interpuso por la construcción de un muro de contención frente a un inmueble en la zona urbana, lo que conllevó a que la demandante tuviera que “soportar el hecho de que transeúntes y vecinos del sector, no sólo arrojen basuras a su casa, sino que además, hagan sus necesidades fisiológicas allí mismo, tengan relaciones sexuales, la posibilidad de subirse al techo y así entrar a la vivienda, además de que debe soportar constantemente el ruido de los vehículos que circulan por la vía a la misma altura del tejado y al pasar, arrojan agua y polvo”⁷¹⁶.

En este caso, se condenó por 100 SMMLV por concepto de daños morales pero se añadió lo siguiente en la parte considerativa:

*“... teniendo en cuenta la magnitud de la afectación y su vocación de permanencia y el contenido del perjuicio, que como ya se vio, altera drásticamente la calidad de vida de la demandante, para este caso en particular, habría lugar incluso a exceder el baremo máximo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación, sin embargo, advirtiendo que en la demanda sólo se pidió el monto de 100 SMLMV se mantendrá incólume la condena impuesta.”*⁷¹⁷ (Subrayado ajeno al original).

⁷¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de abril de 2014, Exp.: 31.363, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁷¹⁴ En esta oportunidad, se analizaron las sentencias T-028 de 1994 y T-459 de 1998 de la Corte Constitucional.

⁷¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de abril de 2014, Exp.: 31.363, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁷¹⁶ *Ibidem*.

⁷¹⁷ *Ibidem*.

Así, no resulta acorde con el precedente establecido en el 2011, que todos los daños se incluyan como daño moral, ni siquiera asumiendo la concepción más amplia de este daño (que en todo caso no puede abarcar cualquier molestia, pues cualquier daño nos ocasiona molestia, de manera que el daño moral es mucho más que eso⁷¹⁸). En este caso se trataba tanto de daños morales como de afectaciones al domicilio, a la calidad de vida, al derecho de propiedad y a la tranquilidad. Sin embargo, el Consejo de Estado se aparta de una tesis que lleva apenas 3 años de vigencia (la de la indemnización autónoma de daños a bienes constitucional y convencionalmente protegidos) para incluir todos estos daños dentro de la categoría del daño moral así:

“el daño moral en este caso se deriva no de la pérdida material del inmueble, sino de la pérdida de la calidad de vida y del bienestar que disfrutaba la demandante antes de la construcción del muro, pues de un lado ahora tiene que soportar constantes y molestas inmisiones en su predio que perturban su tranquilidad y seguridad y del otro, perdió por completo la posibilidad de disfrutar de un panorama agradable.”⁷¹⁹ (Subrayado ajeno al original).

- Construcción de viaducto – “Perjuicios morales” [por afectación a la tranquilidad y al domicilio] – Sentencia del 7 de marzo de 2012⁷²⁰:

Por último, valga la pena traer a colación un último caso del 2012 en el cual se indemnizó dentro del rubro del daño moral, las afectaciones a la tranquilidad y al domicilio. Los daños son parecidos al caso del “muro de contención” pues, debido a la construcción de un viaducto, se empezaron a arrojar objetos desde lo alto (“daño a la vivienda” - afirma la sentencia-), *“los habitantes de la calle escogieron la parte baja del puente como su lugar de habitación, lo que incrementó notablemente la inseguridad y el desaseo en el sector, del mismo modo que se incrementaron los suicidios de quienes deciden acabar con su vida saltando al vacío, con el agravante de que algunos cuerpos caen a escasos metros de la vivienda de los demandantes.”⁷²¹* Como puede apreciarse, este caso quizás reviste mayor gravedad que el del muro de contención por el ingrediente adicional de los suicidios y la edad avanzada de la víctima. Al respecto, afirma la certificación médica citada en la sentencia:

⁷¹⁸ Estas molestias son las que Milagros Koteich llama “daños bagatelares”, cuya existencia critica por no considerarlos precisamente daños. KOTEICH KHATIB, Milagros, KOTEICH KHATIB, Milagros, “El daño extrapatrimonial: del derecho romano a la dispersión actual de la categoría en Italia, y su proyección en América Latina”, p. 261-262.

⁷¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de abril de 2014, Exp.: 31.363, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁷²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2012, Exp.: 22.380, C.P.: Carlos Alberto Zambrano.

⁷²¹ *Ibidem*.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

“PACIENTE DE 76 AÑOS DE EDAD (...) LA PACIENTE SUFRE ANSIEDAD IMPORTANTE QUE LE IMPIDE LLEVAR SU VIDA NORMAL YA QUE REFIERE QUE VIVE CERCA DEL VIADUCTO DONDE LE HA TOCADO PRESENCIAR VARIOS SUICIDAS, LA PACIENTE HA PRESENTADO SECUNDARIO A ESTO VARIAS CRISIS HIPERTENSIVAS QUE HAN REQUERIDO MANEJO MÉDICO. SE ACONSEJA EVITAR ESTOS EVENTOS YA QUE POR SER CORONARIA HIPERTENSIVA Y SUFRIR DE ANSIEDAD NO LE CONVIENE PARA SU SALUD Y PUEDE PRESENTAR UN INFARTO DEL MIOCARDIO.”⁷²² (Subrayado ajeno al original).

Al final, en este caso, se indemnizan daño a la salud, daño moral y daño a la tranquilidad dentro del mega-rubro de “daño moral” ordenándose pagar 30 salarios a cada una de las dos personas que vivían en el inmueble, y otros 30 a la propietaria del inmueble, aunque todos estos montos fueron “por concepto de perjuicios morales”. En este caso, no se diferencia entre el daño sufrido por la señora hipertensa de avanzada edad, frente al de su hijo quien debió cerrar su negocio, y el de la propietaria del inmueble (hija de la señora y hermana de la otra víctima) quien no vivía en el inmueble. Al respecto, resulta valioso traer a colación lo dicho en la sentencia del derrumbe del relleno sanitario, sobre las personas que aun siendo propietarias, no viven en el inmueble objeto de la perturbación:

“Por este motivo, el daño moral se predicará de las personas que para la época del derrumbe del relleno residían, estudiaban o trabajaban en cualquiera de las zonas afectadas, de acuerdo con el mayor o menor impacto recibido según los criterios que se determinarán en esta sentencia para el pago de la indemnización. Se excluye como criterio de pertenencia al grupo la prueba de la propiedad de inmuebles, pues se insiste, lo relevante es el haber habitado efectivamente en los barrios sobre los que recayó el impacto ambiental negativo.”⁷²³ (Subrayado ajeno al original).

Adicional a ello, hay algo peor, pues la indemnización de perjuicios por daño a la salud se incluye dentro del daño moral, con lo cual –y sumado a las especificaciones de cada víctima en este caso- queda mucha duda sobre si realmente se indemnizó de manera integral:

“Así, no hay duda que la construcción de la obra pública les produjo a los demandantes un estado de angustia y zozobra, que repercutió en su estado anímico y emocional y también en su salud, como en el caso de la señora López de Navia, de modo que la Sala condenará a la demandada a pagar a los actores perjuicios morales.”⁷²⁴ (Subrayado ajeno al original).

⁷²² *Ibidem.*

⁷²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de noviembre de 2012, Exp.: 1999-0002-04(AG), C.P.: Enrique Gil Botero.

⁷²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2012, Exp.: 22.380, C.P.: Carlos Alberto Zambrano.

Si bien en la parte resolutoria no se señala que el rubro incluya los perjuicios derivados del daño a la salud, de lo transcrito anteriormente, se deduce que dicho daño sí fue, en todo caso, reconocido aunque la indemnización de los perjuicios derivados se hubiese hecho dentro del rubro de los perjuicios morales.

- Contaminación auditiva Aeropuerto El Dorado – “Padecimiento moral” [Por afectación de la intimidad, tranquilidad personal y económica] – Sentencia del 27 de marzo de 2014⁷²⁵:

En el presente caso se ordena la indemnización por padecimiento moral en un equivalente a 30 SMMLV. El daño moral es explicado en este caso en los siguientes términos:

“El daño moral se refiere a las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, en este caso la contaminación sónica por fuera de los límites de la normal tolerancia. De donde la Sala encuentra acreditado el padecimiento moral, si se tiene en cuenta que la alteración al ambiente afectó la tranquilidad e intimidad del actor generando angustia y miedo, de acuerdo con el testigo.”⁷²⁶ (Subrayado ajeno al original).

En consecuencia, este es otro caso en el cual se indemniza por este tipo de daños dentro del rubro general de los perjuicios morales y no por separado como inicialmente se había establecido en el año 2011.

4.2. Perjuicios por afectación a la vida, la familia y la dignidad:

- Cruce de disparos indiscriminados entre batallones – “Perjuicios morales” y “vulneración de bienes jurídicos constitucionales” – Sentencia del 18 de marzo de 2010⁷²⁷:

Como antecedente de indemnización por afectación al derecho a la familia, hay un caso del 2010 en el que se inició una misión contra-guerrilla para recuperar un ganado robado por un grupo armado ilegal. Sin embargo, como los batallones no coordinaron entre sí previamente a la misión, se da el cruce indiscriminado de disparos, en el cual mueren 4 soldados regulares; uno de ellos con un hijo de 1 año de edad al momento de la muerte de su padre. El Consejo de Estado rechaza que la indemnización deba hacerse bajo el concepto de “daño a la vida de relación” en los siguientes términos:

“Finalmente, respecto al perjuicio de ‘daño a la vida de relación’ concedido al hijo del occiso Víctor Julio Barceló Zambrano, la Sala debe aclarar que si bien coincide con los argumentos

⁷²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2014, Exp.: 27.687, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

⁷²⁶ *Ibidem*.

⁷²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp.: 32.651, C.P.: Enrique Gil Botero.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

del Tribunal para otorgar indemnización, no se hace bajo este criterio, en atención a que no solo se afectó la vida y existencia del menor con la ausencia indefinida de su padre, sino que también se violaron bienes jurídicos de raigambre constitucional que están íntimamente relacionados con el perjuicio a indemnizar. En el presente caso, se tiene que el daño causado al menor por la pérdida de su padre, indudablemente vulnera los derechos fundamentales del niño y de la familia...”⁷²⁸ (Subrayado ajeno al original).

Si bien esta sentencia es anterior a los pronunciamientos hito del 2011 sobre daño a la salud y a otros bienes, lo cierto es que en este pronunciamiento se da la idea que las megacategorías del “daño a la vida de relación” y “alteración a las condiciones de existencia” son menores en casos como éstos. De esta manera, podría deducirse que las mismas no sólo resultan inapropiadas por su falta de concreción en algunos casos, sino también por su insuficiencia⁷²⁹.

Por último, en este caso se indemnizó al hijo del soldado con 100 SMMLV por perjuicios morales, y con 100 SMMLV “*Por concepto de perjuicio por la vulneración de bienes jurídicos constitucionales*”. Es decir, en este caso pasó todo lo contrario a los anteriores: No se incluyen todos los rubros dentro de los perjuicios morales, sino que se dejan por separado. ¿Doble indemnización o reparación integral?, ¿Enriquecimiento injusto o satisfacción proporcional al dolor causado?

- Atentado terrorista en que muere policía mientras laboraba en la estación de Policía – “violación de los bienes constitucionales a la vida, a la familia y a la dignidad” – Sentencia del 24 de octubre de 2013⁷³⁰:

En este caso del 2013, el Consejo de Estado condena **(i)** por perjuicios materiales (patrimoniales en realidad), **(ii)** por daño a la salud, **(iii)** por perjuicios morales y **(iv)** por “concepto de violación de los bienes constitucionales a la vida, a la familia y a la dignidad”. Sobre este último ítem se reconocieron 20 SMMLV y; por perjuicios morales, 100 SMMLV. El caso se trató de un atentado terrorista en el municipio de Barbacoas en el cual murió un policía mientras laboraba en la estación de policía del municipio. En la sentencia, se ordena indemnizar a la compañera y a la hija del policía por cuanto las mismas debieron abandonar el municipio tras la toma guerrillera; e igualmente la hija debió ver cómo su padre recibió múltiples impactos de bala, entre ellos, un disparo a corta distancia en la cabeza.

⁷²⁸ *Ibidem*.

⁷²⁹ Adicionalmente, Enrique Gil señala que dichas categorías son violatorias de los principios de igualdad y dignidad humana. GIL BOTERO, Enrique, “*La constitucionalización del Derecho de daños*”, p. 82.

⁷³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de octubre de 2013, Exp.: 25.981, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Si bien el desarrollo que se da en esta sentencia a la protección del derecho a la familia resulta bastante interesante, es menester recordar la anotación hecha en el capítulo anterior respecto de la precaución que debe tenerse para no indemnizar perjuicios bajo rubros amplios como el derecho a la dignidad, pues es obvio que la afectación a muchos derechos necesariamente implica la vulneración al derecho a la dignidad, por lo cual no resulta aconsejable indemnizar los perjuicios derivados de afectaciones a este derecho por separado sino dentro de un derecho que concretamente se refiera a la lesión (en este caso, la familia).

- *Muerte de esposa e hija por falla médica – “afectación de los derechos convencional y constitucionalmente protegidos (derecho a la familia y libre desarrollo de la personalidad)”* – Sentencia del 12 de febrero de 2014⁷³¹:

Finalmente, en un caso fallado en el 2014, se ordenó el “pago de los perjuicios por la *afectación de los derechos convencional y constitucionalmente protegidos (derecho a la familia y libre desarrollo de la personalidad)*” a tres personas y, a cada una de ellas se les reconoció por este concepto un monto de 100 SMMLV. En este caso, mueren la esposa y la hija de una familia por la falta de remisión oportuna entre entidades prestadoras de servicio de salud. Por su parte, el caso resulta interesante en tanto que da luces sobre el límite para evitar la doble indemnización como consecuencia del reconocimiento de este tipo de derechos. Al respecto, señala el Consejo de Estado que, cuando se vulneran bienes constitucional y convencionalmente protegidos, su reconocimiento no debe hacerse por separado sino dentro de una única tipología de daño:

“... la vulneración a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos fue concebida por la Sala como una única tipología de perjuicio que abarca las diferentes lesiones que el hecho dañino haya generado en los derechos constitucionales de las víctimas, sin que haya lugar a conceder multiplicidad de reconocimientos por cada uno de ellos.

Es así, que si bien en el caso de autos se vulneraron los derechos constitucionales a tener una familia y a desarrollar libremente su personalidad dentro de la misma, la afectación a estos derechos se concreta en una sola esfera de la naturaleza de la persona; entonces, la muerte de la madre – esposa y de la hija – hermana, afecta un solo núcleo familiar y el desarrollo de los perjudicados en las relaciones que de ella se derivan, sin que pueda hablarse de una doble afectación.”⁷³² (Subrayado ajeno al original).

⁷³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de febrero de 2014, Exp.: 40.802, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷³² *Ibídem.*

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

Esta tesis es interesante en tanto que intenta evitar la doble indemnización y el enriquecimiento injusto, y está acorde con parte de la *ratio decidendi* fijada en el 2011⁷³³ en relación con la indemnización de estos bienes, sobre lo cual se dijo que debía hacerse bajo los conceptos tradicionales de daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia. En consecuencia, esta sentencia pareciera acogerse al criterio del 2011 aunque apartándose de los “conceptos tradicionales” por su misma complejidad, como se ha podido analizar. No obstante lo anterior, lo ideal debería ser que tanto el reconocimiento como la indemnización de cada perjuicio se hiciera por aparte por las dificultades que implican las mega-categorías.

- *Casos de privación injusta de la libertad:*

A modo ejemplificativo, valga mencionar que el Consejo de Estado ha aceptado la procedencia de perjuicios por lesión a la honra, el honor, la libertad y el buen nombre en casos de sindicación y/o detención ilegal a una persona por supuestos nexos con diversos delitos (narcotráfico, secuestro) haciendo pública esa relación y ocasionando daño moral y daño a la *reputación familiar, estabilidad familiar, tranquilidad y vida*⁷³⁴. Igualmente, también se ha reconocido la procedencia de los anteriores perjuicios, junto con aquellos originados por violación a la *dignidad, vida e intimidad familiar* en un caso en el cual se privó injustamente de la libertad a un padre por haber sido acusado y privado de su *libertad* injustamente por la supuesta violación y muerte de su hija menor⁷³⁵.

4.3. Daño a la honra, el honor y el buen nombre:

Como se dijo anteriormente, no hay criterios objetivos para tasar estos perjuicios a diferencia de lo que ocurre en España, por ejemplo, donde se han establecido criterios legales para su cuantificación en el art 9.3 de la LO 1/1982 (Ley de protección al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen) que la cuantía se fijará atendiendo a criterios objetivos y subjetivos. Según lo explican ENCARNA ROCA y MÓNICA NAVARRO:

⁷³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exps.: 38.222 y 19.031, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁷³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 27 de julio de 200, Exp.: 12.641, C.P.: María Elena Giraldo; del 25 de enero de 2001, Exp.: 11.413, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 17 de junio de 2004, Exp.: 15.183, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; del 29 de enero de 2009, Exp.: 16.576, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra; del 9 de junio de 2010 Exp.: 19.283, C.P.: Enrique Gil Botero; del 24 de enero de 2011, Exp.: 18.190, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz; del 28 de febrero de 2013, Exp.: 24.622, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

⁷³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de marzo de 2012, Exp.: 19.807, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 30 de marzo de 1990, Exp.: 3.510, C.P.: Antonio José de Irisarri Restrepo. Sentencia del 23 de agosto de 2001, Exp.: 13.745, C.P.: German Rodríguez Villamizar.

“Este artículo prevé dos tipos de criterios valorativos: los subjetivos, que incluyen la reputación del difamado y la consideración de sus circunstancias personales, como la edad, sexo y condición de la persona. Y entre los criterios objetivos, la difusión o audiencia del medio a través del cual se produce la intromisión ilegítima, y el beneficio obtenido por el causante de la lesión.”⁷³⁶ (Subrayado ajeno al original).

Sin embargo, al analizar estos criterios “objetivos”, se puede concluir su improcedencia, pues siempre será necesaria algún tipo de difusión deshonrosa (bien sea en una audiencia significativa con menor interés en la información deshonrosa, o en una audiencia menor con mayor impacto en la vida de la víctima). En esa medida, la difusión es necesaria *per se* para que haya daño a la honra⁷³⁷. El tipo de difusión, de audiencia, de información deshonrosa, la calidad de la víctima, etc., deberán ser analizados en cada caso. Ni siquiera es “objetivo” el criterio del reconocimiento o fama de la víctima, pues es un concepto igualmente relativo, a diferencia de lo que sucede en la indemnización de perjuicios morales a la víctima indirecta en casos de muerte donde no hay mayor dificultad probatoria para acreditar que la madre del fallecido es efectivamente la madre (registro civil de nacimiento, testimonios).

En relación con la indemnización de estos bienes, inicialmente hay que tener en cuenta la distinción que la jurisprudencia ha delineado entre dichos conceptos. Así, la Corte Constitucional ha señalado que:

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

(...)

“[La honra es] la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan. (...) Al referirse al núcleo del derecho a la honra, la Corte en Sentencia señaló que del mismo hace parte tanto, la estimación que cada individuo hace de sí mismo, como, desde una perspectiva externa, el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad de cada persona, y expresó que para que pueda tenerse como afectado el derecho a la honra, esos dos factores debe apreciarse de manera conjunta.”⁷³⁸ (Subrayado ajeno al original).

⁷³⁶ ROCA TRÍAS, Encarna; NAVARRO MICHEL, Mónica, *Ob. Cit.*, p. 204.

⁷³⁷ “Al referirse al núcleo del derecho a la honra, la Corte en Sentencia señaló que del mismo hace parte tanto, la estimación que cada individuo hace de sí mismo, como, desde una perspectiva externa, el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad de cada persona, y expresó que para que pueda tenerse como afectado el derecho a la honra, esos dos factores debe apreciarse de manera conjunta.” Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁷³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

Igualmente,

“El honor se refiere a la conciencia del propio valor, independiente de la opinión ajena; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno -el sentimiento interno del honor-, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros -honra-.”⁷³⁹ (Subrayado ajeno al original).

En relación con la honra y el buen nombre, señala CESAR SAAVEDRA MADRID, que la reparación de aquéllos encuentra sustento en el artículo 15 C.P. y en el *ius imaginis*, que no se refiere exclusivamente a la integridad física, sino que se hace extensivo a la integridad moral de la persona⁷⁴⁰.

El reconocimiento de este daño en la jurisdicción de lo contencioso administrativo “no es un aspecto novedoso en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que, en otras oportunidades la Sección Tercera se había referido a la lesión al derecho a la honra como fundamento para una indemnización autónoma por vía del daño a la vida de relación”⁷⁴¹ e igualmente por vía del daño moral, como se verá.

Sobre ejemplos de indemnización de los perjuicios por daño a la honra, el honor y el buen nombre bajo el rubro por daño a la vida de relación:

- Publicación de informe del DAS con información injuriosa contra un homónimo responsable de una masacre – “Daño moral en el que se entiende incluido el daño a la vida de relación” - Sentencia del 25 de enero de 2001⁷⁴²:

En este caso, el director del DAS presenta un informe a los medios de comunicación con la fotografía y número de cédula del demandante, afirmando que el mismo figura como posible autor de la masacre de indígenas cometida en Caloto, Cauca en 1991. El *a-quo* impuso condena por 1000 gramos oro por concepto de perjuicios morales. Sin embargo el Consejo de Estado reconoce inicialmente que “el demandante sufrió, a más de un daño moral, un daño a la vida de relación, y respecto de la solicitud de indemnización de ambos rubros, bien podía el fallador encontrarla en la demanda, haciendo uso de sus facultades interpretativas”, en tanto que, si bien en la demanda sólo se pidió reparación del daño moral, a partir de la narración de los hechos podía extraerse igualmente la vulneración del derecho al domicilio

⁷³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-063 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁴⁰ SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 133. Sobre un estudio histórico y psicológico del honor y la imagen, ver páginas 135-141.

⁷⁴¹ GIL BOTERO, Enrique, “La constitucionalización del Derecho de daños”, p. 77.

⁷⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de enero de 2001, Exp.: 11.413, C.P.: Alier Hernández Enríquez.

y a la honra. No obstante lo anterior, el Consejo de Estado decide “que en la condena impuesta por el a quo, por concepto del daño moral sufrido por el actor –equivalente al valor total que, por dicho concepto, fue solicitado en la demanda–, se encuentra comprendida la indemnización de todo el daño extrapatrimonial que le fue causado, esto es, tanto el daño moral propiamente dicho, como el daño a la vida de relación, cuyo contenido se acaba de precisar.”

- Privación injusta de la libertad – “Alteración a las condiciones de existencia” - Sentencia del 8 de junio de 2011⁷⁴³:

Bajo la antigua concepción de la “alteración a las condiciones de existencia” (esto es, aquella asumida luego de 2007 y hasta las sentencias del daño a la salud del 14 de septiembre de 2011), afirma el Consejo de Estado:

“... “alteración a las condiciones de existencia”, denominación que se adoptó para efectos de indemnizar no sólo los daños ocasionados a la integridad física y/o psíquica, sino cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes a los señalados, o lo que es lo mismo decir, aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras, denominación que acoge la Sala para efectos de evaluar la solicitud de indemnización que por este concepto de reclama.”⁷⁴⁴ (Subrayado ajeno al original).

Como consecuencia de lo anterior se señala en este fallo que “al accionante no sólo se le limitó su libertad sino que (...) sus derechos a la honra y al buen nombre le fueron vulnerados (...) [y en consecuencia] se ocasionó, sin lugar a dudas, adicionalmente a los perjuicios morales, una alteración importante en sus condiciones de existencia. Por tanto, la Sala encuentra procedente el reconocimiento de este perjuicio (...) en un monto de 60 Salarios Mínimos Mensuales”⁷⁴⁵. Por perjuicios morales, se reconocen otros 60 SMMLV.

Sobre ejemplos de indemnización de los perjuicios por daño a la honra, el honor y el buen nombre bajo el rubro de perjuicios morales⁷⁴⁶:

⁷⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2011, Exp.: 18.907, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁷⁴⁴ *Ibidem*.

⁷⁴⁵ *Ibidem*.

⁷⁴⁶ Igualmente: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 28 de febrero de 2013, Exp.: 24.622, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 31 de agosto de 1990, Exp.: 5.705, C.P.: Gustavo de Greiff Restrepo; del 27 de julio de 2000, Exp.: 12.641, C.P.: María Elena Giraldo; del 24 de enero de 2011, Exp.: 18.190, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz; del 16 de marzo de 2012, Exp.: 19.807, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo; del 19 de noviembre de 2012, Exp.: 25.506, C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- Comunicado de la Policía con información injuriosa – “Perjuicio moral” - Sentencia del 4 de junio de 2004⁷⁴⁷:

En el presente caso, el comandante de policía de la Guajira señala a un hombre como copartícipe de una masacre o genocidio. No obstante que el Consejo de Estado desarrolla con fundamento en los precedentes jurisprudenciales, el alcance de derecho a la honra y el buen nombre, finalmente asevera que *“en este caso el daño moral se constituye en el efecto natural y ordinario de la ofensa causada consistente en la limitación arbitraria e injusta del derecho a la libertad, sin orden de captura y la deshonra y desmejora sustancial de la imagen del señor”*⁷⁴⁸; de manera que la indemnización por estos bienes se termina incluyendo en el rubro de los perjuicios morales por un monto de \$3'382.855,00 a la víctima directa.

Esta es la razón por la cual se añade una aclaración de voto en el sentido que *“resultaba procedente analizar la existencia de un daño a la vida de relación, además del daño moral, pues, como lo ha reiterado la Sala, la lesión al derecho a la honra es fuente principalísima de la producción de este tipo de daño.”*⁷⁴⁹

- Recorte de prensa con información injuriosa – “Perjuicios morales” – Sentencia del 9 de junio de 2010⁷⁵⁰:

En un periódico regional se publica que un señor era integrante de una banda de secuestradores de un importante comerciante del departamento de Nariño, y en el mismo, se publica su foto al momento de la captura. Como consecuencia de esto se afectan sus relaciones laborales y sus derechos al buen nombre, honra y honor. No obstante el desarrollo que se hace en la sentencia a estos derechos, en la misma se deja claro que en la demanda y en el recurso sólo se solicitó la reparación por daños morales, de manera que no habría lugar a reconocer más rubros, aun cuando *“es cierto que la violación de los bienes jurídicos constitucionales explicados anteriormente, merece el reconocimiento de una indemnización independiente de los demás perjuicios solicitados-morales y materiales”*. En consecuencia, se reconocen 60 SMMLV en este caso.

Sin embargo, con posterioridad este perjuicio fue reconocido como perjuicio autónomo. Ejemplo de ello en la siguiente sentencia⁷⁵¹:

⁷⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2004, Exp.: 15.183, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

⁷⁴⁸ *Ibídem*.

⁷⁴⁹ *Ibídem*, aclaración de voto de Alier Hernández Enríquez.

⁷⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2010, Exp.: 19.283, C.P.: Enrique Gil Botero.

- Difusión masiva de falsas imputaciones por muerte del ex candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento – “por falsas imputaciones” – Sentencia del 29 de enero de 2014⁷⁵²:

El Consejo de Estado reconoce a tres personas (Alfredo, Héctor y Norberto) acusadas y privadas de la libertad por 42 meses por haber asesinado supuestamente al ex candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento, su escolta y un concejal. En el presente caso hay que tener en cuenta que Héctor y Norberto habían realizado un acuerdo conciliatorio con la Fiscalía General de la Nación, a partir del cual se reconocieron 60 SMMLV a cada uno por concepto de perjuicios morales. En consecuencia, el Consejo de Estado respeta lo conciliado y, en relación con los perjuicios extrapatrimoniales, se limita a reconocer:

- Los perjuicios morales de Alfredo por no haber sido incluido en el acuerdo conciliatorio. Para ello analiza la vulneración a la libertad, la honra y el buen nombre dentro del capítulo de los perjuicios *morales*; posteriormente se refiere a la facultad de superar el tope de los 100 SMMLV y, finalmente, señala:

“... comportó una grave afectación de sus derechos a la dignidad, al buen nombre y a su honra, circunstancias que permiten inferir, para el caso concreto, una mayor afectación moral.”

Con fundamento en todo lo anterior y teniendo en cuenta que en el presente asunto se configuraron dos daños antijurídicos independientes, a saber: i) privación injusta de la libertad y; ii) falsas imputaciones difundidas masivamente, la Sala decretará una indemnización por cada uno de tales hechos dañosos.”⁷⁵³ (Subrayado ajeno al original).

En otras palabras, si bien se afirma que se reconocerán los perjuicios morales a Alfredo, por no haber sido incluido en el acuerdo conciliatorio, finalmente se le reconocen dos daños antijurídicos “independientes” que se liquidan por aparte, otorgándole así 300 SMMLV por “privación injusta de la libertad” a Alfredo; monto que no les fue reconocido en cambio a las otras dos víctimas y 200 SMMLV por afectación al buen nombre.

⁷⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2011, Exp.: 18.190, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz (con aclaración de voto de Jaime Santofimio Gamboa, por no haberse indemnizado la afectación al buen nombre y la honra por aparte, sino dentro del concepto de perjuicios morales).

⁷⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp.: 33.806, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁷⁵³ *Ibidem*.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- Se reconocen 200 SMMLV a cada una de las víctimas por afectación al buen nombre. Recuérdese que en el acuerdo conciliatorio se habían reconocido ya 60 SMMLV a Héctor y Norberto.
- Se reconocen 200 SMMLV a cada una de las víctimas por “alteración grave a las condiciones de existencia” cuando en realidad debió ser por daño a la salud en el entendido que el mismo abarca el daño psicológico que alegaron las víctimas. Además, se deduce que son 200 SMMLV a partir de testimonios, sin ningún dictamen médico.

En conclusión, analizando sólo los perjuicios extrapatrimoniales, Norberto y Héctor recibieron **(i)** 60 SMMLV por perjuicios morales, **(ii)** 200 SMMLV por falsas imputaciones y **(iii)** 200 SMMLV por daño a la salud. Por su parte, Alfredo recibió **(i)** 300 SMMLV por privación injusta de la libertad, **(ii)** 200 SMMLV por falsas imputaciones y **(iii)** 200 SMMLV por daño a la salud. Por todo lo anterior, este caso pudo configurar un enriquecimiento injusto y una violación a la igualdad material, por las siguientes razones:

- Se indemniza la afectación a la libertad en 300 SMMLV sin ninguna justificación. El monto aparece de repente superando incluso el tope de perjuicios *morales* para estos casos. Si se usara dicha tabla de perjuicios morales como criterio auxiliar⁷⁵⁴, teniendo en cuenta que para privaciones superiores a 18 meses, aplican 100 SMMLV; y suponiendo que se hiciera una regla de tres (que en todo caso así no lo ha fijado el Consejo de Estado), el monto ascendería a 233 SMMLV. Es decir, ni siquiera por este método se llegaría a ese monto.

Acá no podría justificarse que se aumenta el monto por las noticias injuriosas (porque esto fue analizado e indemnizado en un rubro diferente). Tampoco servirían todos los criterios fijados para determinar los perjuicios morales en estos casos⁷⁵⁵ (porque se trata de afectación a la libertad; no a los sentimientos). Si se argumenta que fue por la calidad de la persona supuestamente asesinada (ex candidato presidencial), sería injusto porque ello debería estudiarse en la afectación al buen nombre. Según lo dicho en la sentencia, pareciera ser que el argumento fue la estadía de la víctima “*en diferentes centros de reclusión por más de 42 meses, lapso durante el cual permaneció alejado de sus seres*

⁷⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2013, Exp.: 25.022, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 17 de octubre de 2013, Exp.: 23.354, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁷⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2013, Exp.: 25.022, C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 17 de octubre de 2013, Exp.: 23.354, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez:... *i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad*”. (Subrayado ajeno al original)

queridos, recluido en una ciudad diferente a la de su residencia". Sin embargo, ¿Esto da lugar a incrementar tanto el monto?

- Si se comparan los casos de superación al tope de los 100 SMMLV⁷⁵⁶ para perjuicios morales, frente a este caso, no se entiende por qué en este último, las víctimas directas fueron indemnizadas con 260 y 500 SMMLV por perjuicios extrapatrimoniales diferentes a los derivados del daño a la salud frente a los siguientes de privación injusta de la libertad y afectación al buen nombre:
 - Caso del año 2010⁷⁵⁷: Caso en el que la fuerza pública, en medio de un operativo, mató a una señora delante de sus hijos, torturando al esposo de la misma a autoincriminarse, conllevando a la privación injusta de la libertad del esposo. El Consejo de Estado encuentra "una grave y significativa violación a los derechos humanos" y ordena una indemnización de perjuicios morales por 150 SMMLV. Tiempo de privación: 12 meses.
 - Caso del año 2013⁷⁵⁸: Con privación injusta de la libertad por más de 11 años por haber asesinado supuestamente a 11 personas en Bogotá. Se reconocen 250 SMMLV por perjuicios morales, sin indemnización separada por afectación a la libertad. A causa de ello, no pudo asistir al entierro de su padre, un hermano y un hijo.
- Finalmente, se indemniza el daño moral y el daño al buen nombre (en el caso de Héctor y Norberto) sin distinciones claras entre ambos conceptos. Adicionalmente, al querer reconocer el daño moral de Alfredo, se analiza realmente el daño a "bienes constitucional y convencionalmente protegidos" (libertad y buen nombre), sin que al final se reconociera nada por daño moral a Alfredo, y en cambio sí, una suma exorbitada por afectación a la libertad. De aquí la importancia –se insiste– en identificar de manera adecuada los bienes sobre los que recae la lesión.

4.4. Privación injusta de la libertad:

Como se ha podido analizar, a partir de la privación injusta de la libertad, pueden surgir diferentes daños dependiendo de la esfera extrapatrimonial que se perjudique: familia,

⁷⁵⁶ Numeral 2.1.b del Capítulo II.

⁷⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 18.860, C.P.: Enrique Gil Botero: "la fuerza pública se movilizó hasta el domicilio de Rogelio Aguirre López, localizado en la calle 30 con la carrera 86C de la ciudad de Medellín, y empezó a disparar de forma indiscriminada contra el inmueble sin prever las consecuencias, lo que trajo como resultado la muerte de la señora María Antonia Castaño, cónyuge de Aguirre López, y la aprehensión de este último, a quien, adicionalmente, lo sometieron a las más inhumanas torturas para que se autoincriminara como autor material de la muerte de su esposa".

⁷⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de septiembre de 2013, Exp.: 33.566, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

honor y buen nombre, intimidad, dignidad, tranquilidad, etc.⁷⁵⁹. Sobre la indemnización de estos últimos daños se han analizado los criterios discordantes al interior del Consejo de Estado. Ahora cabe la pregunta sobre si la libertad, como bien constitucional y convencionalmente protegido⁷⁶⁰, es susceptible de indemnización autónoma o no. Al respecto, el Consejo de Estado no ha fijado una posición definitiva aún.

Analizando los casos anteriores, se tiene que el único caso en que se protegió la libertad por separado fue el de la privación injusta de la libertad por el asesinato de Luis Carlos Galán, su escolta y un concejal. ENRIQUE GIL BOTERO señala que la indemnización por afectación a la libertad debe ser resarcida de manera autónoma e independiente⁷⁶¹. Sin embargo, lo cierto es que el Consejo de Estado no suele indemnizar estos perjuicios por separado sino que los tiene en cuenta para aumentar el rubro de los perjuicios morales⁷⁶².

Sobre lo anterior, es claro que resultaría muy peligroso para la garantía del principio de equidad e igualdad material, la indemnización autónoma e independiente por afectación a la libertad en casos de privación injusta de la libertad, en tanto que podrían ordenarse indemnizaciones desorbitadas como en el caso de Luis Carlos Galán, por no marcarse el límite entre la afectación a los sentimientos, a la libertad y al buen nombre de la víctima. Sin embargo, en un contexto de simple lógica, no habría razón alguna evidente para rechazar la indemnización por afectación a la libertad de manera independiente.

Así como sucede en el derecho a la salud, que es reconocido individualmente y su afectación es protegida mediante una indemnización independiente de los demás rubros, de igual manera tendría que poderse aplicar para el derecho a la libertad. En otras palabras, si bien es cierto que la indemnización autónoma e independiente de los bienes y derechos constitucionales pareciera darle claridad y orden al tema, también es cierto que aún se requiere mucha uniformidad al interior del Consejo de Estado.

⁷⁵⁹ “Artículo 414, Decreto 2700 de 1996: *“Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios...”*

⁷⁶⁰ Artículo 13 de la Constitución Política y artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia a través de la ley 16 de 1976.

⁷⁶¹ GIL BOTERO, Enrique, *“La constitucionalización del Derecho de daños”*, p. 80.

⁷⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de las siguientes fechas: del 18 de marzo de 2010, Exp.: 18.357, C.P.: Enrique Gil Botero; del 14 de abril de 2010, Exp.: 18.860 y 18.960, C.P.: Enrique Gil Botero; del 26 de mayo de 2010, Exp.: 18.467, C.P.: Gladys Agudelo; del 9 de junio de 2010, Exp.: 18.370, C.P.: Mauricio Fajardo; del 29 de enero de 2011, Exp.: 18.190, C.P.: Olga Melida Valle de la Hoz; del 19 de noviembre de 2012, Exp.: 25.506, C.P.: Jaime Santofimio; del 3 de mayo de 2013, Exp.: 29.876, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 12 de febrero de 2014, Exp.: 30.033, C.P.: Hernán Andrade Rincón; del 27 de marzo de 2014, Exp.: 31.535, C.P.: Carlos Zambrano Barrera.

4.5. Conclusiones:

Luego de analizados estos casos, podría entonces preguntarse si en eventos como éstos cabe la indemnización de los perjuicios derivados del daño moral y del daño a la tranquilidad o al domicilio (etc.) por separado, o todos juntos en la categoría del daño moral. ¿Por qué en muchos de los casos vistos se indemnizan los perjuicios morales y por afectación a otros bienes dentro de un solo rubro llamado “perjuicios morales”? ¿Por qué en otros se indemnizan dentro de un solo rubro llamado “perjuicios morales y afectación a otros bienes”? y ¿Por qué en otros se indemniza en varios rubros por separado? Todo esto hay que analizarlo desde el punto de vista de la indemnización. Así, si ambos conceptos se indemnizaran por aparte, ¿Cuál sería el criterio para evitar la doble y hasta triple indemnización (cuando se reconozcan las lesiones a distintos derechos por separado (como en el caso de Luis Carlos Galán)?

Al respecto, es necesario distinguir entre **(i)** el reconocimiento del daño (que depende del reconocimiento de los bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos), por una parte, y **(ii)** por otra, la liquidación de los perjuicios derivados por afectación a dichos bienes, que deberá hacerse en un solo rubro (según la tesis fijada en el 2011) siempre que no se trate de perjuicios patrimoniales, morales o por daño a la salud, pues los mismos tienen una naturaleza y forma de liquidación diferente.

Así, en un caso de daños sobre la propiedad, no sería dable ordenar la indemnización por concepto de perjuicios derivados de la afectación al derecho de propiedad por una parte, y por concepto de perjuicios patrimoniales, por otra (pues habría doble indemnización del mismo daño); salvo que esta afectación de carácter patrimonial guarde relación con bienes como la tranquilidad, la seguridad, la intimidad, etc., pues en este último evento, el daño (si bien es patrimonial) y tiene consecuencias patrimoniales, también tiene consecuencias extrapatrimoniales. He aquí la importancia de diferenciar entre daño y perjuicio.

A su vez, no podría indemnizarse por afectación al derecho a la familia, por una parte, y por afectación al derecho a la dignidad por otra, pues habría igualmente doble indemnización, en tanto que si bien ambos podrían haber sido vulnerados, el primero se entendería incluido en el segundo, pero el primero es más específico. De ahí la importancia de ir delimitando el alcance de cada derecho en la jurisdicción, de manera que en cada caso concreto se pueda identificar el derecho o bien vulnerado y proceder a su reconocimiento. De esta manera se evitaría incluir daños dentro de mega-categorías de daños por afectación a derechos como la dignidad, la igualdad.

Por último, sería conveniente que se fijara un tope que aplicara para las afectaciones a los derechos de la personalidad; no sólo para así evitar un enriquecimiento indebido del demandante a raíz de condenas proferidas contra el Estado y las prácticas indebidas alrededor del tema, sino también para guardar coherencia con lo señalado por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

“Ahora bien, en varias oportunidades la jurisprudencia nacional ha protegido los derechos a la honra y al buen nombre desde la perspectiva del carácter objetivo del derecho al honor, no obstante, como quiera que todos estos conceptos hacen parte integral de los derechos de la personalidad y en atención a la condición inherente de valores fundamentales susceptibles de protección, se debe entender que integran un solo bien jurídico constitucional, por lo tanto, la vulneración por parte del Estado a alguno de estos derechos fundamentales debe ser indemnizado.”⁷⁶³ (Subrayado ajeno al original).

Lo anterior guardaría armonía a su vez con el artículo 4 del Decreto 1260 de 1970, según el cual:

“Artículo 4: La persona a quien se discuta el derecho al uso de su propio nombre, o que pueda sufrir quebranto por el uso que otra haga de él, puede demandar judicialmente que cese la perturbación y se le dé seguridad contra un temor fundado, así como la indemnización de los daños a los bienes de su personalidad y del daño moral que haya sufrido” (Subrayado ajeno al original).

Sin embargo, el problema surgiría con otros derechos que no afectan directamente los derechos de la personalidad (como, por ejemplo, la libertad, la seguridad, la inviolabilidad del domicilio⁷⁶⁴), pues en estos casos se desconoce las limitantes que tiene el juez al momento de tasar el perjuicio.

5. El arbitrio judicial en la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales – Criterio subjetivo

5.1. Argumentos a favor del arbitrio judicial:

Es considerable la doctrina que confluye en afirmar que, como quiera que los perjuicios extrapatrimoniales no obedecen a una pérdida o lesión de tipo económico que pueda ser determinada de manera objetiva o científica, sino a una aflicción no conmensurable, la forma de cuantificarlos debe tener fundamento en el *arbitrio iuris*⁷⁶⁵ que, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, “se hace a través de la equidad, y más precisamente

⁷⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2010, Exp.: 19.283, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁷⁶⁴ Edgar Cortés, al incluir todas estas categorías de daño dentro del daño moral afirma que daño extrapatrimonial no es sinónimo de daño personal, en tanto que el primero incluye otros daños como el daño ambiental; posición que no se comparte en tanto que la titularidad de un ambiente sano es colectivo, siendo así que esta reparación de daño no procede por no ser personal. CORTÉS, Edgar, *Ob. Cit.*, p. 225.

⁷⁶⁵ CHAPUS, René, *ob. cit.*, p. 191.

*mediante el enigma de su esencia: «la razón natural»*⁷⁶⁶. Sólo de esta manera, sería posible mantener la liquidación de los mismos de manera tal que no se convierta en fuente de enriquecimiento sin causa de conformidad con el artículo 8 de la Ley 153 de 1887⁷⁶⁷.

Según esta posición, la aplicación del *arbitrio iuris* no es una solución caprichosa o arbitraria pues, dado que “*cuantificar es traducir en una suma dineraria el menoscabo que una persona determinada ha sufrido a consecuencia de un hecho antijurídico*”⁷⁶⁸, y como quiera que estos daños obedecen a daños netamente subjetivos, el fundamento para la tasación de este tipo de perjuicios son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el análisis de los efectos que el daño causó⁷⁶⁹. El doctor ÁLVARO BUSTAMANTE afirma que tratándose perjuicios morales no puede hacerse un sometimiento material totalmente ajeno al sentido, contenido y profundidad de los mismos para encajarlos en un entendimiento más pecuniario y material que moral y subjetivo, pues resulta imposible medir la angustia, la aflicción, el dolor, el abandono, los sentimientos de inferioridad, la desprotección⁷⁷⁰.

Al respecto señala igualmente JORGE MOSSET ITURRASPE que “*así como en materia de daño patrimonial priva el criterio objetivo, en la cuestión del daño moral priva, a nuestro parecer, la apreciación subjetiva*”⁷⁷¹ por cuanto las “*circunstancias personales*” en cada caso son muy variables⁷⁷². Por su parte, ENRIQUE GIL BOTERO asevera que el arbitrio judicial siempre será necesario por cuanto el Legislador no puede contemplar todas las hipótesis que se pueden presentar en un proceso judicial; lo cual no debe ser entendido como arbitrariedad sino como discreción racional. Adicionalmente, enuncia algunas formas de razonamiento y justificación de decisiones judiciales: lógica formal, analogía, interpretación gestáltica, test de razonabilidad, test de igualdad, principio de proporcionalidad, sana crítica, reglas de la

⁷⁶⁶ SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *Ob. Cit.*, p. 196.

⁷⁶⁷ Este artículo obliga a los jueces a acudir a los principios generales del Derecho ante la falta de normas aplicables al caso. Con base en este artículo, se desarrolló la noción del enriquecimiento sin causa. SUESCUN M., Jorge, “*Derecho Privado. Estudio de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*”. Tomo I, II Edición, Bogotá: Legis, 2003, p. 13. Prescribe el tenor de dicha norma: “*Artículo 8. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*”.

⁷⁶⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix, “*Tratado de la responsabilidad civil*”, Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006, p. 12.

⁷⁶⁹ ISAZA POSSE, María Cristina, “*De la cuantificación del daño: Manual teórico-práctico*”, p. 45.

⁷⁷⁰ BUSTAMANTE LEDSMAN, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 213-214, 218.

⁷⁷¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “*El daño moral. La cuantía del resarcimiento y la función del juez*” en *Ob. Cit.*, p. 84.

⁷⁷² *Ibidem*, p. 84-91. En alusión igualmente a las “*circunstancias personales de la víctima*”, RIVER, Julio César; GIATTI, Gustavo; ALONSO, Juan Ignacio, “*La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen*” en: INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO, *Ob. Cit.*, p. 122.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

experiencia, sentido común, etc.⁷⁷³. Al respecto, es importante la delimitación que hace ALEJANDRO NIETO sobre el arbitrio:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión.

(...)

*El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.*⁷⁷⁴ (Subrayado ajeno al original).

La jurisprudencia no es unánime sobre el tema. Sin embargo, los pronunciamientos que favorecen esta postura datan de hace muchos años⁷⁷⁵ y, si bien hoy en día tanto la jurisprudencia como la doctrina buscan limitar la discrecionalidad judicial, hay un sector de la jurisprudencia que aún defiende la necesidad del *arbitrio iuris* para la tasación de perjuicios extrapatrimoniales:

*“... el arbitrio iuris ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.”*⁷⁷⁶

Igualmente,

*“... el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio iuris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia...”*⁷⁷⁷

⁷⁷³ GIL BOTERO, Enrique, “La constitucionalización del Derecho de daños”, p. 58-59. Igualmente: “... dada la imposibilidad en que se encuentra el legislador de prever la pluralidad de daños que se pueden desencadenar de la actuación de la administración pública y, por ende, de regular las medidas de reparación y resarcitorias idóneas para cada supuesto fáctico, deviene inefable que el juez de la responsabilidad haga uso del instrumento del *arbitrium iuris* para materializar el contenido del principio de reparación integral”, p. 57.

⁷⁷⁴ NIETO, Alejandro, “El arbitrio judicial”, Barcelona: Editorial Ariel, 2001, p. 219.

⁷⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de noviembre de 1967, Exp.: 414 (Citada por GIL BOTERO, Enrique, “La constitucionalización del Derecho de daños”, p. 56).

⁷⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2011, Exp.: 20.144, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero.

⁷⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de febrero de 2012, Exp.: 20.106, C.P.: Enrique Gil Botero.

Por último, actualmente podría decirse que uno de las principales razones para defender la aplicación de la discrecionalidad judicial en la tasación de perjuicios extrapatrimoniales es el cambio en la concepción del “*arbitrium judicis*” dado con la sentencia del 23 de agosto de 2012⁷⁷⁸, que deja la puerta abierta para aplicar criterios objetivos o subjetivos en este tema, como quiera que -según esa sentencia- el arbitrio judicial en realidad no es un criterio subjetivo sino basado en “criterios o referentes objetivos”. En otras palabras, bajo el concepto de “*arbitrium judicis*” cabe todo (incluso una tabla de puntos). A partir de esta sentencia se ha escudado el test de proporcionalidad (que solía llamarse objetivo) como ya se mencionó en su oportunidad⁷⁷⁹. En consecuencia, es lógico esperar que aumenten las voces a favor del arbitrio judicial, así sea para justificar detrás de él, la aplicación de criterios objetivos.

5.2. Argumentos en contra del arbitrio judicial:

En oposición a lo anterior⁷⁸⁰, puede refutarse (i) que el arbitrio judicial ha sido un criterio realmente lamentable bajo el cual muchas veces se escuda la omisión de muchos jueces en argumentar las sentencias como exige la confianza legítima y la igualdad material, con lo cual los litigantes, por una parte, quedan a la deriva sin saber cómo se fallarán futuros casos; y las víctimas, por otra parte, quedan resarcidas de manera diferente aun en casos parecidos. Como señala más claramente MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ:

“Por eso, de dice con razón que “sólo conociendo el procedimiento seguido por el tribunal para la determinación del monto resarcitorio, quedan las partes en condición de criticarlos”⁷⁸¹. No excusa la invocación de saber cómo se ha desplegado esa prudencia en el asunto juzgado.”⁷⁸²

Como se ha podido ver en los casos anteriormente analizados, no en pocas oportunidades los fallos carecen de la motivación debida. De hecho, hay muchas aclaraciones de voto en sentencias del Consejo de Estado reprobando, precisamente, esa falta de argumentación en

⁷⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp.: 24.392, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁷⁷⁹ Sentencias que se han acogido a esta última tesis para aplicar el método que consideren individualmente más adecuado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2011, Exp.: 18.190, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz. Sentencia del 25 de julio de 2011, Exp.: 19.990, C.P.: Jaime Santofimio. Sentencia del 18 de enero de 2012, Exp.: 19.959, C.P.: Jaime Santofimio. Sentencia del 19 de agosto de 2011, Exp.: 19.992, C.P. Jaime Santofimio.

⁷⁸⁰ Sobre los puntos a favor y en contra: FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “*Valoración y resarcimiento del daño corporal*”, p. 47-64.

⁷⁸¹ SALVATORI REVIRIEGO, *La fundamentación de la sentencia y la valoración del daño a derechos de naturaleza extrapatrimonial*, LL, 1986-C-448 y siguientes (sic).

⁷⁸² ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. Cit.*, p. 76.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

las sentencias⁷⁸³. Igualmente, la Corte Constitucional también ha fallado a favor de accionantes que, en vía de tutela, alegan su protección a los derechos al debido proceso y a la igualdad porque jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no motivan las sentencias como es debido⁷⁸⁴.

Las críticas no se acaban en la falta de motivación. **(ii)** Al arbitrio iuris se le critica también la disparidad de teorías que arrojan resultados tan diversos. Si bien el Consejo de Estado dio vía libre a los jueces para que utilicen el método que consideren adecuado para tasar los perjuicios extrapatrimoniales, es claro que así se arribará a tasaciones diferentes. En este tema, los métodos sí alteran los resultados. Tomando las palabras de MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ:

“Para propugnar el libre arbitrio, suele aseverarse que importa más el resultado que el método para obtenerlo, como si fueran asuntos disociables: caminar a ciegas equivale a un rumbo incierto y, a la inversa, la persecución de un objetivo fuerza a trazar algún derrotero apropiado.”⁷⁸⁵

Esta autora califica este problema de “anárquico” sobre lo cual asevera: “La vida es espontaneidad, pero también está regida por normas; y la anarquía conduce a la esterilidad y el fracaso”⁷⁸⁶. Así, los criterios objetivos como normas para erradicar la anarquía jurisprudencial buscan lograr que la jurisdicción pueda armar “grupos de casos” que ayuden a dar luces sobre cómo fallar en casos futuros. HUGO CÁRDENAS y PAULINA GONZÁLEZ ponen de ejemplo el respeto por el precedente como medio para lograr armas estos grupos:

“Quede por último subrayado, que en éste como en ningún otro tema, la vinculación del precedente se constituye en condición necesaria para que la formulación de los aludidos grupos de casos presente alguna utilidad. A los fervientes defensores de una mal entendida “independencia judicial” sólo resta decir, que en nuestro sistema jurídico la vinculación al precedente deviene exigencia del derecho a un justo y racional procedimiento, y de la igualdad ante la ley que a todos se nos supone: como prescribe nuestro texto constitucional,

⁷⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp.: 22.366, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero. Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp.: 23.343, C.P.: Enrique Gil Botero, Aclaración de voto de Jaime Santofimio. Sentencia del 13 de junio de 2013, Exp.: 25.712, C.P.: Enrique Gil Botero, Aclaración de voto de Jaime Santofimio. Sentencia del 27 de febrero de 2013, Exp.: 21.541, C.P.: Olga Melida Valle de de la Hoz, Aclaración de voto de Jaime Santofimio.

⁷⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-464 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-351 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-212 de 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa.

⁷⁸⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. Cit.*, p. 76.

⁷⁸⁶ *Ibidem*, p. 80.

*“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*⁷⁸⁷ (Subrayado ajeno al original).

De lo anterior puede concluirse que no se trata de consentir y proteger únicamente la autonomía judicial, sino también la igualdad ante la Ley, que aplica tanto al procedimiento como al resultado. Si el Consejo de Estado no toma un papel más exigente en cuanto a la determinación de criterios objetivos, la situación seguirá siendo *“lamentable, porque a su amparo la suerte de la víctima depende del juez que deba decidir su caso, planteándose una desigualdad que es no solamente inconstitucional sino, a todas luces, injusta”*⁷⁸⁸.

En consecuencia, es cierto – como lo afirma ALEJANDRO NIETO⁷⁸⁹ - que el arbitrio judicial y la arbitrariedad son conceptos totalmente diferentes, pero también es cierto lo que señala FELIPE NAVIA ARROYO sobre la necesidad de imponer límites al libre arbitrio para que no mute en arbitrariedad⁷⁹⁰.

Así, la posición que se quiere expresar en este análisis no es la necesidad de obligar a los jueces a moverse como soldados de plomo al momento de tasar los perjuicios, sino a utilizar como punto de apoyo ciertos criterios objetivos como los que se han estudiado⁷⁹¹, sin que ello se traduzca en una camisa de fuerza sino todo lo contrario: En un mecanismo que arroje un resultado que sería aplicable en un “caso ordinario”, de manera que, si se evidencia que en otro caso el mismo no respeta los principios de equidad e igualdad material, se fundamenten las razones por las cuales se está en un “caso extraordinario” que merece una separación del criterio objetivo. En otras palabras, los criterios “objetivos” mencionados en este escrito son y deben ser, en el fondo, criterios híbridos, pues deben tener siempre un componente subjetivo que permita definir si se da o no aplicación al mismo; de ahí que se hubiesen titulado entre comillas siempre.

Es decir, todos los criterios objetivos son susceptibles de matices como ocurre, por ejemplo, con los topes (que han sido superados por la jurisprudencia del Consejo de

⁷⁸⁷ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A.; GONZÁLEZ VERGARA, Paulina V., *Ob. Cit.*, p. 235.

⁷⁸⁸ NAVIA ARROYO, Felipe, *“Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia”*, p. 294

⁷⁸⁹ NIETO, Alejandro, *Ob. Cit.*, p. 219.

⁷⁹⁰ NAVIA ARROYO, Felipe, *“Del daño moral al daño fisiológico, ¿Una evolución real?”*, p. 29: *“A lo que reiteradamente se ha opuesto la jurisprudencia, argumentando que siendo imposible medir con exactitud el daño moral, los jueces deben fijarlo según su libre arbitrio, pero no un libre arbitrio sin límites pues se correría el riesgo de caer en la arbitrariedad. ¿Cuáles límites? Pues topes monetarios, a saber: (...) ¿Por qué descartar el dictamen? ¿No son acaso los peritos auxiliares de la justicia?”*.

⁷⁹¹ En igual sentido, ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. Cit.*, p. 76: *“La experiencia enseña (la psicología lo ha demostrado) que, si son razonables y flexibles, los límites no encierran, sino que sirven de apoyo”*.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

Estado en algunos casos⁷⁹²); o con las presunciones *iuris et de iure* para los parientes de la víctima (que admiten prueba en contrario); o con las tablas de punto propuestas (que tienen un componente subjetivo). Al respecto ÁLVARO BUSTAMANTE LEDESMA afirma que los parámetros objetivos “*tienen el carácter de indicativos, mas no son de obligatorio cumplimiento para el juez, en la medida en que este podrá apreciar en cada caso, y según las circunstancias el grado de aflicción o dolor que puede y debe ser compensado*”⁷⁹³.

⁷⁹² Al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de febrero de 2003, Exp.: 12.654. Sentencia del 24 de junio de 2004, Exp.: 14.950. Sentencia del 16 de agosto de 2007, Exp.: 30.114.

⁷⁹³ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *Ob. Cit.*, p. 219.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- CONCLUSIONES -

Todas las posiciones son debatibles por supuesto y habrá quienes se casen con una para siempre a pesar de cualquier demostración en contrario. Sin embargo, lo importante es que al momento de fallar se haga en nombre de una jurisdicción que deberá establecer parámetros claros en su interior. La seguridad jurídica debe anteponerse al deseo ilimitado de innovar o de pensar diferente de manera unilateral al momento de fallar. Para ello estarán los espacios académicos y doctrinarios que serán mucho más provechosos para debatir nuevas ideas individuales. Sólo si se controla esta individualidad, la ciudadanía podrá conocer la forma en que procede la jurisdicción y no será sorprendida de manera injusta con tesis dispersas provenientes de la misma.

Hay muchos temas sobre los cuales falta fijar criterios claros:

- La diferencia entre “patrimonialidad” y “materialidad”. Si un perjuicio inmaterial se equipara erróneamente a extrapatrimonial (siendo un perjuicio patrimonial de carácter inmaterial), quedaría sometido a los topes jurisprudenciales⁷⁹⁴ por lo cual resulta pertinente que el Consejo de Estado realice esta diferenciación.
- En relación con el perjuicio moral, deben fijarse criterios claros y definitivos para su indemnización. Si luego de un estudio extendido al interior del Consejo de Estado, se determinara que el test de proporcionalidad no resulta aplicable en estos eventos, debería desecharse, antes de evitar que jueces de inferior jerarquía aumenten la distorsión de su propia génesis. No es sólo cuestión de armonía; es cuestión de proteger los derechos de las víctimas, para que sus derechos dependan del Derecho y no del aplicador del Derecho.
- En relación con el daño a la salud, sería conveniente que esta posición tan sólida que ha asumido y desarrollado el Consejo de Estado sea respetada por los demás jueces, sin retroceder a las antiguas categorías de daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia. Las clasificaciones del daño, como todas las clasificaciones, dependen de la creatividad del observador⁷⁹⁵. En este caso, el observador es una Corporación que funciona como órgano de cierre de la jurisdicción fijando criterios para jueces de inferior jerarquía.

⁷⁹⁴ “Determinar equivocadamente, como efectivamente se ha hecho, que un daño “extrapatrimonial” es “patrimonial” o a la inversa, sobre todo, puede condenar a ese determinado tipo de perjuicio a su no resarcibilidad o al sometimiento de limitantes en cuanto a montos indemnizatorios “. OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando, *Ob. Cit.*, p. 212.

⁷⁹⁵ “las clasificaciones dependen del ánimo y la imaginación del clasificador, de sus conocimientos en las hipótesis posibles, pero también de su interés por innovar”. OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando, *Ob. Cit.*, p. 212.

En consecuencia, sería muy favorable para el ordenamiento que no se vuelvan a introducir clasificaciones foráneas sin el estudio consensuado, profundo y previo requerido. En especial, me refiero a las categorías de “daños a la persona” y “daño existencial”⁷⁹⁶. No sobra advertir sobre la necesidad de estudiar estas categorías a profundidad de manera que, si se pretenden introducir en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia, se haga por vía de sentencia de unificación.

- Las clasificaciones del daño son el primer paso para la fijación de criterios indemnizatorios⁷⁹⁷. De ahí la importancia de señalar cuáles son los bienes y derechos que reconocerá la jurisdicción y dentro de qué concepto fijará su indemnización (o si lo hará de manera autónoma según el bien lesionado). ¿Habrá un tope para esa categoría general, o se aplicará un tope por cada derecho lesionado? Esto será trascendental, sea que se acojan criterios objetivos, subjetivos o híbridos.

Una vez se lograra llegar a un consenso en relación con estos puntos, se avanzaría significativamente en coherencia, igualdad, equidad, confianza legítima y seguridad jurídica. El Consejo de Estado es un órgano de cierre; de ahí que se critique con tanto ahínco la sentencia que permitió la coexistencia de métodos diversos para la tasación de los perjuicios extrapatrimoniales. Los métodos, en estos casos, alteran el resultado, y el resultado es lo que finalmente le interesa a las víctimas. Por ende, el proceso de análisis debe protegerse desde el método. Como bien lo afirma MILAGROS KOTEICH: *“De cualquier modo, con límites o pautas establecidas legal o jurisprudencialmente, la cuantificación del daño extrapatrimonial será siempre tarea del juzgador”*⁷⁹⁸.

Los criterios objetivos deben ser obligatorios, salvo que las circunstancias del caso ameriten separarse de los mismos mediante las debidas cargas de transparencia y argumentación. El primer paso debe ser el de perderle el miedo a los mismos⁷⁹⁹. Los criterios objetivos no pretenden suplantar la valoración del juzgador⁸⁰⁰. Si aplicando el

⁷⁹⁶ “La preocupación que surge, sin embargo, se relaciona con la conveniencia o no, más allá de recibir inspiración, de ‘copiar’ un modelo que aún se encuentra en proceso de consolidación, pues en ese supuesto quizá sería mejor una doctrina y una jurisprudencia verdaderamente locales, conscientes de que las soluciones pueden surgir dentro del propio sistema”. KOTEICH KHATIB, Milagros, “El daño extrapatrimonial: del derecho romano a la dispersión actual de la categoría en Italia, y su proyección en América Latina”, p. 280.

⁷⁹⁷ “El desarrollo del principio de reparación integral del daño, conlleva pues la exigencia metodológica de hacer una tipología que oriente y determine la reparación del daño moral: ¡he aquí la primera y más importante tarea pendiente dentro de la teoría del daño moral!” CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A.; GONZÁLEZ VERGARA, Paulina V., *Ob. Cit.*, p. 223-224.

⁷⁹⁸ KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 279.

⁷⁹⁹ “las indemnizaciones reconocidas a las víctimas (...), cuya fijación es un imperativo para el juez; y como son dinerarias, pues de dinero hay que hablar... Los daños morales son muy subjetivos pero las condenas resarcitorias son muy objetivas”. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. Cit.*, p. 79.

⁸⁰⁰ En igual sentido, *ibídem*, p. 75.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

arbitrio iuris el juez debe sustentar su decisión, ¿Qué diferencia hay entre esa actitud y aquella que emprendería al motivar que se aparta de una tabla de punto⁸⁰¹? Ninguna. Como afirmó el Consejo de Estado:

“... las pautas jurisprudenciales en la materia constituyen una guía, dada la inexistencia de una norma a seguir para la tasación de la indemnización y precisamente por ello, si las características del caso concreto lo ameritan, el juez se puede apartar de tales pautas y condenar incluso por montos superiores a los tradicionalmente empleados.”⁸⁰²

Por último, no conviene aferrarse al argumento según el cual el Legislador no puede prever todas las hipótesis posibles y en consecuencia el tema debe ser regulado exclusivamente por el Consejo de Estado⁸⁰³. Este argumento llevaría a acabar con el Congreso en cualquier evento. No se trata de prever todas las hipótesis sino de fijar pautas muy generales (como los topes del Código Penal, por ejemplo⁸⁰⁴). Es claro que vía jurisprudencial los avances han sido nulos o tardíos⁸⁰⁵. Como ya se vio, la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 916 de 2002, permitió que el Legislador definiera el tema⁸⁰⁶.

En consecuencia, esta estudio aboga por que sea el Legislador quien establezca unos principios y limitantes demasiado generales y, por que a su vez, el Consejo de Estado aproveche para expedir sentencias de unificación que corrijan los errores cometidos en las

⁸⁰¹ “La elaboración de guías numéricas de cualquier índole (aunque no sean ajustados baremos o tabulaciones) despierta resistencias psicológicas, y no sólo por la inmaterialidad de los daños morales, sino incluso por el viejo prejuicio contra un supuesto “precio del dolor”. *Ibidem*, p. 78.

⁸⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 2013, Exp.: 29.876, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

⁸⁰³ “dada la imposibilidad en que se encuentra el legislador de prever la pluralidad de daños que se pueden desencadenar de la actuación de la administración pública y, por ende, de regular las medidas de reparación y resarcitorias idóneas para cada supuesto fáctico, deviene inefable que el juez de la responsabilidad haga uso del instrumento *arbitrium juris* para materializar el contenido del principio de reparación integral”. GIL BOTERO, Enrique, “La constitucionalización del Derecho de daños”, p. 55. Se señala igualmente en la Sentencia del 23 de mayo de 2012, Exp.: 41.142, C.P.: Jaime Santofimio, Aclaración de voto de Enrique Gil Botero.

⁸⁰⁴ “La intención del Legislador fue la de limitar la indemnización de los perjuicios morales (...) El legislador limita la discrecionalidad del juez buscando evitar que se profieran decisiones arbitrarias y evitar que la justicia penal se convierta en vindicativa”. ISAZA POSEE, María Cristina, “Los perjuicios morales en el proceso penal: interpretación del artículo 97 de ley 599 de 2000”, p. 198-199.

⁸⁰⁵ “Con esa suerte de parámetros [objetivos] se busca, además favorecer cierta homogeneidad entre casos similares (la práctica demuestra que ello aún no se ha logrado en nuestro medio”. KOTEICH KHATIB, Milagros, “La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, p. 279.

⁸⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

últimas décadas (específicamente, el error de actuar de manera individual imponiendo teorías foráneas o inaplicables en diversos temas).

La primera actuación es importante porque permite la participación de actores a quienes les interesa este tema, de manera que las decisiones no sean tomadas únicamente por el Consejo de Estado. Estos actores son: asociaciones de víctimas (de desplazamiento, de masacres, etc.), aseguradoras⁸⁰⁷, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Fiscalía, Empresas Sociales del Estado, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, asociaciones para la defensa de los derechos humanos, etc. En este sentido, ¿Por qué dejar únicamente en manos del Consejo de Estado una decisión que importa a tantos sectores? Que el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado se haya desarrollado eminentemente por vía jurisprudencial, no conlleva la imposibilidad para que el Legislador expida alguna regulación.

Si bien el arbitrio judicial ha traído algunos avances positivos en la jurisprudencia (como por ejemplo, la conceptualización del daño a la salud, la indemnización de bienes constitucional y convencionalmente protegidos, las tablas de punto para tasar perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad, el desarrollo del principio de reparación integral), también ha conllevado a consecuencias negativas sobre las que se han expuesto casos evidenciando la situación, a lo cual debe sumarse el posible choque de trenes que podría ocasionarse cuando litigantes acuciosos evidencien vulneraciones a la igualdad material como consecuencia de ese arbitrio judicial hecho arbitrariedad o vía de hecho en determinado caso⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ Sobre la importancia de este tema para las aseguradoras: FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (Ed), *“Valoración y resarcimiento del daño corporal”*, p. 47-65.

⁸⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-464 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-351 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-212 de 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa.

- ANEXO ÚNICO -

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

DOCUMENTO FINAL
APROBADO MEDIANTE ACTA DEL 28 DE AGOSTO DE 2014
REFERENTES PARA LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES

**Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013
con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la
reparación de los perjuicios inmateriales.**

**Olga Mélida 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
Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C.

TABLA DE CONTENIDO

1. TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO INMATERIAL	5
2. PERJUICIO MORAL	5
2.1 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE	5
2.2 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES PERSONALES	6
2.3 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD	9
2.4 REGLAS DE EXCEPCIÓN PARA TODOS LOS CASOS DE DAÑOS MORALES	9
3. DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS	10
4. CONCEPTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD	11
5. PROHIBICIÓN DE PAGO DOBLE DE DAÑO O PERJUICIO INMATERIAL	13
6. PRECEDENTE DE UNIFICACIÓN SOBRE DAÑOS INMATERIALES	13
6.1 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES	13
6.1.1 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE MUERTE	13
6.1.1.1 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.	13
6.1.1.2 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.	19
6.1.2 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE MUERTE – CON REGLA DE EXCEPCIÓN	20
6.1.2.1 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988,	20

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

M.P. Ramiro Pazos Guerrero.	
6.1.3 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE LESIONES	22
6.1.3.1 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.	22
6.1.4 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD	24
6.1.4.1 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149, M.P. Hernan Andrade Rincón (E)	24
6.2 DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS	27
6.2.1 MEDIANTE MEDIDAS DE REPARACIÓN NO PECUNIARIAS.	27
6.2.1.1 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.	27
6.2.1.2 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P. Stella Conto Diaz del Castillo.	29
6.2.1.3 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.	31
6.3 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO DAÑO A LA SALUD	36
6.3.1 CON APLICACIÓN DE LA REGLA GENERAL	36
6.3.1.1 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, M.P. Enrique Gil Botero.	36
6.3.1.2 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección	37

Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourth.	
6.3.2 CON APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCEPCIÓN	38
6.3.2.1 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.	38
6.3.2.2 Precedente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.	42
<u>INDICE DE TABLAS</u>	
Reparación del daño moral en caso de muerte – Regla general	6
Reparación del daño moral en caso de lesiones personales	7
Reparación del daño moral en caso de privación injusta de la libertad	9
Reparación no pecuniaria por afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	10
Indemnización excepcional para la víctima directa en caso de violación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	11
Reparación del daño a la salud – Regla General	11
Reparación del daño a la salud – Regla de Excepción	13
<u>ÍNDICE DE ANEXOS</u>	
1. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.	45
2. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera,	145

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.	
3. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.	274
4. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.	303
5. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149, M.P. Hernan Andrade Rincón (E)	342
6. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.	370
7. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, M.P. Enrique Gil Botero.	412
8. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betacourth.	444

1. TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO INMATERIAL

De conformidad con la evolución de la jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce tres tipos de perjuicios inmateriales:

- i) Perjuicio moral;
- ii) Daños a bienes constitucionales y convencionales.
- iii) Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

2. PERJUICIO MORAL

El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

2.1 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE

Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

2.2 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES PERSONALES

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones familiares no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
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%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.

2.3 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

En los casos de privación injusta de la libertad se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo

Contencioso Administrativo - Rad. No. 25.022, y se complementan los criterios allí adoptados, de acuerdo con la evolución jurisprudencial de La Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	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

2.4 REGLAS DE EXCEPCIÓN PARA TODOS LOS CASOS DE DAÑOS MORALES

En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

3. DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS

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

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

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).

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo de Medida	Modulación
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA		
Criterio	Cuantía	Modulación de la cuantía
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecunarias satisfactorias.	Hasta 100 SMLMV	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

4. CONCEPTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD.

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
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

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
CONCEPTO	CUANTÍA MÁXIMA
REGLA GENERAL	100 S.M.L.M.V.
REGLA DE EXCEPCIÓN	400 S.M.L.M.V.

Con relación a los parámetros anteriores, se aclara que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V.

5. PROHIBICIÓN DE PAGO DOBLE DE DAÑO O PERJUICIO INMATERIAL.

Ningún daño o perjuicio inmaterial podrá ser indemnizado doblemente.

6. PRECEDENTE DE UNIFICACIÓN SOBRE REPARACIÓN DEL PERJUICIO INMATERIAL

6.1 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES

6.1.1 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE MUERTE

6.1.1.1 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Ana Rita Alarcón Vda. de Gutiérrez y otros. Demandado: Municipio de Pereira.

Síntesis del caso: El menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, estuvo internado en el centro de reeducación “Marcelino Ossa” de la ciudad de Pereira, desde el día 7 de diciembre de 1998 hasta el 23 de abril de 2000, cuando murió ahogado en las aguas del río Otún, después de haberse escapado del centro de reeducación, en el cual se encontraba internado.

La Sala encontró los siguientes hechos probados:

1. Que el menor IVÁN RAMIRO LONDOÑO GUTIÉRREZ era hijo de MARÍA DEL CARMEN GUTIÉRREZ y ARGEMIRO LONDOÑO LOPEZ, quienes también tuvieron a su vez a JOSÉ FERNEY LONDOÑO GUTIÉRREZ (hermano del menor). Por otra parte, de la unión libre de MARÍA DEL CARMEN con JESÚS ANTONIO ACEVEDO (padastro), nacieron ERIKA YESSENIA y NORMA LILIANA ACEVEDO GUTIÉRREZ (hermanas del menor) y otros parientes como: ANA RITA ALARCÓN Vda. De GUTIERREZ (abuela), JOSÉ JESÚS, BLANCA, MARÍA CENETH y DORALBA GUTIERREZ ALARCÓN (tíos)⁸⁰⁹.
2. Que el menor IVÁN RAMIRO era infractor de la ley penal, consumía sustancias psicoactivas y desde el año 1998 tenía problemas de comportamiento, razón por la cual se le impuso medida de protección de libertad asistida⁸¹⁰, medida que fue incumplida por el joven al no vincularse a un programa que lo ayudara a superar su adicción y que le proporcionara tratamiento a sus problemas de comportamiento.
3. Que el día 3 de enero de 2000 el menor IVÁN RAMIRO fue sindicado de haber cometido el delito de porte ilegal de armas⁸¹¹, motivo por el cual se ordenó su reclusión en el Centro de Reeducación “Marceliano Ossa”, institución que no le brindó el tratamiento adecuado, ni ejecutó las medidas de protección necesarias, teniendo en cuenta su especial condición de menor infractor y consumidor de sustancias alucinógenas.
4. Pese a la información recibida por la educadora Carmen Consuelo Rentería sobre las intenciones de fuga del menor IVÁN RAMIRO, la institución de reeducación “Marceliano Ossa” no adoptó las medidas anteriores o concomitantes necesarias para evitar la concreción del hecho (precaución y prevención de la fuga).

⁸⁰⁹ Ver demanda (Fls.18 a 32 C.1).

⁸¹⁰ Ver folios 2 a 5 y 12 a 18 C.2

⁸¹¹ Ver folio 36 C.2.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

5. El Centro de Reeducción “Marceliano Ossa”, contaba con 8 agentes de policía y el Código del Menor establecía 11 unidades policiales en este tipo de instituciones, situación ésta que evidencia un descuido por parte de las directivas del Centro de Reeducción en tanto era su obligación velar porque el servicio policial fuera completo y eficaz.

6. El día 23 de abril de 2000 un grupo de jóvenes del centro de reeducación, entre los cuales se encontraba IVÁN RAMIRO, se amotinaron y se evadieron de la institución en horas de la noche⁸¹².

7. De acuerdo con los testimonios obrantes en el plenario los agentes de policía salieron a perseguir a los menores evadidos, sin que repose en el acervo probatorio resultados informativos sobre esta búsqueda⁸¹³. Hecho de por si indicativo de irregularidad en el procedimiento y que permite a la Sala llegar a esta conclusión.

8. Después de la evasión, existiendo la obligación de mantener la búsqueda, el joven IVÁN RAMIRO LONDOÑO murió el día 25 de abril de 2000, según el registro, en el municipio de Marsella (Risaralda), como causa del deceso ahogamiento⁸¹⁴.

9. Así mismo los testimonios reflejan que el cadáver fue encontrado a la orilla del río Otún y, enterrado como N.N., esto es sin ser identificado, en el cementerio de Marsella (Risaralda)⁸¹⁵. Indicativo de que la búsqueda se suspendió, no se adelantó y contribuyó al deceso, a pesar de tratarse de un menor de edad en especial situación de peligro. Es de anotar que no reposa en el expediente acta de levantamiento del cadáver, ni necropsia que permita establecer con certeza las causas de la muerte, lo que también es indicativo de irregularidades en el procedimiento adelantado.

10. Que la familia del menor no fue oportunamente informada de los hechos acontecidos, pero una vez tuvo conocimiento se vio obligada a realizar las labores de búsqueda por sus propios medios. Búsqueda que arrojó como resultado la información sobre el sitio donde estaba enterrado el menor. Luego de lo cual, procedió a la exhumación del cuerpo.⁸¹⁶

11. Resalta la Sala, que frente a los hechos anteriores no se adelantaron las investigaciones administrativas y penales por parte de las autoridades municipales (el centro de reeducación), policiales ni judiciales. Situación ésta que es calificada como un hecho grave.

12. Así las cosas, en el caso de autos quedó acreditado que el menor Iván Ramiro era una persona complicada, con problemas psicológicos y de adicción, que pese a su situación no

⁸¹² Ver el informe dado al Juez Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas – Risaralda mediante escrito del 24 de abril de 2000 por la Jefe del Departamento Red de Menores (Fl.40 C.2)

⁸¹³ Ver folios 52 a

⁸¹⁴ Ver el registro civil de defunción del menor (Fl.204 C. Ppal).

⁸¹⁵ Fls. 43 y 44 C. 2 Pruebas

⁸¹⁶ Fls. 43 y 44 C. 2 Pruebas

recibió de las autoridades la protección, asistencia y seguridad que su especial condición requería. Omisión esta que contribuyó en la concreción de la fuga y su posterior muerte, se itera, sin que se efectuaran los correspondientes informes tanto a las autoridades como a los familiares, hecho que la Sala califica como grave e indicativo de irregularidades dentro del procedimiento adelantado.

Precedente - Perjuicios morales en caso de muerte: (...) procede la Sala a unificar la jurisprudencia en materia de reparación de perjuicios inmateriales; lo anterior, por cuanto la Sección considera necesario y oportuno determinar los criterios generales que se deben tener en cuenta para la liquidación del mencionado perjuicio (...) para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así: Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV. Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio. Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio. Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio. Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio (...) Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva. Así pues, en el sub judice el reconocimiento se hará de acuerdo con la relación afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas (...) la madre del menor se encuentra en el nivel No.1 de relación afectiva, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil (...) reposa en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento (...) Adicionalmente, el testimonio (...) señala que la muerte del menor fue muy dolorosa para su madre y que aún no se repone de la pérdida, motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 100 SMLMV (...) el padrastro del menor se ubica en el nivel No.1 de relación afectiva propia de las relaciones paternas, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil, no obstante, como en el presente caso el demandante no es el padre biológico de la víctima la prueba idónea no es el registro civil de nacimiento, si no toda aquella que acredite la relación afectiva de este con el menor Iván Ramiro (...) Así las cosas, tenemos que el testimonio (...) señala que la familia del menor fallecido estaba integrada por Norma Liliana, Erika Yessenia, Ferney, María del Carmen Gutiérrez y **Jesús Antonio Acevedo**. Igualmente, reposa en el expediente copia de la ficha de la visita domiciliaria

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

realizada el 2 de febrero de 1999, realizada por el Centro de Reeducción de Menores “CREEME” – Municipio de Pereira – Secretaría de Educación (...) en la cual se señala que la madre y el padrastro del menor Iván Ramiro buscan proporcionarle a sus hijos, entre ellos Iván Ramiro, todo lo necesario para una congrua subsistencia, motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 100 SMLMV (...) la hermana del menor se encuentra en el nivel No.2 de relación afectiva, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil. Así las cosas, reposa en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento de Erika Yessenia donde consta que su madre es la señora María del Carmen Gutiérrez Alarcón (...) Del mismo modo, el testimonio afirma que la familia del menor fallecido estaba integrada por Norma Liliana, Erika Yessenia, Ferney, María del Carmen Gutiérrez y Jesús Antonio Acevedo, hecho que demuestra la relación afectiva con la víctima, motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV. (...) la hermana del menor se encuentra en el nivel No.2 de relación afectiva, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil. Así las cosas, tenemos que reposa en el expediente copia simple del registro civil de nacimiento de Norma Liliana donde consta que su madre es la señora María del Carmen Gutiérrez Alarcón (...) documento que no cumple con los requerimientos señalados en el Decreto 1260 de 1970- artículos 105 y 106, sin embargo, previendo que en el nivel 2 “*se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad (...)*” la Sala estima que lo relevante es la existencia de la relación afectiva entre la víctima y las demandantes, por lo que verificó que dicha relación afectiva se halla probada, a través del testimonio (...) cuando afirma que la familia del menor fallecido estaba integrada por Norma Liliana, Erika Yessenia, Ferney, María del Carmen Gutiérrez y Jesús Antonio Acevedo, hecho que demuestra la relación afectiva con la víctima, motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV (...) el hermano del menor se encuentra en el nivel No.2 de relación afectiva, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil. Así las cosas, reposa en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento de José Ferney donde consta que su madre es la señora María del Carmen Gutiérrez Alarcón (...) Igualmente, el testimonio (...) señala que la familia del menor fallecido estaba integrada por Norma Liliana, Erika Yessenia, Ferney, María del Carmen Gutiérrez y Jesús Antonio Acevedo, hecho que demuestra la relación afectiva con la víctima, motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV (...) la abuela del menor se encuentra en el nivel No.2 de relación afectiva, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil. Así las cosas, tenemos que reposa en el expediente copia simple del registro civil de nacimiento de María del Carmen Gutiérrez Alarcón (madre) (...) donde consta que su madre es Ana Rita Alarcón, documento que no cumple con los requerimientos señalados en el Decreto 1260 de 1970- artículos 105 y 106, sin embargo, previendo que en el nivel 2 “*se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad (...)*” la Sala estima que lo relevante es la existencia de la relación afectiva entre la víctima y las demandantes, por lo que verificó que dicha relación afectiva se halla probada, por medio de la ficha socio familiar del 14 diciembre de 1998 (...) en la cual se señala que el menor Iván Ramiro vivía con la abuela materna desde los 4 años ya que sus padres eran separados, así mismo, el oficio del 29 de septiembre de 1999 remitido por la Corporación

Integral para el Desarrollo Social señala que una prima del menor informa que no acata los llamados de atención que le hacía la abuela materna por su mal comportamiento y el consumo de drogas. Todo lo anterior, demuestra que existía un lazo afectivo entre el menor y su abuela razón por la cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV. Para el nivel 3 se exige, además de la prueba del estado civil, la prueba de la relación afectiva, en relación con lo cual obra el siguiente material probatorio: (...) José Jesús Gutiérrez Alarcón (tío): La Sala observa que no se encuentra acreditado el parentesco ya que no se aportó el registro civil correspondiente, adicionalmente, tampoco se allegó prueba idónea que acredite la relación afectiva entre el demandante y la víctima, razón por la cual no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios (...) Blanca Gutiérrez Alarcón (tía): La Sala observa que no se encuentra acreditado el parentesco con la víctima, pese a ello, se arrió copia simple del certificado del registro civil de nacimiento de Blanca Inés Gutiérrez Alarcón (...) Adicionalmente, tampoco se allegó prueba idónea que acredite la relación afectiva entre la demandante y la víctima, razón por la cual no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios (...) Doralba Gutiérrez Alarcón (tía): La Sala observa que no se encuentra acreditado el parentesco ya que no se aportó el registro civil correspondiente, adicionalmente, tampoco se allegó prueba idónea que acredite la relación afectiva entre la demandante y la víctima, razón por la cual no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios (...) María Ceneth Gutiérrez Alarcón (tía): La Sala observa que no se encuentra acreditado el parentesco con la víctima, pese a ello, se arrió copia simple del certificado del registro civil de nacimiento de Blanca Inés Gutiérrez Alarcón (...) Adicionalmente, tampoco se allegó prueba que acredite la relación afectiva entre la demandante y la víctima, razón por la cual no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios.

6.1.1.2 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

Síntesis del caso: Por informaciones periodísticas, la población civil tuvo conocimiento que el 14 de julio del año 2000 un grupo guerrillero arremetió contra el municipio de Roncesvalles (Tolima), atacando la estación de policía y asesinando a 13 policías que se encontraban acantonados en el lugar, entre ellos el patrullero Oscar Mauricio Ñustes Pérez. Los propios medios de comunicación también informaron sobre la discusión suscitada dentro de la Comisión Internacional de Relaciones Internacionales de Estados Unidos, por cuanto indicaron que se hubiera podido salvar a los policías muertos si se hubieran utilizado los helicópteros que donó el Gobierno estadounidense, pues los mismos se encontraban a 20 minutos del lugar donde ocurrieron los hechos.

Precedente – Perjuicios morales: (...) la Sala (...) decide unificar su jurisprudencia sobre el particular, a partir del establecimiento de cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas (...) **Nivel 1.** Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno – filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

(1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV. **Nivel 2.** Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio. **Nivel 3.** Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio. **Nivel 4.** Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio. **Nivel 5.** Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio (...) Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5, deberá ser probada la relación afectiva (...) Así, condenará a la demandada Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional- a pagar, por ese perjuicio, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la madre de la víctima y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada una de sus hermanas.

6.1.2 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE MUERTE – CON REGLA DE EXCEPCIÓN

6.1.2.1 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Síntesis del caso: El 27 de marzo de 1997, “jueves santo”, aproximadamente hacia las 9:00 de la mañana, los jóvenes Heliodoro Zapata Montoya y Félix Antonio Valle Ramírez salieron de su casa ubicada en la vereda Las Nieves del Corregimiento de San José de Apartadó, municipio de Apartadó (Antioquia) a una finca de su propiedad a buscar unos cocos para preparar una natilla; llegada la tarde y en vista de que aún no regresaban, los señores Alberto Antonio Valle y José Elías Zapata Montoya salieron en su búsqueda, pero tampoco ellos retornaron. Al día siguiente, hacia las 5:30 am, varios familiares fueron a buscarlos a la referida finca y encontraron por el camino a varios miembros del Ejército Nacional, quienes les advirtieron sobre la peligrosa situación de orden público que se presentaba en ese momento en la zona por enfrentamientos con la guerrilla, razón por la que retornaron a sus casas. El día sábado siguiente, los familiares de los ausentes madrugaron al lugar donde supuestamente se produjo el enfrentamiento armado con la guerrilla y encontraron restos de documentos y ropa de Heliodoro Zapata Montoya y de Alberto Antonio Valle, por lo que se dirigieron al hospital de Apartadó a preguntar por estos. Allí les mostraron cuatro personas fallecidas entre las cuales se encontraban Heliodoro Zapata y Alberto Antonio Valle. En vista de lo anterior, el señor Félix Antonio Zapata González dirigió comunicaciones a la Presidencia de la República y a la Procuraduría Provincial de Apartadó, en las cuales formuló queja por la muerte de su hijo

Heliodoro Zapata Montoya y de su yerno Alberto Antonio Valle, y también por la desaparición forzada de su hijo José Elías Zapata Montoya y de Félix Antonio Valle Ramírez a manos de efectivos militares.

Precedente – Perjuicios morales: (...) la Sala precisa, con fines de unificación jurisprudencial, que en casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en los eventos descritos en la sentencia de unificación antes citada, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios fijados en dicha sentencia. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño. La Sala advierte que esta regla de excepción no contradice la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 25 de septiembre del 2013, pues esta unificó la jurisprudencia en relación con el tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible de un agente estatal, investigada, sancionada penalmente y contenida en una sentencia ejecutoriada (...) a los actores Raúl Antonio Montoya Ramírez y María Gislina Ramírez Ramírez, se les reconoce su condición de damnificados, pues según las pruebas se encontraban unidos por estrechos lazos afectivos, de solidaridad y cercanía con Heliodoro (fallecido) y José Elías Zapata Montoya (desaparecido), por lo cual los graves hechos que se perpetraron en contra de ellos, les produjeron una gran congoja y sufrimiento. Por lo anterior, se justifica ubicarlos no en el nivel n.º 5 que comprende a los terceros damnificados, sino en el nivel n.º 2, “donde se ubica la relación afectiva propia del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)” de que trata la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014 (rad. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) (...) Félix Antonio Zapata González (nivel n.º1) (...) 300 SMLMV (...) Edith Montoya Ramírez (nivel n.º1) (...) 300 SMLMV (...) Jesús Antonio Zapata Montoya (nivel n.º2) (...) 150 SMLMV (...) Edilia Zapata Montoya (nivel n.º2) (...)150 SMLMV (...) Liliana María Zapata Montoya (nivel n.º2) (...)150 SMLMV (...) Isabel Zapata Montoya (nivel n.º2) (...)150 SMLMV (...) Claudia Zapata González (nivel n.º2) (...) 150 SMLMV (...) Raúl Antonio Montoya Ramírez (nivel n.º2) (...) 150 SMLMV (...) María Gislina Ramírez Ramírez (nivel n.º2) (...) 150 SMLMV (...) María Elena Ramírez (...) 300 SMLMV (...) Nidia Patricia Valle Ramírez (...) 300 SMLMV (...) Luz Magdalena Valle Ramírez (...) 300 SMLMV (...) Alberto Antonio Valle Ramírez (...) 300 SMLMV (...) Olga Inés Valle Ramírez (...)300 SMLMV (...) José de Jesús Valle Ramírez (...) 300 SMLMV (...) María Nohemí o Noemí Valle Espinoza (...)300 SMLMV.

6.1.3 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE LESIONES

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

6.1.3.1 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

Síntesis del caso: El soldado Gonzalo Cuellar se encontraba en una base militar en jurisdicción del municipio del Castillo, adscrito a la séptima Brigada y el día 28 de agosto de 1998, mientras su compañía se encontraba en clase de manejo de armas, la granada de mortero que portaba en su chaleco explotó sin que previamente hubiera hecho contacto con ella.

(...) Según los técnicos del Ejército, la granada hizo explosión porque estaba en mal estado, presentaba algún desperfecto o había salido fallida al ser disparada, pero esta circunstancia no era conocida por el soldado, quien la portaba en su chaleco.

(...) Como consecuencia del estallido de la granada el soldado quedó gravemente herido en sus piernas y luego de someterlo a tratamiento médico hubo necesidad de amputárselas.

Precedente – Perjuicios morales en caso de lesiones personales: Procede la Sala Plena de la Sección Tercera a unificar su jurisprudencia en torno a los perjuicios morales a reconocer a la víctima directa y sus familiares en caso de lesiones personales (...) Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro. La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso. **Nivel No. 1.** Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%. **Nivel No. 2.** Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10

SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%. **Nivel No. 3.** Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%. **Nivel No. 4.** Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%. **Nivel No. 5.** Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%. Frente al perjuicio moral concedido a la víctima directa, este fue reconocido en cuantía equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por tanto, el monto concedido por el Tribunal de primera instancia, se acompasa a los parámetros anteriormente expuestos y no hay lugar a modificación. Ahora bien, en cuanto a la solicitud de aumentar la suma concedida a título de perjuicios morales para los padres, considera la Sala que dada la relación afectiva entre los padres y el hijo lesionado y la gravedad de la lesión de la víctima directa la cual es superior al 50%, aquellos tienen derecho al reconocimiento de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En relación con los perjuicios morales solicitados por los hermanos de la víctima, al estar acreditado esta condición (...) y dada la gravedad de la lesión sufrida por el soldado Cuellar Penagos, que le generó un 100% de incapacidad, se concederán perjuicios morales en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

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

6.1.4.1 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149, M.P. Hernán Andrade Rincón (E). Actor: José Delgado Sanguino y otros. Demandada: La Nación – Rama Judicial.

Síntesis del caso: “(...) el día 26 de noviembre de 1998 la Fiscalía General de la Nación resolvió la situación jurídica del señor José Delgado Sanguino, imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, la cual se hizo efectiva el 1 de diciembre de 1998, sustituida por caución prendaria el 17 de agosto de 1999, por considerarlo autor del delito de peculado por apropiación.

(...) el día 23 de octubre de 2000 el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga profirió sentencia absolutoria a favor del señor José Delgado Sanguino, providencia que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga el 22 de noviembre de 2001”.

Precedente - Perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad: “Según lo ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad; en la misma línea de pensamiento se ha considerado que dicho dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o estable o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su Derecho Fundamental a la libertad. Asimismo, en relación con la acreditación del perjuicio en referencia, se ha dicho que con la prueba del parentesco o del registro civil de matrimonio se infiere la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes cercanos, según corresponda. Respecto del *quantum* al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se reitera, se encuentra suficientemente establecido que el Juez debe tener como fundamento el arbitrio judicial y debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto. Ahora bien, en los casos de privación injusta de la libertad se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa –radicación No. 25.022– y se complementan los términos de acuerdo con la

evolución jurisprudencial de la Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	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

Por consiguiente, teniendo en cuenta el tiempo durante el cual el señor José Delgado Sanguino permaneció privado de su libertad, esto es casi 9 meses, la gravedad del delito por el cual fue acusado y la afectación, angustia y congoja que el hecho dañoso causó en la víctima directa del daño, de acuerdo a lo acreditado con las pruebas testimoniales, se considera que hay lugar a reconocer, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 70 SMLMV. En relación con los demás demandantes, se encuentra probado con los registros civiles de nacimiento que fueron aportados al proceso, que José Alberto Delgado Fontecha y Lina María De Las Estrellas Delgado Rangel son hijos del señor José Delgado Sanguino, razón por la cual hay lugar a reconocerles, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 70 SMLMV para cada uno de ellos. En cuanto a la calidad de compañera permanente o estable de la señora Sonia Fontecha Vargas, tal como se mencionó en el acápite del material probatorio que obra en el proceso, se tiene acreditado que ella afilió como beneficiario del Sistema de Seguridad Social en Salud al señor José Delgado Sanguino como su compañero permanente. Al respecto, la Corte Constitucional se manifestó en el sentido de que se debe presumir la buena fe de quienes manifiestan su condición de compañeros permanente con el fin de afiliarse al POS en la calidad de beneficiarios. Por su parte, sobre el mismo tema, la Sección Primera de esta Corporación, en sentencia proferida el 2 de diciembre de 2012, se pronunció de la manera siguiente: (...) Adicionalmente, en los tres testimonios rendidos ante el Tribunal Administrativo de Santander, se observa plena coincidencia en que el señor Delgado Sanguino convivía con “su señora”, su madre y su hijo. Cabe aclarar que si bien en ninguno de los testimonios se haya mencionado el nombre de la señora Fontecha Vargas, lo cierto es que no obra prueba que desvirtúe esa convivencia y, aunque el señor José Delgado estuvo casado con otra señora que responde al nombre de Ana Belén Rangel Ballesteros, dicha sociedad conyugal

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

se disolvió el 24 de junio de 1994, tal como consta en la escritura pública anexada con la demanda. Por lo anterior, la Sala encuentra acreditado que la señora Sonia Fontecha Vargas es la compañera permanente o estable del señor José Delgado Sanguino y, en consecuencia, se le reconocerá la suma equivalente a 70 SMLMV, por concepto de perjuicios morales. Finalmente, respecto de la demandante Martina Sanguino de Delgado, la Sala encuentra probado que es la madre de la víctima directa del daño, en razón al registro civil de nacimiento del señor Delgado Sanguino obrante en el proceso. Cabe aclarar que si bien tanto en el texto de la demanda como en la cédula de ciudadanía, la señora aparece con el nombre de Martina Sanguino de Delgado, mientras que en el mencionado registro civil y en la partida de bautismo aparece con el nombre de Martina Sanguino Rey, lo cierto es que es indudable para la Sala que se trata de la misma persona, en virtud de que el apellido “*de Delgado*” corresponde al de su esposo y padre de su hijo, tal como se nota en la partida de bautismo donde aparece registrado el matrimonio con el señor Bernardino Delgado. Por lo anterior, también se le reconocerá la suma equivalente a 70 SMLMV, por concepto de perjuicios morales”.

6.2 DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS.

6.2.1 MEDIANTE MEDIDAS DE REPARACIÓN NO PECUNIARIAS.

6.2.1.1 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Ana Rita Alarcón Vda. de Gutiérrez y otros. Demandado: Municipio de Pereira.

Síntesis del caso: El menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, estuvo internado en el centro de reeducación “Marcelino Ossa” de la ciudad de Pereira, desde el día 7 de diciembre de 1998 hasta el 23 de abril de 2000, cuando murió ahogado en las aguas del río Otún, después de haberse escapado del centro de reeducación, en el cual se encontraba internado.

Precedente – Perjuicios por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados: De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “*de crianza*”.

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo de Medida	Modulación
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA		
Criterio	Cuantía	Modulación de la cuantía
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniarias satisfactorias.	Hasta 100 SMLMV	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

Medidas de reparación no pecuniaria: se trata de afectación al interés superior del menor, y ante la gravedad de los hechos debatidos, consistentes en la inobservancia de los deberes de custodia, vigilancia y cuidado por parte del municipio de Pereira a través del Centro de Reeduación “Marceliano Osaa”, que trajo como consecuencia la muerte del menor Iván

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

Ramiro Londoño Gutiérrez, desconociendo estándares convencionales, constitucionales, especialmente en lo que corresponde a la población menor de edad, al incurrir en inobservancia de los artículos 44 y 45 constitucionales y convencionales sobre protección de los derechos humanos especialmente la Convención sobre los Derechos de los Niños en sus artículos 3.3 y 25 (...) se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90 y 93 de la Carta Política, la base legal del artículo 16 de la ley 446 de 1998 y la convencional del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional de los derechos humanos, para el caso específico de un menor de edad (...) (1) la realización, dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por parte del Municipio de Pereira – Centro de Reeducción Marceliano Ossa, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad dentro de los hechos en que resultó fallecido el Menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y; (2) la colocación de una placa en un lugar visible de las instalaciones de la institución, que permita recordar y conmemorar los hechos ocurridos”

6.2.1.2 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P. Stella Conto Diaz del Castillo. Actor: Amparo de Jesús Ramírez Suárez. Demandado: Hospital San Vicente de Paúl de Lorica y otro.

Síntesis del caso: "El día 14 de julio de 1999, a las 9 am, la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez se presentó al Hospital San Vicente de Paúl, en estado de embarazo y habiendo iniciado trabajo de parto. Hacia las 10:15 fue atendida inicialmente en el departamento de obstetricia, donde se la valoró y se dejó en espera, a pesar del progreso evidente del trabajo. Finalmente fue valorada por el ginecólogo hacia las 6 pm quien ordenó cesárea. Dicha operación se realizó entre las 6:45 y las 7:05 pm y en ella se extrajo a la criatura sin vida"

Precedente - Sobre el daño a otros bienes constitucionales protegidos y medidas de reparación integral – frente al trato a la mujer en materia médico asistencial: (...) en repetida jurisprudencia, que aquí se reitera y unifica, se ha reconocido la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en casos de lesión de otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos (...) Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) y los parientes hasta el 1° de consanguinidad o civil, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se da lugar a inferir la relación de parentesco. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”. 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, reprobar 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) (...) evidencia la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, y por lo tanto, una forma de discriminación ajena al Estado Social de Derecho (...) Por todo lo anterior, la Sala acoge jurisprudencia sobre la pertinencia de la aplicación de medidas de reparación integral en los casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación género y, por lo tanto, condenará a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que los mismos así lo consientan y a establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. Adicionalmente, el Hospital San Vicente de Paúl de Loricá implementará políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos. Además, se dispondrá el envío de la copia de esta providencia a Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que promueva políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia y minimicen los eventos de muerte perinatal y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género. (...)

6.2.1.3 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Síntesis del caso: El 27 de marzo de 1997, “jueves santo”, aproximadamente hacia las 9:00 de la mañana, los jóvenes Heliodoro Zapata Montoya y Félix Antonio Valle Ramírez salieron de su casa ubicada en la vereda Las Nieves del Corregimiento de San José de Apartadó, municipio de Apartadó (Antioquia) a una finca de su propiedad a buscar unos cocos para preparar una natilla; llegada la tarde y en vista de que aún no regresaban, los señores Alberto Antonio Valle y José Elías Zapata Montoya salieron en su búsqueda, pero tampoco ellos retornaron. Al día siguiente, hacia las 5:30 am, varios familiares fueron a buscarlos a la referida finca y encontraron por el camino a varios miembros del Ejército Nacional, quienes les advirtieron sobre la peligrosa situación de orden público que se presentaba en ese momento en la zona por enfrentamientos con la guerrilla, razón por la que retornaron a sus casas. El día sábado siguiente, los familiares de los ausentes madrugaron al lugar donde supuestamente se produjo el enfrentamiento armado con la guerrilla y encontraron restos de documentos y ropa de Heliodoro Zapata Montoya y de Alberto Antonio Valle, por lo que se dirigieron al hospital de Apartadó a preguntar por

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

estos. Allí les mostraron cuatro personas fallecidas entre las cuales se encontraban Heliodoro Zapata y Alberto Antonio Valle. En vista de lo anterior, el señor Félix Antonio Zapata González dirigió comunicaciones a la Presidencia de la República y a la Procuraduría Provincial de Apartadó, en las cuales formuló queja por la muerte de su hijo Heliodoro Zapata Montoya y de su yerno Alberto Antonio Valle, y también por la desaparición forzada de su hijo José Elías Zapata Montoya y de Félix Antonio Valle Ramírez a manos de efectivos militares.

Precedente – Daños inmateriales derivados de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados (...) está acreditado que los actores sufrieron perjuicios concretados en la vulneración a la familia, a la verdad, a un recurso judicial efectivo y un desplazamiento forzado posterior de algunos actores (...). En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa: El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características: *i)* Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial. *ii)* Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales. *iii)* Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular. *iv)* La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales (...). La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos: *i)* El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: *(a)* restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; *(b)* lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; *(c)* propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y *(d)* buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial. *ii)* La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia. *iii)* La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de

consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. *iv)* Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese *quantum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado. *v)* Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el *debitum iuris*. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobar las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. *vi)* Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas (...) En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar *ex ante*: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado. (...) Para efectos de explicar y justificar las medidas a tomar en aras de reparar integralmente a las víctimas, la Sala pone de presente la importancia de la Resolución 60/147 del 21 de marzo de 2006, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, concerniente a los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", la cual ha sido acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, circunstancia que la vuelve jurídicamente vinculante en el ordenamiento interno. Este instrumento internacional contiene y explica los principios y directrices básicos en materia de reparación integral de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. En esa medida todo abuso o desbordamiento arbitrario del poder público que vulnere los derechos de los asociados y

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

se materialice en daños antijurídicos genera un deber para el Estado de i) restituir; ii) indemnizar; iii) rehabilitar; iv) satisfacer y v) adoptar garantías de no repetición (...) La Sala teniendo en cuenta que la indemnización por vulneración o afectación relevante a derechos constitucionales y convencionales exige imperativamente que se especifique las medidas de reparación integral, se ordenarán algunas de estas que son oportunas, pertinentes y eficaces para contribuir a la reparación del daño producido por violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, de que trata este fallo (...).

(...) **A título de garantías de no repetición:** el hecho de la ejecución extrajudicial y desaparición forzada (...) no fue investigada por la jurisdicción ordinaria, y la justicia penal militar dictó auto inhibitorio, con lo que se aseguró total impunidad (...) se ordenará (...) enviar copias auténticas de la totalidad del expediente en el que conste el presente trámite contencioso administrativo con destino a la Fiscalía General de la Nación para que estudie la posibilidad de avocar la competencia sobre los hechos de que trata esta sentencia, su declaratoria de estas violaciones como delito de lesa humanidad, si es del caso, a efectos de determinar no solo los responsables directos, sino también los autores intelectuales que favorecieron o incentivaron la comisión de esos actos materializados en la muerte de los señores Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle y la desaparición de los señores Félix Antonio Valle Ramírez y José Elías Zapata Montoya (...) Por otra parte, se remitirá copia del expediente a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas para que se accionen los mecanismos de su competencia (...) Igualmente, de conformidad con la Ley 1448 de 2011 (...) y teniendo en consideración que en el presente caso se infringieron obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, se enviará al Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y del Archivo General de la Nación, copia de la presente sentencia con el fin de que haga parte de su registro, y contribuya a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia (...) Finalmente (...) la Sala ordenará, con fines preventivos, al señor Ministro de la Defensa para que por conducto de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, dé a conocer la presente sentencia a los asesores jurídicos operaciones de las unidades militares, por una parte, y a los jueces de instrucción y fiscales de la justicia castrense, por otra, con el objeto de garantizar de que estos últimos, al momento de avocar la competencia por conductas punibles de miembros activos de la fuerza pública que se susciten en el marco de una operación militar o procedimiento de policía, apliquen los preceptos del artículo 3º de la Ley 1407 de 2010 que precisa: “[E]n ningún caso podrán relacionarse con el servicio: [a] los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, [b] ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”.

A título de garantías de satisfacción (...) se ordenará como una medida de satisfacción dirigida a restablecer la dignidad, la honra, el buen nombre y la reputación de las familias (...), que el Ministerio de Defensa Nacional publique en un periódico de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación local en el departamento de Antioquia los apartes pertinentes de este fallo y rectifique la verdadera identidad de las víctimas. Dicho escrito deberá informar que la muerte de los señores Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle y la desaparición forzada de los señores Alberto Antonio Valle y Félix Antonio Valle Ramírez no ocurrió como consecuencia de un combate entre soldados del Ejército Nacional y las FARC, sino que fueron ejecutados extrajudicialmente y desaparecidos forzosamente por actos perpetrados por los efectivos militares destacados en la zona rural de San José de Apartadó con ocasión de la orden de operaciones fragmentaria impartida por el Comandante del Batallón de Infantería n.º 47 “General Francisco de Paula Vélez”, el 23 de marzo de 1997. Copia de dicha publicación deberá ser allegada al proceso y a la Sala con la mención del número del expediente, número de radicación y nombre del demandante. Igualmente, el Ministerio de Defensa Nacional divulgará las partes pertinentes de este fallo por medios magnéticos a todos los batallones y brigadas del Ejército Nacional, así como en su página web. (...) El Comandante General del Ejército Nacional citará y costeará el traslado de las familias Zapata Montoya y Valle Ramírez, si las víctimas están de acuerdo, a la ciudad de Medellín, y en el seno de la plenaria de la Asamblea Departamental de Antioquia, pedirá una disculpa pública a nombre del Estado colombiano en la que se indique que la muerte de Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle, y la desaparición de Félix Antonio Valle Ramírez y José Elías Zapata Montoya, no ocurrió en el marco de una confrontación armada con grupos armados al margen de la ley, sino que fue un acto perpetrado el día 28 de marzo de 1997 por los militares efectivos destacados en zona rural de la vereda de “Las Nieves”, corregimiento de San José de Apartadó, municipio de Apartadó con ocasión de la operación fragmentaria “Neptuno” y, en consecuencia, reconocerá la responsabilidad del Estado en el presente caso.

6.3 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO “DAÑO A LA SALUD”

6.3.1 CON APLICACIÓN DE LA REGLA GENERAL

6.3.1.1 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, M.P. Enrique Gil Botero. Actor: Luis Ferney Isaza Córdoba y otros. Demandada: La Nación, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Síntesis del caso: El 16 de febrero de 1997, entre las 00:00 horas y 1:00 a.m., Luis Ferney Isaza Córdoba se movilizaba por el casco urbano de Amalfi, Antioquia en una motocicleta, cuando recibió una orden de detenerse por miembros del Ejército Nacional, la que fue atendida por éste, una vez se bajó de su motocicleta fue agredido física y verbalmente y lo

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

lanzaron a un caño cercano, donde fue objeto de varios disparos, impactándole uno en su brazo derecho.

Precedente - Daño a la salud: En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica de Luis Ferney Isaza Córdoba, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011 (...) en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado. (...) para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Por lo tanto, establecido que el porcentaje de incapacidad de Luis Ferney Isaza, es del 30.17%, se le reconocerá por este concepto el valor de 60 SMMLV, con lo cual, el monto de la indemnización resultaría proporcional a la lesión sufrida. (...)

6.3.1.2 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourth. Actor: Andreas Erich Sholten Demandado: Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho-Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC.

Síntesis del caso: El 11 de septiembre de 1997, el señor Andreas Erich Sholten, ciudadano alemán en estado de paraplejía, fue capturado en la ciudad de Barranquilla por violación al artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Al rendir indagatoria manifestó que, dada su condición, requería condiciones especiales para el acceso a los servicios sanitarios, circunstancia que fue corroborada mediante dictamen practicado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 8 de octubre de 1997, fecha para la cual se encontró que el detenido presentaba infección urinaria con 10 días de evolución, micosis cutánea y úlcera por presión en tercio proximal cara externa de muslo izquierdo y en glúteo izquierdo. El señor Sholten estuvo detenido en la Cárcel Distrital de Varones de Barranquilla y fue trasladado

al pabellón de sanidad de la penitenciaría La Picota en donde se le abrió historia clínica el 6 de noviembre de 1997 y se le brindó atención médica constante hasta el 8 de febrero de 1998, cuando fue remitido al hospital San Ignacio en donde le diagnosticaron gangrena de fournier y carcinoma de colon.

Precedente – Perjuicio daño a la salud: (...) se recuerda que, desde las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222 (...) se adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud (...) la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales en el sentido de indicar que, para su tasación, debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar (...) la Sala encuentra que las lesiones padecidas por el señor Sholten son de suma gravedad pues implicaron: i) anomalías fisiológicas que se manifestaron en la imposibilidad de realizar normalmente sus deposiciones (...) y en retención urinaria (...); ii) anomalías anatómicas derivadas de la infección, las cuales se evidenciaron en los edemas y necrosis de la piel escrotal que, a su ingreso al hospital San Ignacio, fueron diagnosticados como gangrena de Fournier y para cuyo tratamiento fue necesario un debridamiento quirúrgico (...); iii) perturbaciones a nivel de sus órganos genito-uritarios; y iv) afectación en la realización de actividades tan rutinarias como las digestivas (...) En este sentido y aun a pesar de que no obraba dictamen de pérdida de capacidad laboral, de haber sido de carácter permanente, dichas lesiones habrían dado lugar a otorgar una indemnización cercana a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin embargo, comoquiera que está demostrado que al señor Sholten le fueron tratadas las dolencias por las cuales fue trasladado al hospital San Ignacio y que allí no sólo se curó de la infección padecida, sino que le practicaron un recubrimiento de la zona perineal, con injertos de piel, intervención respecto de la cual evolucionó favorablemente –supra párr. 10.22-, está claro que los padecimientos constitutivos de daño a la salud susceptible de ser indemnizado fueron sufridos por un espacio de alrededor de tres meses (...) Así pues, en la medida en que las lesiones padecidas (...) corresponden a lesiones que no sólo eran de carácter reversible sino que, efectivamente, fueron revertidas en el marco de la atención médica garantizada por la demandada y que la víctima tuvo que soportarlos por un período relativamente corto en comparación con lesiones graves de carácter permanente que una persona joven tendría que soportar a lo largo de sus años de vida, se considera proporcionado reconocer una indemnización correspondiente a (...) diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

6.3.2 CON APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCEPCIÓN

6.3.2.1 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P. Stella Conto Diaz del Castillo. Actor: Amparo de Jesús Ramírez Suárez. Demandado: Hospital San Vicente de Paúl de Lorica y otro

Síntesis del caso: “(...) El día 13 de julio de 1999, la señora Amparo de Jesús (...) sufrió de forma intensa dolores de parto, después de transcurridos nueve meses de embarazo aproximadamente. Con la ayuda de su compañero fue llevada a la E.S.E. Hospital San Vicente de Paúl de Lorica (...) y fue atendida la gestante en primer lugar por el médico Héctor Segundo González, quien diagnosticó que la paciente no había entrado en trabajo de parto, sin practicarle examen alguno (...) Con base en este concepto, ordenó a su compañero que se la llevara a casa y la regresara a las 8:00 a.m, del siguiente día (...) Al siguiente día 14 de julio de 1999, madrugaron y a las 6:30 a.m se encontraban nuevamente en el Hospital (...) y en vez de ser remitida la señora Amparo Ramírez Suárez a la sala de partos y ser puesta en manos de un especialista, por sus propios medios tuvieron que dirigirse a urgencias y ponerse en manos de un médico general de nombre Jesús Eduardo Martínez Nieves (...) el cual dijo que la gestante estaba dilatando, hecho que ocurrió a las 7:15 a.m., aproximadamente. Posteriormente, (...) a eso de las 7:30 a.m., el señor Nelson González atendiendo un llamado de su señora entró a la pieza y observó un charco de sangre producto de una hemorragia que se le desató a su compañera permanente (...) Ante tal situación desesperante y angustiada el señor Nelson González Sotomayor salió corriendo en busca de ayuda del médico de turno (...) el médico de turno, Dr. Ulises Sánchez Gene, (...) se limitó a decir que esa hemorragia era normal (...) El médico la observó (...) y le manifestó a su compañero que la iba a hospitalizar (...) A las 4:50 p.m., de ese mismo día 14 de julio, la gestante en un acto de gran angustia se dirigió a la enfermera de maternidad y le pidió ayuda diciéndole que no sentía a la criatura, que la hemorragia no se le paraba y ella temía perder a su bebé (...) la enfermera acudió a donde una doctora de nombre Mercedes Mangonez Rodríguez, (...) quien se dio cuenta que la criatura aparentemente estaba muerta, y de una vez buscó la intervención de un cirujano de nombre Manuel Negrete, quien (...) practicó la operación en el quirófano del hospital, logrando salvarle la vida a la señora Amparo, pero con el infortunio de extracción de la bebé sin vida (...)”.

Precedente – Sobre el reconocimiento excepcional del daño a la salud a perjudicados diferentes al a víctima directa, en casos extraordinarios y similares al generado por el precedente: También alegan los demandantes que la muerte de la hija en gestación les causaron una notable alteración a la “vida en relación”. Sobre este punto es necesario precisar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido poco precisas en lo concerniente al *nomen iuris* de los daños inmateriales, distintos del daño moral (...) mediante sentencias de 14 de septiembre de 2011 (...) la Sección establece, claramente que el daño inmaterial derivado de la alteración de la salud psicofísica es una categoría jurídica autónoma, no subsumible dentro del concepto de “daño a la vida en relación” y

comprensiva de aspectos subjetivos y objetivos (...) La Sala reitera la jurisprudencia precedente en cuanto a la no subsunción del daño a la salud en categorías jurídicas excesivamente abiertas y omnicomprensivas, como el daño a la vida en relación que, como bien se ha puesto de presente en fallos anteriores, cierra las posibilidades de acudir a criterios más objetivos de tasación del daño, impropios de categorías vagas y omnicomprensivas. Sin embargo, se estima necesario hacer algunas aclaraciones sobre la naturaleza de este daño así como sobre los criterios de conocimiento y prueba de los mismos. En primer lugar, es necesario aclarar que (...) resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. (...) Básicamente, se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria (...) se ha de notar que el concepto cualitativo de alteración psicofísica tiene una mayor extensión el relacionado con el mero porcentaje de incapacidad, especialmente cuando éste se entiende referido a lo meramente laboral. Esto es así porque existen circunstancias de afectación la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad. Este es el caso de lo que en algunas ocasiones se ha llamado daño estético (subsumido dentro de esta dimensión del daño a la salud) o la lesión de la función sexual, componentes del daño a la salud que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

(...) También se unifica la jurisprudencia en lo relativo al tema espinoso del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es factor a tener en cuenta para la tasación del mismo, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Y es que, en efecto, la Sala no encuentra razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar (falseamiento de los hechos) o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando ésta sea reversible (...) En esta misma línea se ha de aclarar también, que la Sala abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia. En efecto, dado que no es razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad, no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio (...) se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma. Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso *sub lite*, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo (...) así como la realización de la cesárea es una exigencia del derecho a la salud en los casos en que la reclaman las circunstancias del embarazo o parto, su realización innecesaria o su práctica en situaciones en las que la necesidad sobreviene por una causa evitable e imputable a la entidad médica, supone siempre una vulneración del mismo derecho. Y es que es de común conocimiento que la cesárea, por una parte implica un mayor riesgo y por otra, supone una serie de complicaciones que no son propias del parto natural (...) hecho de que la operación sea innecesaria o se torne necesaria por causa imputable al prestador del servicio de salud, muta la naturaleza jurídica del acto quirúrgico (...) el perjuicio a la salud radica, sin embargo, en las complicaciones emocionales sufridas por la paciente y su compañero a causa del óbito fetal en las circunstancias conocidas y acreditadas (...) De mayor gravedad en el caso de la señora Ramírez Suárez puesto que las investigaciones médicas sugieren que la muerte fetal, si bien afecta a la pareja, reviste mayor intensidad en la mujer (cuyo apego al bebé tiene, por lo demás, una base fisiológica) (...) se puede decir que si bien el testimonio es insuficiente para la acreditación del daño a la salud y la literatura médica es per se insuficiente para tener certeza sobre el mismo, su valoración conjunta permite tener un conocimiento suficientemente plausible sobre la índole del daño, con base en el cual se puede calcular la indemnización del daño moral (...).

6.3.2.2 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

Síntesis del caso: “El soldado Gonzalo Cuellar se encontraba en una base militar en jurisdicción del municipio del Castillo, adscrito a la séptima Brigada y el día 28 de agosto de 1998, mientras su compañía se encontraba en clase de manejo de armas, la granada de mortero que portaba en su chaleco explotó sin que previamente hubiera hecho contacto con ella.

(...) Según los técnicos del Ejército, la granada hizo explosión porque estaba en mal estado, presentaba algún desperfecto o había salido fallida al ser disparada, pero esta circunstancia no era conocida por el soldado, quien la portaba en su chaleco.

(...) Como consecuencia del estallido de la granada el soldado quedó gravemente herido en sus piernas y luego de someterlo a tratamiento médico hubo necesidad de amputárselas.”

Precedente – Daño a la salud: la Sala reitera los lineamientos planteados en sentencia del 28 de agosto del año en curso, Rad. 31.170, MP. Enrique Gil Botero, en la que se unificó la jurisprudencia en relación a la tasación, en los siguientes términos: “De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación: Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado. Lo anterior, con empleo del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV. Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto: - La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente). - La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. -La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.

- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. - La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. - Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria. - Las limitaciones o

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

impedimentos para el desempeño de un rol determinado. - Los factores sociales, culturales u ocupacionales. - La edad. - El sexo. - Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.- Las demás que se acrediten dentro del proceso. En el sub judice se tiene, que el soldado Gonzalo Cuellar Penagos, a sus 20 años de edad, presentó como secuelas del accidente sufrido, la amputación de sus dos miembros inferiores con desarticulación de la rodilla izquierda, lo que le generó una incapacidad absoluta y permanente, inaptitud para la actividad militar y la pérdida del 100% de la capacidad laboral (...) Por tanto, la Sala reconocerá al actor por daño a la salud, la suma equivalente a 300 SMLMV.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

- BIBLIOGRAFÍA -

1. Libros y tesis:

AMAYA CAMPO, Kamal José, *“El derecho a la reparación: mucho más que una simple indemnización”*, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, *“La ponderación en el derecho”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

ARCINIEGAS PARGA, Carolina, *“El perjuicio extrapatrimonial: el daño moral y el daño psicológico”*, 1997.

AYALA RODRÍGUEZ, Paula, *“La reparación integral como forma de cumplir con la obligación moral de recordar”*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2005.

BARRAGÁN ROMERO, Gil, *“Elementos del daño moral”*, Guayaquil: Editorial Edino, 1995.

BARROS, Enrique, *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BERNAL Pulido, Carlos, *“El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BOROWSKI, Martín, *“La estructura de los derechos fundamentales”* (Trad.: Carlos Bernal Pulido), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *“La responsabilidad extracontractual del Estado”*, Bogotá: Editorial Leyer, 2003.

BUSTO LAGO, José Manuel, *“La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”*, Madrid: Tecnos, 1998.

BREBBIA, Roberto H., *“El Daño Moral”*, II Edición, Buenos Aires: Editorial Orbir, 1967

BREWER CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *“Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CAMPOS SOSSA, Natalia Paola, *“La reparación de perjuicios inmateriales en el Consejo de Estado colombiano a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*,

Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

CASTRO NIÑO, Natalia Andrea, *“La vulneración de derechos fundamentales como daño resarcible y su reparación”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

CHARRUPI HERNÁNDEZ, Néstor Raúl, *“El daño en el entorno digital: ¿una nueva categoría del daño extrapatrimonial?”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

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

DARAY, Hernán, *“El daño psicológico”*, Buenos Aires: Astrea, 1995.

DE CUPIS, Adriano, *“El Daño”*, II Edición, Barcelona: Ediciones Bosch, 1975.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *“El Escándalo del daño moral”*, Madrid: Thomson Civitas, 2008.

DIEZ SCHWERTER, José Luis, *“El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina”*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *“El daño moral”*, Tomo I y II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *“La Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Fundamento y tendencias actuales”*. En: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GARRIDO FALLA, Fernando; MARIENHOFF, Miguel S.; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *“El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado”*, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1988.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (Ed.), *“Valoración judicial de daños y perjuicios”*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, *“Valoración y resarcimiento del daño corporal”*, Madrid: Marcial Pons, Editor Librero, 1997.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *“Persona y derecho”* en BUERES, Alberto Jesús; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (Directores), *“Responsabilidad por daños en el tercer milenio”*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

FUEYO LANERI, Fernando, *“Instituciones de Derecho Civil Moderno. La resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad”*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa”*, Madrid: Editorial Civitas S.A. Reedición, 1984.

GARCÍA LÓPEZ, *“Responsabilidad por daño moral. Doctrina y jurisprudencia”*, Barcelona: Bosch, 1990.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Franklin Segundo, *“Precisión conceptual acerca de la reparación integral en Colombia”*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.

GAVIRIA, Paula, *“Reparación en Colombia: ¿qué quieren las víctimas? retos, desafíos y alternativas para garantizar la integridad”*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010.

GHERSI, Carlos Alberto, *“Reparación de daños”*, II Edición, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992.

GHERSI, Carlos Alberto, *“Teoría general de la reparación de daños”*, III Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 2013.

GIL BOTERO, *“La Constitucionalización del Derecho de daños”*, Bogotá: Editorial Temis, 2014.

GIL BOTERO, Enrique, *“La institución del daño a la salud en Colombia”*, en *“Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011”*, Bogotá: Banco de la República y Consejo de Estado, 2012.

GIL BOTERO, Enrique, *“Responsabilidad extracontractual del Estado”*, VI Edición, Bogotá: Editorial Temis, 2013.

GIL BOTERO, Enrique, *“Temas de responsabilidad extracontractual del Estado”*, III Edición, Bogotá: Librería Jurídica Comlibros, 2006.

GIL BOTERO, Enrique, *“Tesauro de responsabilidad extracontractual del Estado: jurisprudencia 1991-2011”*, Tomos I y IV, Bogotá: Editorial Temis, 2013.

GÓMEZ MÉNDEZ, María Paula, *“Verdad, justicia y reparación”*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos –IDEA–, 2006.

GÓMEZ POSADA, José Fernando, *“Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia”*, II Edición, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2003.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *“Restablecimiento del derecho y reparación integral en el sistema penal acusatorio”*, Editorial Leyer, 2012.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, Marjorie Andrea, *“Daños a la persona en víctimas de desplazamiento forzado en Colombia”*, Tesis de Maestría en Responsabilidad contractual, extracontractual, civil y del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

GUIO FONSECA, Marcos Román, *“La reparación del daño no patrimonial a la luz de los principios”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *“El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho colombiano y francés”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *“Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado de Colombia”*, Bogotá: Editorial La Universidad, 1996.

HINESTROSA, Fernando, *“Apreciación del daño moral”* en HINESTROSA, Fernando, *“Escritos varios”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983.

HINESTROSA, Fernando, *“El daño moral”*, Bogotá: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1962.

HOYA CAROMINA, José, *“La valoración del daño corporal”*, Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

HUERTAS DÍAZ, OMAR, *“La dimensión internacional de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación para las víctimas de violaciones a los derechos humanos: aproximaciones para su comprensión”*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

IRISARRI BOADA, Catalina, *“El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano”*, Tesis de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

ISAZA POSSE, María Cristina, *“De la cuantificación del daño: Manual teórico-práctico”*, Bogotá: Temis, 2013.

JOSSERAND, Louis, *“Derecho Civil”*, Tomo II, Vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América-Buenos Aires, 1950.

KOTEICH KHATIB, Milagros, *“La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

LÓPEZ DÍAZ, Claudia (Coord.), *“Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz”*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), GmbH: Cooperación Técnica Alemana, ProFis, 2010.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *“El Derecho de los jueces”*, II Edición, Bogotá: Legis, 2006.

LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix, *“Tratado de la responsabilidad civil”*, Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006.

MANCIPE GONZÁLEZ, Andrés Ricardo, *“Los perjuicios inmateriales en la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia”*, Tesis de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

MARTÍNEZ BERMEO, Martha Juliana, *“La tipología de los perjuicios en materia de responsabilidad extracontractual del estado en Colombia”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

MAZEAUD, Henri y León; TUNC, André, *“Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”*, Tomo I, Vol. 1, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1993.

M’CAUSLAND SANCHEZ, María Cecilia, *“Tipología y reparación del daño no patrimonial”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

MENDOZA CURY, Antonio Luis, *“Manual de Liquidación en sentencias judiciales. Administrativo, civil, penal y laboral”*, Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2012

MIR PUIGPELAT, Oriol, *“La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria”*, Madrid: Civitas, 2004.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), *“La ponderación en el derecho”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *“Responsabilidad por daños”*, Parte General, Tomo I, Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2004.

MOTTA CASTAÑO, Deissy, *“Responsabilidad civil extracontractual del Estado colombiano por violación a los derechos humanos”*, Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2011.

NANCLARES, Juliana, *“Criterios para la aplicación de los mecanismos de reparación no pecuniarios de los Tribunales Internacionales en el sistema jurídico colombiano”*, Tesis de

Maestría en Responsabilidad contractual, civil y del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

NAVIA ARROYO, Felipe, *“Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

NAVIA ARROYO, Felipe, *“Estudio sobre el daño moral”*, Bogotá: Biblioteca ANIF de Economía, 1978.

NIETO, Alejandro, *“El arbitrio judicial”*, Barcelona: Editorial Ariel, 2001.

ORTIZ ALVAREZ, Luis, *“El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la administración pública”*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1995.

OSORIO JIMÉNEZ, Luz Adriana, *“El daño antijurídico”*, Tesis de Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1994.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *“Teoría general del contrato y del negocio jurídico”*, VII Edición, Bogotá: Temis S.A, 2005.

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando, *“El daño mortal: el valor de la vida .La pérdida de la vida, ¿Un daño indemnizable?”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

PAILLET, Michel, *“La responsabilidad administrativa”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

PALACIO CEPEDA, Marisol, *“Víctimas y reparación”*, Bogotá: Editorial Leyer, 2008.

PARODÍ PÍNEDO, Pedro Pablo, *“Los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral: guía de apoyo para facilitadores”*, Bogotá: Consejería en Proyectos PCS, 2009.

PATIÑO D., Héctor Eduardo, *“Certeza o eventualidad del daño en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

PEIRANO FACIO, Jorge, *“Responsabilidad Extracontractual”*, III Edición, Bogotá: Editorial Temis, 1981.

PEÑA DÍAZ, Carlos Mario, *“Reparación integral. Consideraciones críticas. Una aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”*, Bogotá: Ediciones Veramar, 2011.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

PEREZ VIVES, Álvaro, *“Teoría General de las Obligaciones”*, Tomo II, Bogotá: Temis, 1968.

PUGLIATTI, Salvatore, *“Esecuzione forzata e diritto sostanziale”*, Milano: Giuffrè Editore, 1935.

QUIROGA NATALE, Edgar Andrés, *“Ponderación y proporcionalidad como técnica de aplicación jurídico-económica en el escenario del control constitucional colombiano a partir de 1991”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

RAMOS ACEVEDO, Jairo, *“Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública”*, Bogotá: Leyer, 2004.

RESTREPO MEDINA, Manuel (Coord.), *“Temas de Derecho Administrativo contemporáneo”*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2005.

RINCÓN COVELLI, Tatiana, *“Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional”*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

ROCA TRÍAS, Encarna; NAVARRO MICHEL, Mónica, *“Derecho de Daños. Textos y materiales”*, VI Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *“La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo”*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ROGERS, Horton (Ed.), *“Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective”*, Wien/New York, Springer, 2001.

ROSELLO, Gabriela, *“Derecho y reparación de daños tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada”*, Vol. 1-4, Bogotá: Universidad del Rosario, 1998-2003.

ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, *“La responsabilité administrative”*, Paris: Hachette, Collection Les Fundamentaux, 1992.

ROZO SORDINI, Paolo, *“El daño biológico”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

RUEDA FONSECA, María del Socorro, *“Daño moral o pretium doloris”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

RUIZ OREJUELA, Wilson, *“Responsabilidad del estado y sus regímenes”*, II Edición, Bogotá: ECOE Ediciones, 2013.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *“La responsabilidad extracontractual de la administración pública”*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.

SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *“La indemnización del daño no patrimonial”*, Bogotá: Editorial Leyer, 2007.

SÁNCHEZ BRAHIM, María del Rosario, *“La reparación del daño”*, Tesis de Especialización, Universidad del Rosario, 1999.

SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, *“Estudios de responsabilidad civil”*, I Ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *“El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo: un análisis jurídico desde el derecho español”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SUESCUN M., Jorge, *“Derecho Privado. Estudio de Derecho Civil y Comercial contemporáneo”*. Tomo I, II Edición, Bogotá: Legis, 2003.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *“Tratado de responsabilidad civil”*, Tomo II, Bogotá: Legis, 2010.

TERNERA BARRIOS, Francisco, *“La realidad de los derechos reales”*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.

TRUJILLO MARTÍNEZ, Miguel Raúl, *“La sentencia penal y su incidencia en la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio”*, Tesis de Especialización, Universidad del Rosario, 2000.

VALENCIA ZEA, Arturo; MONSALVE ORTÍZ, Álvaro, *“Derecho Civil. De las obligaciones”*, IX Edición, Tomo III, Bogotá: Temis S.A., 2004.

VEGA ARENAS, Johana Gisselle, *“La ponderación como técnica de solución al conflicto de principios en el Derecho Administrativo”*, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

VELÁSQUEZ GIL, Catalina, *“Responsabilidad contractual y extracontractual del estado: Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado año 2011”*, Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2011.

VÉLEZ POSADA, Santiago, *“La reparación del daño en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

VICENTE DOMINGO, Elena, *“Los daños corporales: tipología y valoración”*, Barcelona: Editorial Bosch, 1994.

VILLA ARCILA, Leonardo, *“Tareas Pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia”*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ, 2010.

WEINGARTEN, Celia Dir., *“Manual de Derecho de daños”*, Buenos Aires: Editorial La Ley, 2010.

ZANONI, Eduardo A., *“El daño en la Responsabilidad Civil”*, III Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *“Resarcimiento del daño moral”*, Buenos Aires: Astrea, 2009.

ZULETA GIRALDO, Lina Marcela, *“Rehabilitación: medida de reparación en las víctimas de violaciones a los derechos humanos”*, Tesis de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

2. Revistas:

ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés; BRAVO RUBIO, Diana, *“El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Énfasis en la experiencia colombiana”*. En: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, No. 13, Bogotá, noviembre, 2008.

ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés; LÓPEZ, Julián Daniel, *“Asistencia estatal a los desplazados y reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*. En: *Revista International Law*, No. 8, ISSN 1692-8156, Bogotá, junio-noviembre, 2006.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *“Negación de daños morales a una persona jurídica en materia contractual”*. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, No. 1, Santiago, 2007.

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A.; GONZÁLEZ VERGARA, Paulina V., *“Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización”*. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 37, No. 106, Medellín, enero-junio, 2007.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *“Del daño por repercusión o rebote”*. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, No. 2, Sección Estudios, 1999.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *“Daño moral y daño al proyecto de vida”*. En: Revista de Derecho de daños, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *“El daño a la persona”*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.

FUENTES CUBILLOS, Hernán, *“El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”*. En: Revista Ius et Praxis, ISSN 0718-0012, año 14, No. 2, 2008.

HEDERICH GARCÍA, Franz, *“El daño a la salud, daño autónomo objeto de indemnización”*. En: Revista Temas Socio-Jurídicos, julio 30, 2012.

HINESTROSA, Fernando, *“Devenir del derecho de daños”*, en Roma e America. Diritto romano comune: Revista de Derecho de la integración y unificación del derecho en Europa y América Latina, No. 10, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, junio, 2000.

INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO, *“Daño extrapatrimonial. Daño moral. Daño a la persona”*, Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil, No. 2, Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014.

ISAZA POSEE, María Cristina, *“Los perjuicios morales en el proceso penal: interpretación del artículo 97 de ley 599 de 2000”*. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, No. 20, Bogotá, Septiembre, 2003.

KOTEICH KHATIB, Milagros, *“El daño extrapatrimonial: del derecho romano a la dispersión actual de la categoría en Italia, y su proyección en América Latina”*. En: Roma e America. Diritto romano comune: Revista de Derecho de la integración y unificación del derecho en Europa y América Latina, No. 21, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2006.

KOTEICH KHATIB, Milagros, *“La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”*. En: Revista de Derecho Privado, No. 18, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando; PANTALEÓN PRIETO, Fernando; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, *“Daño extrapatrimonial. Daño moral. Daño a la persona”*. En: Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil, No. 2, ISSN: 2027-7083, febrero, 2014.

MANRIQUE NIÑO, José Ignacio, *“La reparación del daño antijurídico en la prestación del servicio público de la educación”*. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 9, No.1, Bogotá, junio, 2007.

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

MOISÁ, Benjamín; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *“Daño extrapatrimonial (o moral) a las personas jurídicas”*. En: Revista Jurídica del Perú, No. 87, mayo, 2008; y en: LexisNe-xis Córdoba, No. 4, abril, 2008.

NAVIA ARROYO, Felipe, *“Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia”*. En: Revista de Derecho Privado, No. 12-13, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio, *“La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral”*. En: Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, No. 109, Bogotá: junio, 2005.

RODRIGUEZ GARAVITO, César Augusto, *“¿Qué es el interés público? A propósito de los “conceptos jurídicos indeterminados”*. En: Revista de Derecho Público, Vol. 7 Fasc, ISSN 1909-7794, Bogotá: Ediciones Uniandes, 1995.

RUEDA PRADA, Diana, *“La reparación del daño a la salud en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia”*, Borradores de investigación, En Revista Socio-Jurídicos, Bogotá: Universidad del Rosario, No. 67, ISSN: 0124-700 X, noviembre 12 de 2013.

SOLARTE RODRÍGUEZ, Oscar Arturo, *“La reparación in natura del daño”*. En: Revista Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas No.109, Bogotá, junio, 2005.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *“El daño civil y su reparación”*. En: “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana”, Vol. 66, Medellín, 1983.

TERNERA BARRIOS, Luis Francisco; TERNERA BARRIOS, Francisco, *“Breves comentarios sobre el daño y su indemnización”*, Volumen VII, Opinión Jurídica, ISSN 16922530, Bogotá, 2008.

3. Conferencias:

GIL BOTERO, Enrique, Conferencia: *“Jurisprudencia contencioso administrativa en materia médico-sanitaria en Colombia (Perspectivas generales, estado del arte y nuevos paradigmas)”*, Segundo Congreso Internacional de Derecho Médico y Sanitario, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

HERNÁNDEZ, Alier, Conferencia: *“Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado colombiano”*, Casa Franco-Andina del Derecho (MFDA), Bogotá, noviembre 2000.

4. Recursos electrónicos:

AREVALO, Juan, *“Activismo judicial del Consejo de Estado. Análisis de líneas jurisprudenciales en materia de perjuicios extrapatrimoniales”*, Tesis de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, 2003. Disponible en [\[http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/paginas/tesis76.htm\]](http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/paginas/tesis76.htm).

ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *“Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”*. En: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Madrid, 2009. Disponible en [\[http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf\]](http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf).

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *“Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris”*. *Revista chilena de Derecho* [online], Vol.35, No.1, ISSN 0718-34372008, 2008. Disponible en [\[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100004\]](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100004).

BERNAL PULIDO, Carlos, *“Estructura y límites de la ponderación”*, en: *Revista Doxa*, No. 26, ISSN 0214-8876, 2003. Disponible en [\[http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf\]](http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf).

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, *“La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional”*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en [\[http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/34.pdf\]](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/34.pdf).

GIL BOTERO, Enrique, *“El daño a la salud en Colombia – retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento”*, *Revista digital de Derecho Administrativo*, No. 8, Segundo semestre/2012, p. 89-145. Disponible en [\[http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=3385\]](http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=3385).

GIL BOTERO, Enrique, *“La institución del daño a la salud en Colombia”*, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*, Bogotá, diciembre, 2012. Disponible en: <http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/17INSTITUCION.pdf>

MARTÍNS CASALS, Miguel, *“¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?”*. Disponible en: [\[http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm\]](http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm).

MAYA, Ana Lucía, *“La declaración de medidas de reparación no pecuniarias por el Consejo de Estado: avances, vacíos e insuficiencias”*. En *“Incorporación del Derecho Internacional de los DDHH a nivel judicial”*. Disponible en [\[http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/dyj/dyj09/dyj9-declara.pdf\]](http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/dyj/dyj09/dyj9-declara.pdf).

“La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”

QUINTERO NAVAS, Gustavo, *“El perjuicio y sus consecuencias en Colombia”*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/20.pdf>].

RIVERA VILLEGAS, Ana María, *“Análisis del daño fisiológico o la vida de relación”*, Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, 2003. Disponible en [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS19.pdf>].