

# Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia

María Cecilia M'Causland Sánchez

# **Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia**

**Comentarios críticos sobre  
la jurisprudencia reciente**

Universidad Externado de Colombia

M'Causland Sánchez, María Cecilia

*Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia : comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente* / María Cecilia M'Causland Sánchez. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2015.

101 páginas ; 21 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587723816

**1. Responsabilidad Civil -- Colombia 2. Responsabilidad Administrativa -- Colombia 3. Daños y Perjuicios -- Colombia 4. Obligaciones (Derecho) -- Colombia 5. Reparación (Derecho)** I. Universidad Externado de Colombia. II. Título.

346

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca - EAP  
Octubre de 2015

ISBN 978-958-772-381-6

© 2015, MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ  
© 2015, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá  
Teléfono (57-1) 342 02 88  
publicaciones@uexternado.edu.co  
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2015

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones  
Composición: Precolombi EU-David Reyes  
Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.  
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia  
*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de la autora.

## CONTENIDO

Introducción	9
I. La jurisprudencia reciente en materia civil	17
II. La jurisprudencia reciente en materia contencioso-administrativa	29
III. Análisis de la jurisprudencia nacional reciente sobre la tipología y la reparación del perjuicio inmaterial	37
A. El reconocimiento del daño a los derechos fundamentales como categoría autónoma	37
B. La reparación del daño a los derechos fundamentales	48
C. El reconocimiento del daño a la salud	60
D. La reparación del daño a la salud	64
E. La eliminación del perjuicio a la vida de relación como categoría indemnizable por el Consejo de Estado	65
F. La reparación del perjuicio moral	72
G. Observaciones adicionales	83
IV. Reflexión final y conclusión general	95
Bibliografía	99



## INTRODUCCIÓN

La equidad tiene injerencia en la definición misma de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial. Este ensayo, que constituye un avance de la investigación adelantada para la redacción de la tesis doctoral de la autora sobre los elementos y límites del recurso a la primera frente a la determinación de la segunda, se refiere, de manera particular, a la relación que existe entre equidad y daño indemnizable, en cuanto, en la definición de este, aquella cumple un *rol* trascendental.

Respecto de la determinación de las categorías del daño, dada la escasa dificultad que según se reconoce de manera generalizada representa la consideración del daño patrimonial o material y de sus subcategorías, el daño emergente y el lucro cesante —normalmente definidas en los códigos civiles, como lo hace el nuestro en los artículos 1613 y 1614—, el uso de la equidad resulta justificado en lo que atañe al daño inmaterial o no patrimonial, esto es, el que afecta los derechos personalísimos o los intereses que no tienen valor económico, en concreto en aquellos países en los que, como ocurre en Colombia, no existe una tipificación cerrada fijada por el legislador. En el ámbito nacional, la jurisprudencia civil y la contencioso-administrativa, en distintas épocas, han adoptado posturas muy variadas respecto de la tipología de este tipo de daño, lo que da cuenta del uso de la forma de equidad llamada por la doctrina *praeter legem*, que

obra para llenar las lagunas del sistema jurídico y se aplica, entonces, cuando no hay norma que regule el caso, ni se puede extraer esta de principios positivos, por analogía, ni se admiten estos procedimientos<sup>1</sup>.

Se recurre a la equidad, igualmente, para determinar el valor de la reparación en los casos en que no existe una indemnización tarifada prevista en la ley. En Colombia, el legislador mismo ha dispuesto la obligatoriedad de su uso en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual, “[d]entro 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”.

Si bien se acude a la equidad por excepción para determinar el valor del perjuicio material cuando su existencia está establecida de manera clara pero su cuantía no ha logrado determinarse en el proceso<sup>2</sup>, se recurre a ella con más frecuencia cuando se trata del daño inmaterial o no patrimonial, puesto que no existe la posibilidad de obtener valores exactos con fundamento en análisis de mercado u otros mecanismos similares. En este caso, en Colombia el uso de la equidad se justificó en un principio en la necesidad de integrar el sistema normativo, que en este campo presenta vacíos. Así, la jurisprudencia civil consideró que

- 
- 1 Sobre las formas de equidad: JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950, pp. 54 y 55; *id.*, *La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1953, pp. 97, 98, 105-121.
  - 2 Pueden mencionarse, a título de ejemplo, entre muchas otras sentencias, las proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 5 de octubre de 2004, exp. 6975; el 14 de noviembre de 2008, exp. 00403-01; el 20 de enero de 2009, exp. 00215-01; el 4 de agosto de 2010, exp. 22456-01, y por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 4 de diciembre de 2006, exp. 13168; el 31 de mayo de 2007, exp. 15170, y el 30 de agosto de 2007, exp. 30871.

debía recurrirse a la equidad para fijar el valor de la indemnización del daño inmaterial, en virtud de la imposibilidad de aplicar por analogía las disposiciones de los códigos penales que han regulado la reparación del daño proveniente de la conducta punible<sup>3</sup>; el fundamento se encontró en lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, que sanciona la denegación de justicia del juez que rehúsa juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley<sup>4</sup>, y en el artículo 8.º del mismo cuerpo normativo, según el cual “[c]uando no haya 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 del derecho”<sup>5</sup>. Estaríamos entonces

- 3 Si bien los códigos penales nacionales han fijado, tradicionalmente, sumas límite para la indemnización del perjuicio proveniente del delito, la Corte Suprema de Justicia ha considerado improcedente su aplicación analógica en materia civil. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala de Casación Civil del 27 de septiembre de 1974 (M. P. Germán Giraldo Zuluaga), con la que se inauguró esta postura. Una decisión similar, aunque fundada en argumentos distintos, ha adoptado la Sección Tercera del Consejo de Estado desde la sentencia del 6 de septiembre de 2001 (exps. acumulados 13232 y 15646), al referirse, en concreto, al artículo 97 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal vigente. Sobre esta norma y la sentencia C-916 de 2002, por la cual la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada, y sobre la aplicación que de ellas ha hecho el Consejo de Estado, se volverá más adelante.
- 4 CARLOS M.ª ENTRENA KLETT, *La equidad y el arte de juzgar*, 2.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1990, pp. 125-134, se refiere a esta disposición, prevista con similar contenido en el artículo 1.º, numeral 7, del Código Civil español, como una de las “bóvedas legales” mediante las cuales se busca la plenitud del ordenamiento jurídico. Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS subraya la importancia de esta norma, consagrada, en términos parecidos, en el artículo 4.º del Código Civil francés. Indica, en efecto, que de ella se deriva el reconocimiento de la legitimidad de la interpretación judicial. *Cfr. La formulación... op. cit.*, p. 59.
- 5 No pasa inadvertido el hecho de que esta disposición aludía a las reglas generales del derecho, distintas de la equidad y, en todo caso, mencionadas al margen de ella en el citado artículo 230 constitucional. Aunque algunos autores conciben los principios generales del derecho como principios de equidad (entre otros, JORGE GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, t. I, Madrid, Reus, 1928,

de nuevo ante la denominada equidad *praeter legem*. Con posterioridad a la expedición de la mencionada Ley 446 de 1998, puede considerarse que la jurisprudencia recurre a la denominada por la doctrina citada equidad *secundum legem* y, en concreto, a la variante de ella que corresponde a la equidad autorizada por delegación legislativa.

Además, se recurre a la equidad y a la regla de reparación integral para fundar el reconocimiento de formas de reparación no pecuniarias, como las medidas de rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición; la jurisprudencia nacional —en procesos de tutela, contencioso-administrativos y aun penales— se ha inspirado, para el efecto, en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, se advierte que los desarrollos logrados en estos campos de la tipología y la reparación del perjuicio generan algunas perplejidades. El objeto de este ensayo es revisar, de modo particular, la jurisprudencia nacional más reciente, con el fin de defender la tesis según la cual ella, en algunos casos, resulta contraria al criterio de equidad y a la regla de reparación integral.

Para demostrar esta tesis se tendrá, como primera premisa, el entendimiento de la responsabilidad patrimonial civil y del Estado como la obligación de reparar los perjui-

---

p. 25; GIUSEPPE MAGGIORE, "L'equità e il suo valore nel diritto", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, año 1923, p. 275, y MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, 6.ª ed., voz "Equidad"), otros encuentran claras diferencias entre ellos (algunos de estos son MARIO ROTONDI, "Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", en *Recueil Gény*, t. II, p. 409; VALVERDE, *Tratado de derecho civil*, 4.ª ed., t. I, p. 212, nota 1), autores todos citados por CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de equidad...*, *op. cit.*, pp. 83-86. Igualmente, encuentra distinciones esenciales entre la equidad y los principios generales del derecho ENTRENA KLETT, *op. cit.*, p. 129.

cios que le resulten imputables al demandado, del cual ha partido siempre la jurisprudencia nacional, con fundamento en disposiciones como los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil<sup>6</sup> y 90 de la Constitución Política<sup>7</sup>. Estas normas —y otras que pueden encontrarse sobre todo en el Código Civil— no dejan duda, por una parte, sobre el hecho de que esta forma de responsabilidad supone, necesariamente, la existencia de un daño y la verificación de la imputación a una persona determinada de la acción u omisión que lo causa; daño e imputación constituyen, entonces, elementos estructurales de la responsabilidad, sin los cuales ella no se configura, en ningún caso. Por otra, sobre el hecho de que la reparación constituye la función esencial de dicha responsabilidad patrimonial, que la define y distingue de otras formas de responsabilidad<sup>8</sup>.

- 
- 6 Estos artículos prevén: “Art. 2341. El que ha cometido 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 delito cometido”. “Art. 2347. Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado...”. “Art. 2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta [...]”.
- 7 El inciso 1.º de este artículo prevé: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.
- 8 Sobre el carácter irremplazable de la función indemnizatoria de la responsabilidad, *vid.* GENEVIÈVE VINEY, *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 89. FERNANDO PANTALEÓN PRIETO afirma, refiriéndose a la pretendida función preventiva de la responsabilidad, que ella no tiene carácter normativo en el derecho español, carácter que sí tiene, en cambio, la función indemnizatoria. Agrega que “la prevención [es] un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación”, y precisa que “[n]o se autoriza al juez, en el extremo, a imponer una ‘indemnización’ sin daño, por peligrosa que haya sido la conducta que ha tenido la enorme suerte de no causar, por cifra negra que este tipo de conducta tenga, ni por potentado que sea su autor”. Refiriéndose a la propuesta de adoptar los denominados daños punitivos, expresa su opinión en el sentido de que el legislador debe despreciar

Se partirá, además, de que existe una distinción, aceptada tradicionalmente, entre la noción general de daño y la de daño reparable (perjuicio), en el entendido de que aquel alude a la lesión de un interés legítimo y este, a las consecuencias de esa lesión<sup>9</sup>, punto sobre el cual resulta ilustrativa, para los fines de este ensayo, la afirmación de la profesora Matilde Zavala de González, en el sentido de que si no se separa el daño de la lesión que lo causa, no se puede distinguir entre el daño público y el daño privado, dado que aquel no requiere un resultado diferente de la lesión misma<sup>10</sup>.

---

el potencial preventivo de la responsabilidad, dejando la labor pertinente al derecho penal y administrativo sancionador, “cuando su aprovechamiento sea incompatible con las exigencias compensatorias de la justicia conmutativa”. Cfr. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también en las Administraciones públicas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 444-446. También en referencia al derecho español, ELENA VICENTE DOMINGO expresa que el daño es “la pieza clave del sistema ya que sin el daño o perjuicio no hay obligación de resarcir[,] pues no hay nada que reparar y la función básica de la responsabilidad civil es la función reparadora. La razón de ser de la responsabilidad civil es la de reparar el daño causado”. Cfr., “El daño”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, p. 71.

9 A este punto se ha hecho referencia en un trabajo anterior, con apoyo en la cita, entre otros autores, de ROBERTO BREBBIA, *El daño moral*, 2.ª ed., Rosario, Orbir, 1967, pp. 75, 76, 233-237; GIUSEPPE CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Verona, Cedam, 1999, p. 49; PHILIPPE LE TOURNEAU *et al.*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, París, Dalloz Action, 2004, p. 318; GIOVANNA VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, Aída Kemelmajer de Carlucci (trad.), Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 19; MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Daños a la persona*, vol. II, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 19, citada por ALBERTO BUERES, “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, julio de 1995, p. 248. Cfr. MARÍA CECILIA M’CAUSLAND SÁNCHEZ, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 14 y 166.

10 MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Daños a la persona*, vol.

Se presentará, en la primera parte, la jurisprudencia nacional reciente sobre la tipología y la reparación del perjuicio inmaterial. Teniendo en cuenta que la evolución histórica de la jurisprudencia civil y la contencioso-administrativa se ha expuesto y analizado en varias publicaciones anteriores<sup>11</sup>, no se hará referencia detallada a ella en un aparte especial. No obstante, en cuanto resulte necesario para la comprensión del análisis de la jurisprudencia vigente aquí propuesto, se mencionarán algunos fallos anteriores relevantes.

Luego se abordará el estudio crítico de dicha jurisprudencia nacional civil y contencioso-administrativa, para lo cual se hará referencia a sus notas más representativas, que se analizarán en forma conjunta, cuando ello resulte posible, en cuanto se encuentren elementos comunes a las dos jurisdicciones —como ocurre, por ejemplo, respecto del reconocimiento del daño a los derechos fundamentales como categoría autónoma—, y en forma separada, cuando

---

ii, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, pp. 29 y 30, citada por ALBERTO BUERES, “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general”, cit, p. 249. RICARDO LUIS LORENZETTI dice compartir la opinión de la profesora MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, en cuanto esta expresa que no habría qué indemnizar si hubiera lesión sin resultado, y afirma aquel que “[e]n realidad, es cierto que el daño es una consecuencia puesto que no es la lesión misma lo que se resarce”. Cfr. RICARDO LUIS LORENZETTI, “La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, Daños a la persona, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni Editores, 1995, p. 104.

11 Al respecto, se remite a las siguientes publicaciones de la autora: MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial”, en *Estudios de Derecho Civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 323-343; *id.*, *Tipología y reparación del daño no patrimonial...*, op. cit.; *id.*, “Perjuicio a la vida de relación. Perjuicio extrapatrimonial autónomo. Reformulación del concepto y abandono de la expresión perjuicio fisiológico”, en Andrés Ospina (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 267-279.

se necesite para relevar la diferencia de criterios que hoy existe entre ambas y las particularidades de sus razonamientos —como ocurre frente a la procedencia o improcedencia del reconocimiento autónomo del perjuicio a la vida de relación—. Por último, se presentarán una reflexión final y una conclusión general.

## I. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA CIVIL

La sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 13 de mayo de 2008 (rad. 006-1997-09327-01), en la que se afirmó que el daño inmaterial estaba comprendido por dos categorías, daño moral y daño a la vida de relación, fue reiterada en múltiples ocasiones hasta 2014. En 2013, sin embargo, la misma sala expidió la sentencia del 9 de diciembre (rad. 88001-31-03-001-2002-00099-01), en la que se hicieron consideraciones, a modo de *obiter dictum*, que parecían anunciar un cambio de la jurisprudencia en torno a la tipología del daño inmaterial. En efecto, si bien por este fallo se condenó a la parte demandada al pago de determinadas sumas de dinero por concepto de daño moral y daño a la vida de relación, como únicas formas del daño inmaterial, en la parte motiva se expresó:

Tanto la jurisprudencia como la doctrina contemporáneas consideran que el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional daño moral, pues dentro del conjunto de bienes no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos intereses jurídicos distintos a la aflicción, el dolor, o la tristeza que se produce en la víctima. Así, por ejemplo, son especies del perjuicio no patrimonial —además del moral— el daño a la vida de relación y *la lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional*. [Bastardilla fuera de texto].

Con posterioridad, la Sala de Casación Civil expidió la sentencia del 5 de agosto de 2014 (rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01), que contiene la jurisprudencia más reciente de esa corporación respecto de la tipología y la reparación del daño inmaterial.

Sobre la tipología, expresa la Corte que el daño inmaterial comprende las siguientes categorías: 1) el daño moral; 2) el daño a la vida de relación; y 3) el daño a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.

Respecto del concepto de daño moral, en la sentencia se reitera el fallo del 18 de septiembre de 2009 (exp. 2005-406-01), en el que se consideró:

[...] está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos”, que se concretan “en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”.

Sobre el daño a la vida de relación, se reitera el fallo del 13 de mayo de 2008, ya mencionado, en el que se expresó que “es un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio” y se indicó que “en el mismo fallo se partió de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado sobre esta clase de daño, y en tal sentido se puntualizó cómo este ‘no consiste en la lesión en sí misma, sino en las

consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre' [...]”.

El daño a los derechos humanos fundamentales —también denominado en otros apartes de fallo del 5 de agosto de 2014 “daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales”, “daño a los bienes esenciales de la personalidad, subjetivos o fundamentales” y “daño a los bienes jurídicos esenciales del individuo”— es definido por la Corte como “el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual”.

Por otra parte, como se verá, en uno de los párrafos de la sentencia, la Corte se refirió a una categoría adicional, consistente en el daño a la salud, el cual, sin embargo, no trató luego.

Con el fin de comprender por completo el contenido de esta jurisprudencia, es necesario referirse a la decisión tomada y a la argumentación en que se funda.

En el caso concreto, la Corte declaró que la entidad demandada —un banco— incurrió en incumplimiento de un contrato de mutuo, “al reversar [*sic*] unilateralmente el alivio que había otorgado al crédito” tomado por los demandantes, y la condenó a pagarle a cada uno diez millones de pesos por concepto de perjuicios morales y veinte millones “como compensación al daño ocasionado a su buen nombre”.

Sobre la tipología del daño inmaterial, se afirmó en la parte motiva:

*En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial —además del daño moral— el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales.*

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

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

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

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

Solo en este contexto cobra significado la figura que se viene analizando, y con base en esta nueva concepción —más normativa que filosófica— es posible definir el *daño a los*

*bienes esenciales de la personalidad, subjetivos o fundamentales* [...] [Bastardilla fuera de texto].

En cuanto a la reparación del daño inmaterial, reiteró la Corte su posición en el sentido de que la debe fijar el juez, en cada proceso, conforme a la equidad y las particularidades del caso, por lo cual no es procedente fijar “parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio”.

Sobre la reparación del daño a los derechos humanos fundamentales, precisó:

Con todo, la defensa del principio supremo de la dignidad humana mediante el resarcimiento integral del perjuicio que se ocasiona a los bienes más preciados para el individuo, es una institución del derecho civil, y como tal, requiere para su concesión del cumplimiento de los requisitos de esta clase de responsabilidad.

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

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

Tal protección, sin embargo, para que sea eficaz, presupone que esta clase de daño guarde correspondencia con los valores del ordenamiento jurídico que le imprimen sentido y coherencia al sistema, lo que impone la necesidad de delimitar la

extensión del resarcimiento; es decir[,] que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas.

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

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

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

contingencia contractual o extracontractual apareja algún tipo de inconvenientes.

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

Así, por ejemplo, si el daño al buen nombre coincide con la afectación del patrimonio de la víctima, y en la demanda se reclaman sendas indemnizaciones, entonces no será posible conceder ambas pretensiones porque en tal caso se estaría en presencia del mismo perjuicio, imposible de ser reparado por partida doble, dado que uno converge en el otro. Lo mismo cabe predicar de aquel frente al daño moral o a la vida de relación cuando no aparezcan claramente diferenciados.

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

La Corte también precisó, en los siguientes términos, que el objeto de la reparación está constituido por las consecuencias de la lesión, y no por esta en sí misma:

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

No obstante, más adelante, en el mismo fallo, expresó:

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

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

Ello quiere decir que la vulneración a un interés jurídico constitucionalmente resguardado no deja de ser resarcible por el hecho de no tener consecuencias en la afectación de otros bienes como el patrimonio, la vida de relación, o la esfera psíquica o interior del sujeto; y, por el contrario, solo debe negarse su reparación cuando se subsume en otro tipo de perjuicio o se identifica con él, a fin de evitar un pago múltiple de la misma prestación.

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

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

De modo particular, sobre el daño inmaterial causado en el caso concreto, se expusieron los siguientes argumentos:

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

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

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

Y sobre la reparación del daño moral y del daño al buen nombre, se indicó:

[...] 5.1. Con relación al pago de los perjuicios morales, conviene reiterar que como hacen [*sic*] parte de la esfera íntima o fuero mental del sujeto damnificado, no son susceptibles de tasación por medio de pruebas científicas, técnicas o directas, toda vez que su esencia originaria y puramente espiritual obliga al juez a estimarlos, pues es por medio de la equidad

y el derecho, mas no del saber teórico o razón instrumental, que pueden llegar a ser apreciados.

Bajo esos presupuestos, por cuanto solo quien padece ese dolor subjetivo conoce la intensidad con que se produjo, tal sufrimiento no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más; no obstante, como tal daño no puede quedar sin resarcimiento por la trascendencia que tiene para el derecho, es el propio juez quien debe regularlos con sustento en su sano arbitrio, sustentado en criterios de equidad y razonabilidad.

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

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

Junto con la pauta anterior, deben valorarse las circunstancias particulares de cada caso, pues son ellas, precisamente, las que permiten a la jurisprudencia adaptar los criterios objetivos a las situaciones concretas de cada realidad; y en tal sentido se hace necesario tener en cuenta las condiciones

personales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio, entre otras condiciones que el juez logre advertir para la determinación equitativa del monto del resarcimiento.

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

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



## II. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La Sección Tercera del Consejo de Estado elaboró y aprobó un documento sobre la tipología y la reparación de los perjuicios inmateriales, “con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados” para su reparación. Este documento fue ordenado mediante Acta 23 del 25 de septiembre de 2013 y aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014. En esta misma fecha se expedieron ocho sentencias de unificación jurisprudencial (exps. 26251, 27709, 28804, 28832, 31170, 31172, 32988 y 36149), en las cuales se adoptan y se aplican, en casos concretos, los criterios aludidos.

En este acápite se hará referencia al contenido del documento mencionado. Los aspectos particulares que en relación con dicho contenido resulten relevantes de las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014 se presentarán en el acápite siguiente, cuyo objeto es analizar la jurisprudencia reciente.

En el documento, el Consejo de Estado presenta, en primer lugar, la tipología del perjuicio inmaterial, así: 1) perjuicio moral; 2) daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados; y 3) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

Del perjuicio moral se afirma que “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”. De las otras dos categorías no se ofrece una definición.

En segundo lugar, se fijan los siguientes criterios para la reparación del perjuicio inmaterial, a modo de “regla general”:

*En cuanto al daño moral*, se distinguen los que se producen en casos de muerte, de lesiones personales y de privación injusta de la libertad.

Para el caso de muerte, se establecen cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y los perjudicados y se determina la indemnización que les corresponde en salarios mínimos legales mensuales vigentes (s. m. l. m. v.), partiendo de que cien es “el tope indemnizatorio”, así:

REPARACIÓN DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE. REGLA GENERAL

	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
	Relaciones afectivas propias de esposos o compañeros permanentes o estables, y relaciones paterno-filiales y, en general, del primer grado de consanguinidad	Relaciones afectivas propias del segundo grado de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas propias del tercer grado de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas propias del cuarto grado de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas que se tienen con terceros damnificados no familiares
%	100%	50%	35%	25%	15%
s. m. l. m. v.	100	50	35	25	15

Además, se indica que para la demostración de las relaciones afectivas propias de los niveles 1 y 2 “se requerirá la prueba

del estado civil o de la convivencia de los compañeros". Para las propias de los niveles 3 y 4, "además, se requerirá la prueba de la relación afectiva". Y para las propias del nivel 5, "deberá ser probada la relación afectiva".

Para la reparación en caso de lesiones personales, se establecen cinco niveles iguales a los anteriores, con la salvedad de que el primer nivel comprende también a la víctima directa. Se indica que el valor de la reparación atenderá a la gravedad o levedad de la lesión sufrida por esta, así:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES PERSONALES<sup>a</sup>.  
REGLA GENERAL

Gravedad lesión	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
	Víctima directa y relaciones afectivas propias de esposos o compañeros permanentes o estables, y relaciones paterno-filiales y, en general, del primer grado de consanguinidad	Relaciones afectivas propias del segundo grado de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas propias del tercer grado de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas propias del cuarto grado de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas que se tienen con terceros damnificados no familiares
= o > 50%	100	50	35	25	15
= o > 40% y < 50%	80	40	28	20	12
= o > 30% y < 40%	60	30	21	15	9
= o > 20% y < 30%	40	20	14	10	6

Continúa

Gra- vedad lesión	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
= o > 10% y < 20%	20	10	7	5	3
= o > 1% y < 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

<sup>a</sup> Las cifras corresponden a salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para la reparación en caso de privación injusta de la libertad, el Consejo recurre a los criterios expuestos en la sentencia del 28 de agosto de 2013 (exp. 25022), los cuales complementa, con el siguiente resultado:

REPARACIÓN DAÑO MORAL EN CASO DE PRIVACIÓN INJUSTA  
DE LA LIBERTAD<sup>a</sup>. REGLA GENERAL

Término priva- ción de la libertad en meses	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
	Víctima directa y relaciones afectivas propias de esposos o compañeros permanentes o estables, y relaciones paterno-filiales y, en general, del primer grado de consanguinidad	Relaciones afectivas propias del segundo grado de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas propias del tercer grado de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas propias del cuarto grado de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas que se tienen con terceros damnificados no familiares
> 18	100	50	35	25	15
> 12 y < 18	90	45	31,5	22,5	13,5
> 9 y < 12	80	40	28	20	12
> 6 y < 9	70	35	24,5	17,5	10,5

Término privación de la libertad en meses	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
> 3 y < 6	50	25	17,5	12,5	7,5
> 1 y < 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
= o < 1	15	5,5	5,25	3,75	2,25

\* Las cifras corresponden a salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante lo indicado en los cuadros anteriores, el Consejo precisa que, en algunos casos excepcionales, entre los cuales incluye, a título de ejemplo, aquellos “de graves violaciones a los derechos humanos”, podrá otorgarse una indemnización superior a la señalada, siempre que “existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos señalados”. Y agrega: “Este *quantum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño”.

*En cuanto al daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se establecen los siguientes criterios:*

- 1) Se reconocerá a petición de parte o de oficio.
- 2) Se privilegia su compensación por medio de medidas reparadoras no indemnizatorias en favor de la víctima directa y de su núcleo familiar más cercano (nivel 1 indicado, en los casos de daño moral). Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y la de crianza.
- 3) Las medidas reparadoras no indemnizatorias “operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la

dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretando la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional". Se citan, como fundamento, los artículos 8.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Respecto de este tipo de daño, se indica que en casos excepcionales "cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral, podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 s. m. l. m. v [...]", y se agrega: "siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud". Por último, se advierte: "Este *quantum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado".

*En cuanto al daño a la salud*, el Consejo de Estado dice reiterar los criterios de la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011 (exp. 19031) y complementarlos con los siguientes:

- 1) La indemnización está sujeta a lo probado en el proceso.
- 2) La indemnización se reconocerá única y exclusivamente para la víctima directa.
- 3) La indemnización "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:

## REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD. REGLA GENERAL

Gravedad de la lesión	Indemnización para la víctima directa en s. m. l. m. v.
= o > 50 %	100
= o > 40 % y < 50 %	80
= o > 30 % y < 40 %	60
= o > 20 % y < 30 %	40
= o > 10 % y < 20 %	20
= o > 1 % y < 10 %	10

4) La gravedad de la lesión se refiere a la gravedad de la afectación corporal o psicofísica, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano: “[...] [E]l 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 ello, se considerarán las siguientes variables, según el caso:

- La pérdida o anomalía 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.

- Los 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.

Indica el Consejo, además, que “[e]n 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 [...] sin que en tales casos el monto total de la indemnización por ese concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 s. m. l. m. v.”. Y agrega: “Este *quantum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas [...]”.

Por otra parte, precisa que “los parámetros anteriores [...] son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 s. m. l. m. v.”.

Por último, el Consejo de Estado afirma: “Ningún daño o perjuicio inmaterial podrá ser indemnizado doblemente”.

### III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RECIENTE SOBRE LA TIPOLOGÍA Y LA REPARACIÓN DEL PERJUICIO INMATERIAL

El estudio de la jurisprudencia reciente se hará a partir de los aspectos más representativos de ella, correspondientes a los títulos de los numerales que siguen. Como se advirtió en la introducción de este ensayo, el análisis de la jurisprudencia civil y la contencioso-administrativa se hará de forma conjunta cuando ello resulte posible por existir elementos comunes a las dos jurisdicciones, y en forma separada cuando sea necesario para relevar la diferencia actual de criterios entre los planteamientos de las dos jurisdicciones y las particularidades de sus razonamientos.

#### A. EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CATEGORÍA AUTÓNOMA

De la presentación de la jurisprudencia hecha en el acápite anterior se concluye que, al margen de algunas variaciones en su denominación<sup>12</sup>, tanto la Corte Suprema de Jus-

---

12 Mientras la Corte denomina a esta categoría “daño a los derechos humanos fundamentales” o “daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales” o “daño a los bienes esenciales de la personalidad, subjetivos o fundamentales” o “daño a los bienes jurídicos esenciales del individuo”, el Consejo la llama “daño a

ticia como el Consejo de Estado colombianos reconocen hoy, como una categoría autónoma de perjuicio inmaterial, el daño a los derechos fundamentales.

En cuanto a su definición, la Corte indica que dicho daño consiste en “el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual”.

El nombre que le dan a la categoría las dos corporaciones y la definición de la Corte hacen pensar que el daño consiste en la lesión misma del derecho fundamental, al margen de sus consecuencias.

Al respecto, parece contradictorio el planteamiento de la Corte, que si bien precisa en un comienzo que el daño se clasifica por las consecuencias que produce y no por sus causas, luego afirma que la vulneración de un interés jurídico constitucionalmente protegido es resarcible aunque no genere consecuencias en el patrimonio, la esfera interior o la vida de relación del sujeto. Sobre el derecho vulnerado en el caso concreto objeto de la sentencia del 5 de agosto de 2014, incluso manifiesta que el daño al buen nombre “se configura cuando se demuestra la violación culposa de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia [...] porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional”.

El Consejo de Estado, en el documento del 28 de agosto de 2014, no incluye una definición concreta. En la sentencia de la misma fecha correspondiente al expediente 32988 afirma, por una parte, en referencia al daño de manera

---

bienes constitucionales y convencionales” o “daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”.

general, que su antijuridicidad “no se concreta solo con la verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos derivados de la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial, los cuales son injustamente padecidos por la víctima”. Por otra parte, señala que el daño a los derechos constitucionales y convencionales “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 [...]*”. (Bastardilla fuera de texto).

Puede afirmarse, entonces, que si bien en esta última sentencia no se ofrece una verdadera definición de la categoría, dado que no se exponen con claridad y exactitud sus caracteres genéricos y diferenciadores, sí se precisa que no consiste en la lesión del derecho, sino en sus consecuencias. No obstante, el estudio de varias de las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014 permite concluir que las consecuencias de la lesión de los derechos constitucionales y convencionales no siempre son valoradas en los casos concretos o no lo son de manera suficiente.

De modo particular, en la sentencia correspondiente al expediente 26251, el Consejo de Estado identifica las normas constitucionales y convencionales vulneradas en el caso concreto, por lo cual, si bien no hace un análisis individual de la vulneración de los derechos en ellas consagrados, puede entenderse que consideró violados los derechos a la vida, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, al reconocimiento de personalidad jurídica, a la protección judicial, a los derechos fundamentales de los niños y, en concreto, a las medidas de protección que, en su condición de menores, requieren de su familia, de la sociedad y del Estado. En esta sentencia, sin embargo, no se indica cuáles son las consecuencias sufridas por los de-

mandantes en virtud de la violación de estos derechos de la víctima directa, que resultó muerta; solo se expresa que “procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de ‘medidas de reparación no pecuniarias’, con objeto de responder al ‘principio de indemnidad’ y a la ‘restitutio in integrum’, que hacen [sic] parte de la reparación”, medidas que consisten en la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por los hechos demostrados y “la colocación de una placa en un lugar visible de las instalaciones de la institución [responsable], que permita recordar y conmemorar los hechos ocurridos”.

En la sentencia correspondiente al expediente 28804, el Consejo de Estado encuentra que el caso concreto, “lejos de constituir un episodio aislado, se inserta dentro de [sic] un patrón reiterado de deficiencias en la atención gineco-obstétrica, que evidencia una actitud de invisibilidad e indiferencia frente a la atención propia de la salud sexual y reproductiva, rezago de un modelo patriarcal y de discriminación por motivo de género”, y agrega que el hecho de que “entre las muy diversas ramas de la Medicina, aquella que se ocupa específica y directamente de la mujer sea justamente la que presenta fallas generalizadas (al menos regionalmente) debe alertar sobre la persistencia del menosprecio histórico hacia lo femenino”, lo cual “no solamente no se compagina con la dignidad de la mujer, sino que, en los casos con un componente obstétrico, también resulta seriamente lesivo de los derechos del ser humano esperado y recién nacido”. Luego, en el fallo se concluye que procede ordenar la adopción de medidas de reparación no pecuniarias, aunque no se precisa cuáles fueron las consecuencias que en el caso concreto se produjeron en virtud de la violación de los derechos de la mujer y del recién nacido.

En sentencia correspondiente al expediente 28882 se encontró vulnerado el derecho a la dignidad humana del

demandante, a quien en su condición de recluso no se le garantizaron las condiciones mínimas de existencia, en concreto, la posibilidad de acceder a los servicios sanitarios de manera oportuna. Por ello, se ordenó la reparación de la dimensión subjetiva del derecho mencionado mediante el ofrecimiento de disculpas de parte de la entidad demandada. Se observa que en este caso las consecuencias que tuvo la imposibilidad de acceder a servicios sanitarios de manera oportuna, en los sentimientos y en la salud del demandante, fueron reparadas de manera autónoma mediante el reconocimiento de los perjuicios morales y a la salud. Así, no queda claro cuáles fueron las consecuencias adicionales derivadas de la violación del derecho a la dignidad que se repararon con la medida no pecuniaria ordenada.

En la sentencia correspondiente al expediente 32988, ya mencionada, se encontraron violados los derechos constitucionales fundamentales y convencionales “a la familia, la verdad, el recurso judicial efectivo y el desplazamiento forzado de algunos actores”.

Respecto del derecho a la verdad, se expresó que “los familiares no pudieron esclarecer las verdades (sic) circunstancias en las que se produjeron el fallecimiento y desaparición de sus familiares”, y entre otras formas de reparación no pecuniaria adoptadas, “como medida de satisfacción dirigida a restablecer la dignidad, la honra, el buen nombre y la reputación de las familias”, se ordenó publicar los apartes pertinentes del fallo y rectificar sobre la verdadera identidad de las víctimas. Lo anterior permite afirmar que se dispuso la reparación de una clara consecuencia de la vulneración de varios derechos constitucionales; puede considerarse, en efecto, que la vulneración del derecho a la verdad, que a su vez generó la vulneración de los derechos a la dignidad, el buen nombre y la reputación de los perjudicados —al margen de que produjera un perjuicio

moral, cuya reparación autónoma fue ordenada—, afectó de forma negativa la percepción que respecto de ellos tenía la comunidad y, en ese sentido, afectó de manera negativa sus relaciones sociales, aunque ello no sea explícito en el fallo. Puede pensarse, entonces, que las consecuencias de la vulneración de los derechos mencionados, en el caso concreto, corresponden a lo que, en la jurisprudencia anterior del mismo Consejo de Estado, se denominaba *daño a la vida de relación*, categoría que hoy no se considera de forma expresa y a la que se hará referencia más adelante.

Sobre la violación del derecho al recurso judicial efectivo, se expresó en la sentencia que los hechos no se investigaron y se dispuso, entre otras medidas de reparación no pecuniaria, “como garantía de no repetición, y con el fin de garantizar los derechos humanos a las garantías judiciales y el recurso judicial efectivo, cuya consecuencia lógica es cumplir con la obligación de investigar seria, eficaz, rápida, completa e imparcialmente”, enviar copias del expediente contencioso-administrativo a la Fiscalía General de la Nación para que estudiara la posibilidad de avocar la competencia sobre los hechos. Puede pensarse, así mismo, que en cuanto a la dimensión subjetiva del derecho aludido, su protección está ligada de forma íntima a la del derecho a la verdad y, en ese sentido, las consecuencias de su vulneración, a más de estar representadas en un daño moral que en el caso concreto se reconoció de forma autónoma, podrían consistir en la afectación de la vida de relación, según lo indicado en el párrafo anterior.

En cuanto a la violación del derecho a la familia, en cambio, de la argumentación efectuada en la sentencia no se puede deducir cuáles son las consecuencias que —al margen del daño moral, reconocido de manera autónoma— concretan el daño al derecho constitucional y tampoco cómo se reparan. Una de ellas podría ser, por ejemplo, la pérdida

de relaciones esenciales en la vida de una persona, como las que se tienen con los parientes cercanos, lo cual genera la afectación de la vida exterior y, según la clasificación aceptada en la jurisprudencia anterior del mismo Consejo de Estado, se concretaría en un perjuicio a la vida de relación. Algo similar puede decirse del desplazamiento forzado de algunos de los demandantes, dado que no se encuentra en la sentencia la valoración de sus efectos negativos en la vida de las víctimas, y ninguna reparación se ordena al respecto. Sobre dicho desplazamiento, además, debe observarse que en la sentencia se lo trata como un derecho violado, a pesar de que constituiría, más bien, una consecuencia de la vulneración del derecho a la libertad, entre otros, que podría haber generado, a más de perjuicios morales, la afectación negativa de su vida exterior —representada, por ejemplo, en las incomodidades que supone salir huyendo del lugar de residencia para refugiarse en un sitio desconocido, donde, además, no se cuenta con un lugar digno de vivienda, con familiares, con amigos, etc.— y, en ese sentido, perjuicios a la vida de relación.

Conforme a lo observado, en las tres primeras sentencias citadas no se hizo una valoración específica de las consecuencias derivadas de la vulneración de los derechos constitucionales y convencionales violados que justificaron el reconocimiento de un daño autónomo. En la cuarta, esta valoración se hizo solo respecto de algunos de los derechos que se consideraron violados. Esto permite poner en duda la afirmación hecha por el propio Consejo de Estado en el sentido de que esta categoría de daño no se refiere a la lesión del derecho en sí misma, sino a sus consecuencias, y ello tiene efectos importantes.

Si se entiende que el daño a los derechos fundamentales se configura por la sola lesión del derecho, al margen de sus consecuencias, la responsabilidad que surge se torna prin-

cialmente sancionadora y, eventualmente, preventiva, y pierde, de esa manera, su función esencial, la reparación, en cuanto la atención se pone en la conducta del ofensor y no en la afectación del ofendido. Sobre este punto se volverá en el acápite siguiente.

Ahora bien, si las consecuencias de la violación del derecho constitucional o convencionalmente protegido no se valoran en absoluto o de manera íntegra, se corre el riesgo de que el perjuicio causado o una parte de él queden sin reparación. Y si las consecuencias de la violación del derecho se han valorado de manera íntegra para reconocer otros perjuicios, el reconocimiento de uno adicional resultará infundado. En el primer caso, las consecuencias de la violación del derecho no generarán una verdadera responsabilidad, con lo cual este resultará banalizado; en el segundo, dicha violación generará una doble reparación, en virtud de la superposición de las categorías reparables.

El análisis de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado colombianos que contienen la jurisprudencia reciente permite afirmar que estas situaciones desafortunadas parecen propiciarse con el reconocimiento de la violación de los derechos fundamentales como categoría autónoma de daño reparable, dado que no se establecen criterios claros y coherentes para considerar su inclusión en la tipología del daño. Por un lado, porque no se ofrece una definición precisa de tal categoría ni se delimitan de manera debida sus contornos, de modo que se dificulta su comprensión y, por supuesto, su valoración, con lo cual se introduce un elemento antitécnico en la tipología; por otro, porque se pone el énfasis en la causa del daño, esto es, en la violación del derecho, y no en sus consecuencias, para determinar las categorías indemnizables, con lo cual se olvida que todo daño —material o inmaterial— supone la violación de un derecho constitucional —algunos de los

cuales caben en la categoría de derechos fundamentales—, pero sus efectos son los que determinan las afectaciones efectivamente sufridas por los perjudicados<sup>13</sup>.

Por esas razones, la pretensión de valorar de manera debida las afectaciones sufridas por los ofendidos y, en ese sentido también la de garantizar su reparación, parece sugerir la adopción de una tipología del perjuicio que aluda a las consecuencias de la violación de los derechos y no a sus causas. Solo de esta manera podrá verificarse, además, con suficiente claridad, que se repara todo el perjuicio sufrido y nada más que este.

Desde hace mucho tiempo, con ocasión de la renuncia al denominado daño moral objetivado, nuestra jurisprudencia había aclarado que el perjuicio indemnizable no puede clasificarse por sus causas —so pena de generar confusión respecto del objeto de la indemnización—, sino por sus consecuencias<sup>14</sup>. Con el reconocimiento autónomo del daño a los derechos fundamentales, aunque con otras

---

13 En sentido similar, los magistrados Margarita Cabello, Fernando Giraldo y Jesús Vall de Rutén, al fundar su salvamento de voto respecto de la sentencia del 5 de agosto de 2014, de la Corte Suprema de Justicia, cuestionan la conclusión contenida en esta en el sentido de que el daño a los derechos fundamentales no cabe en las categorías de daño inmaterial ya reconocidas, esto es, en el daño moral y el daño a la vida de relación. Indican, en efecto, que, como se expresó en la sentencia del 13 de mayo de 2008 (rad. 006-1997-09327-01), en la que se reconoció dicho daño a la vida de relación, este puede provenir de la vulneración de derechos fundamentales, como la vida, la integridad personal, la igualdad, la intimidad individual y familiar, el buen nombre, la propia imagen, la libertad de culto y de conciencia, el libre desarrollo de la personalidad y la honra, entre otros.

14 Sobre la clasificación del daño moral en varias categorías, en particular sobre el reconocimiento del daño moral objetivado y la crítica de esta noción reconocida en alguna época por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, puede consultarse a FELIPE NAVIA ARROYO, *Estudio sobre el daño moral*, Bogotá, ANIF, mayo de 1979, pp. 94 a 98 y 133.

particularidades, parece volverse al error que felizmente se había superado.

Es pertinente advertir que el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos —que se cita como fundamento de la decisión adoptada en el fallo del Consejo de Estado correspondiente al proceso 26251 ya mencionado— prevé que, en caso de violación de un derecho o libertad protegido por aquella, se dispondrá que se le garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad y, también, si fuere procedente, que se reparen “*las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*” (bastardilla fuera de texto). Así, puede concluirse que la adopción de medidas de reparación que no toman en cuenta tales consecuencias se aparta de dicha disposición.

Lo anterior no obsta, claro está, para que en las respectivas decisiones se declare la responsabilidad derivada de la vulneración de determinados derechos, cuando el daño causado provenga de tal vulneración, aspecto que considera de gran importancia la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>15</sup>. Sin embargo, se insiste, las categorías de daño

---

15 Al respecto, es ilustrativa esta consideración de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 26 de mayo de 2010, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia: “[...] 250. Por otra parte, si bien las sentencias de los tribunales contencioso-administrativos procuran reparar los daños y perjuicios sufridos por los familiares como consecuencia de la muerte del senador Manuel Cepeda Vargas, estas no abarcan indemnizaciones por las violaciones sufridas por el propio senador, ni otras violaciones constatadas en la presente sentencia. Además, en el presente caso *la Corte observa que esas decisiones no contienen una determinación de responsabilidad estatal por acción de agentes estatales en la violación de los derechos a la vida, la integridad personal y otros derechos reconocidos en la Convención*, es decir, que las indemnizaciones que fijaron esos tribunales no contemplan estos otros aspectos, que ya habían sido comprobados en las investigaciones internas y que ahora han sido

indemnizable deben determinarse por las consecuencias de tal vulneración al identificar las reparaciones procedentes.

Además, como se verá con profundidad más adelante, el reconocimiento de esta nueva categoría de perjuicio consistente en la vulneración de derechos fundamentales parece injustificado, dado que la clasificación adoptada con anterioridad, tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado, según la cual el daño inmaterial podía presentarse en dos formas, esto es, como daño moral o como daño a la vida de relación (este último denominado por el Consejo de Estado, desde 2007, “alteración de las condiciones de existencia”<sup>16</sup>), incluía las distintas consecuencias inmateriales posibles de la vulneración de los derechos fundamentales<sup>17</sup>. Esto no obsta para que, con el fin de reparar tales formas de daño inmaterial, se ordenen, además de indemnizaciones, medidas de satisfacción y garantías de no repetición, en cuanto con ellas se busque la reparación de la dimensión subjetiva de los derechos, e incluso algunas de estas medidas para reparar la dimensión objetiva de aquellos, cuando sea procedente<sup>18</sup>.

---

determinados en la sentencia de este Tribunal (*supra*, §§. 114, 115 y 140). Por ello, en este caso también corresponde ordenar indemnizaciones por tales conceptos que no fueron incluidos en las sentencias internas”. (Bastardilla fuera de texto).

- 16 *Cfr.*, entre otras, las sentencias de la Sección Tercera del 15 de agosto y del 18 de octubre de 2007, exps. AG-0004-01 y AG-00029-01, respectivamente.
- 17 Sin embargo, se remite a las reflexiones de la autora sobre el contenido del dolor físico y la imposibilidad de considerarlo comprendido en las nociones de daño moral y daño a la vida de relación, efectuadas en el artículo “Reflexiones sobre el contenido...”, cit., pp. 334 y 335.
- 18 En ese sentido, podría considerarse atendible el planteamiento expuesto en los siguientes párrafos de la aclaración de voto del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, respecto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014, aquí analizada: “En efecto, por tratarse de un derecho fundamental afectado, incumbía partir de la formulación autónoma de una responsabilidad muy singular, denominada ‘responsabilidad por agresión a

## B. LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La contradicción observada en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014 sobre el contenido del daño a los derechos fundamentales y, en concreto, sobre el entendimiento que de él se hace, en algunos apartes, como la consecuencia de la violación del derecho, y en otros, como tal violación en sí misma, al margen de sus consecuencias, se evidencia también al momento de sustentar, en el caso objeto de decisión, la reparación del daño al buen nombre.

En efecto, si bien la Corte, por una parte, afirma que “deben valorarse las circunstancias particulares de cada caso [...] y en tal sentido se hace necesario tener en cuenta las condiciones personales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio, entre otras condiciones que el juez logre advertir para la determinación equitativa del monto del resarcimien-

---

los derechos fundamentales’ o a los derechos constitucionales o humanos, según se considere pertinente, *pero no como subespecie del daño no patrimonial, sino fundándose en las modalidades indemnizatorias vigentes, hasta ahora, en el ámbito de la responsabilidad, y añadiendo en forma clara y franca, la obligación de reconocer con carácter complementario la reparación satisfactoria y/o [sic] simbólica y la garantía de no repetición*, en consonancia con los postulados constitucionales, con el derecho internacional de los derechos humanos y el régimen de convencionalidad, en procura del resarcimiento integral. Este análisis, bien puede aplicarse en este caso, o en otros de similar linaje, cuando se lesione cualquier derecho con estirpe *iusfundamental*, sin necesidad de recrear nuevas formas resarcitorias [...] Si se afrenta el buen nombre, la vida, la libertad o algún otro derecho con aquella condición [de derechos fundamentales]; demostrados los elementos axiológicos de la respectiva responsabilidad, tal como puede acaecer evento dañoso contractual o extracontractual, puede y debe reclamarse de acuerdo a lo probado, el daño patrimonial, esto es, el daño emergente, el lucro cesante y el perjuicio por la pérdida de oportunidad; y de contera, también, en forma concurrente para que la reparación sea plena, el perjuicio moral, y el perjuicio por la vida de relación”. (Bastardilla fuera de texto).

to”, y por otra indica que “el perjuicio se prolongó por más de cuatro años; que se trata de personas con estudios universitarios cuyo desenvolvimiento profesional y social depende, en gran parte, de su buen nombre; y que mantenían frecuentes relaciones comerciales con entidades crediticias y establecimientos de comercio, ante los cuales su reputación financiera sufrió un grave deterioro”, no se encuentra en el fallo análisis probatorio alguno que permita determinar que los demandantes sufrieron una real afectación inmaterial distinta del daño moral. Dicho de otro modo, no se precisa cómo se afectaron su desenvolvimiento profesional y social y sus relaciones comerciales. Estas circunstancias, además, en caso de estar establecidas, habrían dado lugar, de seguro, al reconocimiento de un perjuicio inmaterial a la vida de relación y de uno material en forma de lucro cesante —perjuicios que la Corte reconoce dentro de la tipología aceptada hoy—, lo que muestra que las categorías de la tipología propuesta por la corporación podrían superponerse.

La posibilidad de superposición, por lo demás, es aceptada por la misma Corte; en efecto, si bien afirma en principio que las subespecies del daño extrapatrimonial “no pueden confundirse entre sí, pues cada una de ellas posee su propia fisonomía y peculiaridades que las distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica”, luego advierte que

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

Incluso, respecto del daño reconocido en el caso concreto, precisa:

[...] si el daño al buen nombre coincide con la afectación del patrimonio de la víctima, y en la demanda se reclaman sendas indemnizaciones, entonces no será posible conceder ambas pretensiones porque en tal caso se estaría en presencia del mismo perjuicio, imposible de ser reparado por partida doble, dado que uno converge en el otro. Lo mismo cabe predicar de aquel frente al daño moral o a la vida de relación cuando no aparezcan claramente diferenciados.

No puede dejar de advertirse, entonces, que el daño a los derechos fundamentales no se define de modo preciso, y que esto genera el efecto indeseable de que una misma afectación puede resultar comprendida en ella y, a la vez, en otra u otras de las categorías reconocidas, con la consecuente vulneración de la regla de reparación integral.

En cuanto a la forma de reparación, como se vio, la Corte recurre a la indemnización en dinero, que fija en pesos colombianos según su prudente arbitrio en el caso concreto. Extiende la Corporación, respecto del daño a los derechos fundamentales, lo expresado en fallos anteriores sobre el daño moral, en el sentido de que “[n]o pueden [...] fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente estimación”.

El Consejo de Estado, por su parte, de acuerdo con lo analizado antes, en algunas ocasiones no valora en absoluto las consecuencias de la violación del derecho, y en otras las valora apenas de forma parcial.

Sobre la reparación, por un lado, indica en el documento del 28 de agosto de 2014 que “el juez reconocerá, de manera oficiosa, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”, y por otro, contrario a lo expresado por la Corte, considera

que deben privilegiarse las medidas reparadoras no indemnizatorias, las cuales solo se reconocerán, en favor de la víctima directa, a su cónyuge o compañero permanente y a sus familiares más cercanos (personas con las que la víctima tenga relaciones de primer grado de consanguinidad, primer grado civil y relaciones paterno-filiales en las familias de crianza).

En cuanto a los criterios para determinar la procedencia de estas medidas y su objetivo, indica el Consejo en el documento citado que “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 en el derecho internacional”.

Estas consideraciones permiten confirmar lo expresado en el acápite anterior en el sentido de que el reconocimiento de esta nueva categoría de daño por afectación a bienes o derechos convencionales o fundamentales relleva la función sancionadora y, tal vez también, la función preventiva de la responsabilidad, en desmedro de su función reparadora. De otro modo no podría entenderse la referencia hecha en el documento del 28 de agosto de 2014 a la necesidad de valorar “la relevancia de caso” y “la gravedad de los hechos”. Ninguno de estos elementos tendría que considerarse para determinar la reparación del daño, que solo debería atender a la intensidad de la afectación sufrida por el ofendido, al margen de que puedan valorarse en el caso concreto para dar cuenta de la falla del servicio, como elemento de la responsabilidad, distinto del daño. Algo similar puede decirse sobre lo expresado en el sentido de que la reparación tiene, entre otros objetivos, el de “reprobar las violaciones a los derechos humanos”; si bien la sanción es una de las funciones de la responsabilidad, es solo secundaria y carece de razón

cuando la reparación, como función esencial de aquella, no puede realizarse por no haberse causado un daño<sup>19</sup>.

Según lo expresado, el planteamiento de la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre la reparación del daño a bienes constitucionales y convencionales no se atiene al deber del juez de valorar solo la naturaleza y la intensidad de las afectaciones sufridas (y, por tanto, los elementos relevantes para establecerlas), con el fin de determinar la forma o la cuantía de la reparación, o ambas. Si se toman en cuenta elementos inocuos para el efecto indicado —como la naturaleza de la conducta— y se ordena una reparación que no resulta ajustada a la naturaleza y la intensidad del daño padecido, se propicia la concesión de reparaciones distintas en casos de daños asimilables o de reparaciones idénticas en casos de daños de diferente intensidad.

El cambio de criterio, por lo demás, contradice lo expresado por el mismo Consejo de Estado en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, varias veces mencionada, en la cual se formuló la siguiente crítica al artículo 97 del Código Penal, que se refiere a indemnización de los daños derivados de la conducta punible:

[...] se reitera en esta disposición la referencia a la naturaleza de la conducta, como factor a tener en cuenta para la realización de la tasación respectiva, que había sido previsto ya en el artículo 106 del Código Penal de 1980 y que, como se ha visto, dio lugar a la formulación de justificadas críticas, por tratarse de un aspecto totalmente ajeno a la reparación del daño. *Dicha reparación, en efecto, conforme a nuestro sistema legal, solo debe atender a la entidad del daño mismo; debe repararse todo el daño causado, y solo el daño causado, independientemente de*

---

19 Sobre el carácter esencial e irremplazable de la función indemnizatoria de la responsabilidad, se remite a los textos citados en la nota 8 de este ensayo.

*la culpabilidad de su autor, o de la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, y este es un principio común a todos los casos, al margen de que la reparación se efectúe en un proceso penal, civil, laboral, contencioso administrativo o de otra índole. [Bastardilla fuera de texto].*

Además, como se ha advertido, la falta de valoración de las consecuencias de la violación de los derechos puede dar como resultado que algunas afectaciones sufridas por los ofendidos queden sin reparación. Esta apreciación resulta más clara en el caso de la propuesta del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que dicha corporación niega hoy la posibilidad de reconocer el perjuicio a la vida de relación, aspecto al que se hará referencia más adelante.

Ahora bien, según el planteamiento del Consejo de Estado, 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 s. m. l. m. v., si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud [...].

Se agrega que el *quantum* debe ser “proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado”. Al respecto, parecen procedentes las siguientes observaciones: 1) la advertencia en el sentido de que la indemnización procederá cuando no se hubiere reconocido con fundamento en el daño a la salud indica que, según esta corporación, también podrían superponerse las categorías indemnizables. Esto resulta aún más evidente si se tiene en cuenta lo expresado en la sentencia correspondiente al expediente 32988, en la que se afirma, sobre el daño por violación de

derechos constitucionales o convencionales, que “[e]n aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar *ex ante*: [...] c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos”; 2) no se explica en qué eventos serán insuficientes o imposibles las medidas de satisfacción para consolidar la reparación integral. No parece posible, por lo demás, ofrecer esta explicación, si el contenido mismo de la categoría de daño consistente en la violación de los derechos fundamentales no se establece con precisión; 3) por la misma razón, no es claro cómo se mide la intensidad del daño. Nada aporta, además, ligar el valor de la indemnización a la naturaleza del bien o derecho afectados, con lo cual de nuevo se fortalece la idea de que el daño consiste en la lesión misma de estos.

En lo que se refiere al reconocimiento oficioso de la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos constitucional o convencionalmente amparados, debe observarse que en la sentencia correspondiente al expediente 26251, se expresa:

[...] 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.

Este punto merecería un análisis más profundo, con el fin de dilucidar si la *restitutio in integrum* constituye un principio sustancial, como lo afirma el Consejo de Estado, o es apenas una regla general, sobre todo si se tiene en cuenta que

esta última solución parece ser la adoptada por autorizada doctrina nacional y extranjera<sup>20</sup>.

Pero, además, parece necesario plantear algunos interrogantes adicionales: si la justificación para reconocer la reparación de un perjuicio no solicitada en la demanda es la necesidad de garantizar la reparación integral, ¿no podría fundarse de igual manera la reparación oficiosa de cualquier otro tipo de perjuicio, sobre todo si se tiene en cuenta que

---

20 Al respecto, la profesora GENEVIÈVE VINEY afirma: “[...] se admite en derecho positivo que el principio de la ‘reparación integral’ no es de la esencia de la responsabilidad, de tal suerte que puede, en algunos casos, ser descartado por cláusulas limitativas o cláusulas penales aceptadas antes de que sobrevenga el daño, y que continuamente es también descartado en realidad por transacciones ocurridas después de este. Aún más, cuando el legislador instaura un sistema de responsabilidad civil para cubrir riesgos de gran amplitud no duda en prever él mismo ciertos topes [...]”. *op. cit.*, p. 83. Sobre el mismo tema, el exmagistrado ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ afirma que “el principio de reparación integral del daño se deriva directamente de la naturaleza eminentemente reparatoria (sic) de la responsabilidad civil”, no obstante lo cual, tras aludir a las varias excepciones que respecto de la reparación integral se admiten en nuestro derecho, concluye que puede tenerse “una visión, por lo menos escéptica, respecto de la vigencia, alcance o importancia del tan mentado principio [...]”, y, en referencia al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual “[d]entro 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”, afirma, incluso, que “[t]al vez la dificultad haya estado en haberle asignado a la reparación integral la ‘responsabilidad’ de ser un *principio*”, y que “podríamos tener una percepción más benévola si en lugar de haberlo llamado principio, lo hubiéramos denominado ‘criterio’, ‘regla’, ‘pauta’ o ‘instrumento’ [...]”. *Cfr.* “El principio de reparación integral en el derecho contemporáneo”, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Colección Jornadas, n.º 1, Medellín, Pontificia Universidad Javeriana-Biblioteca Jurídica Díké, 2009, pp. 133 y 138-146. Por su parte, ROBERTO MANUEL LÓPEZ CABANA afirma: “[...] se ha criticado —y con razón— que exista un principio absoluto de reparación integral”, y agrega que constituye una expresión que alude, más bien, a una “aspiración máxima” e, incluso, que constituye una “utopía muy común”. *Cfr.* “Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell’Integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina* 10/2000, Modena, Mucchi Editore, 2000, pp. 223 y 223.

todo perjuicio supone la vulneración de un derecho constitucional? ¿No constituye la congruencia, precisamente, una regla procesal fundada en el derecho fundamental al debido proceso que justifica que no se conceda la reparación integral? ¿No constituiría una justificación más plausible del reconocimiento oficioso de ciertas formas de reparación no pecuniaria el entendimiento según el cual esta pretende proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales<sup>21</sup>? Si esto último fuera correcto, ¿no sería necesario precisar que el reconocimiento oficioso solo es procedente respecto de algunas de las medidas de satisfacción —en cuanto con ellas no se busque reparar a los demandantes, sino a la sociedad— y las garantías de no repetición y nun-

---

21 Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado, en la Sentencia T-576 de 2008: “La protección de los derechos constitucionales tiene, entonces, una dimensión personal o subjetiva como una dimensión social, colectiva u objetiva. Desde el punto de vista objetivo, la responsabilidad a que da lugar la vulneración de derechos constitucionales tiene un carácter *prima facie* compensatorio y no sancionador pero se extiende más allá de la mera compensación pues busca prevenir que se vuelva a incurrir en violaciones de ese tipo [...] [I] a jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana sobre el tópico [*sic*] ha marcado un hito. En tal sentido, cuando el alto Tribunal constata el desconocimiento de la obligación en cabeza de los Estados de proteger los derechos, fuera de la satisfacción pecuniaria relacionada más directamente con la dimensión subjetiva de dicho amparo, ha considerado imprescindible que los Estados desempeñen una actividad intensa y contundente dirigida a suprimir normas y prácticas infractoras de la Convención. Desde esta perspectiva, la Corte Interamericana suele adoptar medidas dirigidas bien a ordenar que los Estados ‘pidan perdón’ a las víctimas u ofrezcan disculpas públicas mediante la construcción de monumentos —apropiados y dignos—, en su honor. También ha exigido la Corte Interamericana dictar medidas educativas y ha mandado, incluso, realizar cursos sobre derechos humanos. Adicionalmente, ha determinado que algunos apartes de las sentencias sean publicados en diarios de amplia circulación. *En ese orden, las medidas de protección de los derechos dictadas por la Corte Interamericana adquieren una dimensión objetiva: tienen, de un lado, un matiz esclarecedor de la verdad así como enaltecedor de las víctimas y, de otro, un tinte preventivo, esto es, enderezado a que los Estados adopten las medidas indispensables para garantizar que las prácticas desconocedoras de los derechos no se volverán a repetir*”. (Bastardilla fuera de texto).

ca, en todo caso, respecto de la indemnización?<sup>22</sup>. ¿Podría constituir una justificación más plausible del reconocimiento oficioso de ciertos perjuicios y de su reparación no pecuniaria la ofrecida por el mismo Consejo de Estado en pronunciamientos anteriores en referencia a que “cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos, el juez cuenta con la facultad de decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa (correctiva), encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados”, caso en el cual “no puede estar limitado, en modo alguno, por los principios procesales”?<sup>23</sup>

De cualquier modo, debe advertirse que la argumentación sobre los distintos aspectos que plantearían estos interrogantes contenida en los fallos de unificación del

22 En la sentencia del 14 de abril de 2010 (exp. 18960), la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó, en ese sentido: “[...] cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea restablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único [...] [e]n efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al *primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado*”. (Bastardilla fuera de texto). En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 correspondiente al expediente 28832, se hizo también una distinción entre la afectación de la órbita subjetiva del derecho vulnerado al actor, por no habersele garantizado, como recluso, “sus condiciones mínimas de existencia, relacionadas con el acceso oportuno a un baño [...]”, para cuya reparación se ordenó, como medida de satisfacción, que el director del INPEC le ofreciera excusas; y la afectación de la órbita objetiva del derecho, para cuya reparación se ordenaron medidas de no repetición. Se observa, sin embargo, que, en este caso, la reparación de ambas dimensiones del derecho se ordenó de oficio.

23 Cfr., entre otras, la sentencia de la Sección Tercera del 14 de abril de 2010, exp. 18960.

Consejo de Estado analizados es insuficiente y, en ese sentido, el reconocimiento oficioso de daños y reparaciones resulta infundado.

Ahora bien, la consideración del Consejo de Estado en el sentido de que la reparación del daño por afectación a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados solo procede en favor de la víctima directa y su núcleo familiar más cercano por medio de medidas reparadoras no indemnizatorias y, por excepción, en favor de la víctima directa por medio de una indemnización, no se justifica en el documento del 28 de agosto de 2014 ni en las sentencias de la misma fecha que tratan el tema (correspondientes a los expedientes 26251, 28804, 28832 y 32988). Dado que, como se ha expresado en los casos concretos, el Consejo no hace una valoración suficiente de las consecuencias de la afectación del derecho o no las valora en absoluto, no es claro cuál es el contenido de la afectación objeto de reparación. Por ello, más allá de observar la ausencia de justificación que de nuevo se presenta, no parece posible formular comentarios a estas limitaciones que la Corporación establece para su reparación.

Al pronunciarse sobre el mismo punto, aunque no es suficientemente explícita, la Corte Suprema de Justicia genera confusión cuando afirma que “la defensa del principio supremo de la dignidad humana mediante el resarcimiento integral del perjuicio que se ocasiona a los bienes más preciados para el individuo, es una institución del derecho civil [...]” y que “las profundas raíces iusprivatistas de esta figura se evidencian en su condición de derecho personalísimo, es decir[,] que su reclamo solo puede ser ejercitado por su titular, y no puede transmitirse ni enajenarse a otras personas”. Estas afirmaciones, a más de fortalecer la idea de que la Corte entiende la nueva categoría de daño como la afectación del derecho en sí misma —al margen de sus

consecuencias—, parecen significar un retorno al error superado por la misma Corte desde la sentencia del 4 de abril de 1968<sup>24</sup>, derivado de la confusión entre el derecho vulnerado —que, cuando se cause un daño inmaterial, será un derecho personalísimo y, por ello, intransferible por acto entre vivos e intransmisible por causa de muerte— y el derecho a demandar la reparación del perjuicio sufrido, que constituye un crédito y es, por la misma razón, un derecho subjetivo patrimonial, susceptible de ser transferido y transmitido. La fundamentación confusa e insuficiente salta a la vista también aquí.

Por último, se observa una diferencia relevante entre el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014 y los pronunciamientos del Consejo de Estado del 28 de agosto del mismo año que se refieren a los daños por afectación relevante de derechos constitucionales y convencionales (exps. 26251, 28804, 28832 y 32988). Mientras que en el primero se adoptó, entre otras decisiones, la de condenar al banco demandado a pagar una suma de dinero a los demandantes “como compensación al daño ocasionado a su buen nombre”, en los segundos no se condenó expresamente por el daño por afectación relevante de determinados derechos constitucionales y convencionales; solo se condenó por otro tipo de daños (materiales e inmateriales) y se dispusieron medidas de reparación no pecuniarias (medidas de satisfacción y garantías de no repetición). El carácter autónomo conferido por el Consejo a la categoría de daño mencionada no se evidencia, entonces, en la parte resolutive de sus sentencias de unificación, de cuya lectura desprevenida podría inferirse que las medidas mencionadas buscan reparar perjuicios morales o a la salud.

---

24 Sala de Casación Civil (M. P. Fernando Hinestrosa), proceso de Gustavo Sarmiento G. contra la compañía Flota Magdalena, S. A.

Sobre este punto, en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014 correspondiente al expediente 28832, después de presentarse la motivación que justifica el reconocimiento de los perjuicios morales y a la salud que sufrió el demandante, se afirma:

Por último en relación con los perjuicios inmateriales, la Sala advierte que en la medida en que, como pasa a explicarse, el daño provino de la violación significativa del derecho fundamental a la dignidad humana del actor [...], hay lugar a ordenar [...] medidas no pecuniarias de reparación integral del derecho conculcado [...].

Esto hace pensar, en el mismo sentido indicado en el párrafo anterior, que no se trataría, en realidad, de reconocer una categoría autónoma de daño, sino de establecer una reparación adicional para el daño moral y el daño a la salud como formas de daño inmaterial, teniendo en cuenta que ambos provinieron de la lesión de un derecho fundamental. Sin embargo, dado que al reconocimiento autónomo de la nueva categoría se refiere de forma expresa la misma corporación, el punto solo genera perplejidades adicionales.

### C. EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD

Como se ha explicado, no es claro que la Corte Suprema de Justicia reconozca hoy, como categoría de daño inmaterial indemnizable autónoma, el denominado daño a la salud. Su mención en el fallo del 5 de agosto de 2014 analizado no forma parte de la *ratio decidendi*; constituye, apenas, un *obiter dictum*.

En el caso del Consejo de Estado, en cambio, el daño a la salud constituye una categoría de daño inmaterial que se reconoce y repara de forma autónoma. En cuanto a su contenido, como se ha observado, en el documento del 28

de agosto de 2014 no se ofrece una definición. Aquel podría inferirse, sin embargo, de lo expresado allí mismo en el sentido de que “el juez debe determinar el porcentaje o gravedad de la lesión corporal o psicofísica [...] relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano”, para lo cual debe “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”. También podría inferirse su contenido de las variables que el juez debe evaluar, según el mismo documento, así:

- 1) La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- 2) La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- 3) La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- 4) La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- 5) La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- 6) Los excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- 7) Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un *rol* determinado.
- 8) Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- 9) La edad.
- 10) El sexo.
- 11) Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- 12) Las demás que se acrediten dentro del proceso.

De lo anterior puede deducirse, en efecto, en primer lugar, que el daño a la salud, pese a que su denominación alude a la lesión de un derecho, consiste en determinadas consecuencias que se derivan de dicha lesión. En ese sentido, las variables anteriores —que no son taxativas, como se desprende de la última— se refieren a la pérdida o el deterioro de funciones físicas o psíquicas (variables 1, 3 y 4), a la pérdida de la imposibilidad o la dificultad de realizar actividades rutinarias o placenteras o desarrollar los *roles* de la vida (numerales 5, 6, 7 y 11), a la afectación negativa de la vida social, cultural o laboral<sup>25</sup> (numeral 8).

La edad y el sexo (variables 9 y 10), sin duda, no se refieren a consecuencias de la lesión, sino a condiciones de la víctima que se tendrían en cuenta para valorar la gravedad de aquellas.

En cuanto a la variable 2), relativa a la “anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental”, el documento no es explícito sobre las consecuencias a las que se referiría. En todo caso, en los aspectos mencionados en las demás variables resultarían comprendidas todas ellas.

Así pues, parece válido afirmar que el daño a la salud constituiría —conforme a la tipología que reconoció el mismo Consejo de Estado en épocas anteriores, a partir de la sentencia del 19 de julio de 2000 (exp. 11842)— una forma de perjuicio a la vida de relación, en cuanto se referiría a las consecuencias inmateriales que sufre una persona en su vida exterior, desarrollada con las demás personas y con el ambiente. Se trataría, en ese caso, como se ha dicho, apenas

---

25 El adjetivo “ocupacional” es definido por el *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. (en línea), como ‘Pertenciente o relativo a la ocupación laboral’. Cfr. <http://lema.rae.es/drae/?val=ocupacional>

de una forma de perjuicio a la vida de relación, en cuanto se exige que provenga de una “lesión corporal o psicofísica”, esto es, de una lesión al derecho a la salud, mientras que, según el entendimiento que de dicho perjuicio se hizo en la sentencia mencionada, podía provenir tanto de la lesión a este último derecho como de la lesión a otros derechos de distinta índole, como, por ejemplo, la honra, el buen nombre, la tranquilidad sentimental, la propiedad, etcétera.

La opinión expresada en el párrafo anterior parece fortalecerse con lo afirmado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 correspondiente al expediente 28804, en la que se acogen las directrices del documento de la misma fecha antes citado sobre el daño a la salud. En efecto, en dicho fallo, después de expresarse que es incorrecto limitar este daño al porcentaje de incapacidad certificado por las juntas de calificación, se indica que el juez debe “considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones a nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima”, y ello “porque existen circunstancias de afectación a 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”<sup>26</sup>.

Es importante observar que en la última sentencia comentada se modifica la jurisprudencia anterior, en cuanto se afirma, también, sobre el daño a la salud, que “la Sala

---

26 Debe advertirse que, en contra de esta consideración, en la sentencia de unificación de la misma fecha (28 de agosto de 2014) correspondiente al expediente 31170, para fijar la reparación del daño a la salud se tuvo en cuenta solo el porcentaje de incapacidad laboral. En efecto, se expresó: “Establecido que el porcentaje de incapacidad de [...] es del 30,17 %, se le reconocerá por este concepto el valor de 60 s. m. l. v., con lo cual, el monto de la indemnización resultaría proporcional a la lesión sufrida”.

abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración *grave* de las condiciones de existencia”, porque “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”. Sobre el punto, en un trabajo anterior en el que se critica la postura jurisprudencial superada con este fallo, se llamó la atención respecto de que la gravedad o levedad del perjuicio solo debería tener efectos en la cuantía de la reparación<sup>27</sup>.

#### D. LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD

En el documento aprobado por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014 se establece que el daño a la salud solo se repara en favor de la víctima directa, en dinero, de acuerdo con la gravedad de la lesión, en una cuantía no superior a cien salarios mínimos legales mensuales, salvo que “existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud”, caso en el cual el monto total de la indemnización no podrá ser superior a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales. Dos observaciones se le pueden hacer a esta directriz.

En primer lugar, en el cuadro incluido en el mencionado documento, cuyo contenido se recoge en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014 correspondientes a los expedientes 31172, 28804 y 31170, se presenta una clasificación de las lesiones en seis categorías, de acuerdo con su gravedad, y esta se expresa en porcentajes. Nada permite

---

27 M'CAUSLAND SÁNCHEZ, “Perjuicio a la vida de relación. Perjuicio extrapatrimonial autónomo...”, cit., p. 276.

comprender, sin embargo, cómo se determinan estos porcentajes y, por ende, dicha gravedad.

En segundo lugar, y por la misma razón que se aduce en el párrafo anterior, no es claro en qué eventos debe aplicarse la excepción, que además permite superar el límite inicial hasta cuadruplicarlo, lo cual, si bien es indicativo de que se refiere a situaciones muchísimo más graves que las que normalmente justifican el reconocimiento de una indemnización por valor de cien salarios mínimos mensuales legales vigentes, parece aportar más confusión, dado que, según la regla general, una lesión cuya gravedad sea del ciento por ciento justificará una condena por este último valor. ¿Debe entenderse, entonces, que la gravedad de la lesión puede superar ese ciento por ciento? ¿Tendría ello algún sentido?

De nuevo, se observa que las pautas jurisprudenciales formuladas carecen de la coherencia y claridad necesarias para constituirse en verdaderas guías que permitan garantizar la igualdad de las víctimas.

#### E. LA ELIMINACIÓN DEL PERJUICIO A LA VIDA DE RELACIÓN COMO CATEGORÍA INDEMNIZABLE POR EL CONSEJO DE ESTADO

Mientras la Corte Suprema de Justicia aún considera que el daño a la vida de relación es una de las categorías del daño inmaterial, la Sección Tercera del Consejo de Estado, claramente, considera improcedente hoy su reconocimiento. En el documento y las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, esta categoría, en efecto, no se incluye. Debe determinarse, entonces, si las afectaciones que en ella se entenderían comprendidas se consideran en alguna o varias de las categorías que según esta corporación tiene el daño inmaterial.

Para efectuar este análisis, inicialmente debe precisarse cuál es el contenido del daño a la vida de relación reconocido por el Consejo de Estado a partir de la sentencia del 19 de julio de 2000 (exp. 11842) y por la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia del 13 de mayo de 2008 (rad. 006-1997-09327-01)<sup>28</sup>.

Conforme a estos pronunciamientos, en primer lugar, el daño a la vida de relación consiste en la afectación no patrimonial de la vida exterior que sufre una persona como consecuencia de lesiones de distinta índole y no solo de una lesión física o psíquica. El Consejo de Estado afirmó en la mencionada sentencia, en ese sentido, que podía

tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de este 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 agregó: “[...] 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”.

---

28 Puede afirmarse que las dos corporaciones tuvieron una misma comprensión del daño a la vida de relación, si se tiene en cuenta que en la sentencia del 13 de mayo de 2008 la Corte Suprema de Justicia presentó al detalle la jurisprudencia del Consejo de Estado y acogió sus planteamientos.

En segundo lugar, este daño se concreta en la afectación negativa de la relación de alguien con las demás personas y con las cosas del mundo, esto es, con el ambiente<sup>29</sup>. En ese sentido, supone la afectación negativa de la posibilidad de realizar actividades tanto rutinarias como placenteras, e incluso de realizar actividades que producen rendimiento patrimonial, en cuanto en virtud de dicha afectación se alteren, por ejemplo, los *roles* vitales o el proyecto de vida<sup>30</sup>.

Como lo indicaron las dos corporaciones, entendido en esos términos, el daño a la vida de relación puede ser padecido por la víctima directa de la lesión del derecho inicialmente vulnerado —la salud, la honra, la paz, el nombre,

---

29 En la mencionada sentencia del 19 de julio de 2000, para distinguir el daño moral del daño a la vida de relación, el Consejo de Estado precisó: “[...] no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar 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; aquel que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral”.

30 En la misma sentencia del 19 de julio de 2000, el Consejo de Estado indicó al respecto: “Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida [...] [n]o todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo [...]”. Y, en referencia al caso concreto, agregó: “Adicionalmente [...] sufrió INCAPACIDAD PERMANENTE de un (75 %) SETENTA Y CINCO POR CIENTO (*incapacidad permanente total*), lo que quiere decir que no podrá desarrollar ninguna actividad laboral, situación que —al margen de los perjuicios materiales que genera, sobre cuya existencia ya se han hecho las consideraciones respectivas— modifica radicalmente, sin duda, la forma de vida de cualquier persona, dado que no podrá volver a ser económicamente productiva. Y en el caso particular de [...], de quien dependían su esposa y su hijo, esta circunstancia tiene consecuencias evidentes respecto del desarrollo de sus actividades y, especialmente, de sus *roles* vitales. En efecto, seguramente, la función de cabeza de familia, antes cumplida por él, conforme a los testimonios rendidos dentro del proceso, deberá ser asumida por su esposa, o por sus suegros, lo que altera gravemente su vida familiar”. (Bastardilla fuera de texto).

la propiedad, etc.— y también, por supuesto, por las personas cercanas a ella “por razones de parentesco o amistad”. Y pueden sufrirlo, además, las personas cercanas a quien resulta muerto por un hecho imputable al demandado, dado que con su muerte se extingue una relación importante para ellas<sup>31</sup>.

En las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011 (exps. 19031 y 38222), la Sección Tercera del Consejo de Estado se había referido, como categorías del daño inmaterial, al daño moral, al daño a la salud y al daño a

cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado, que no esté comprendido dentro del [sic] concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través [sic] 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). [Bastardilla fuera de texto].

Así las cosas, aunque con la expedición de estas sentencias gemelas se generaron confusiones<sup>32</sup>, podía entenderse que el daño a la vida de relación —que, como se ha observado,

---

31 En ese sentido, el Consejo de Estado, en la sentencia citada, afirmó: “Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que —además del perjuicio patrimonial y moral— puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando esta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquellos 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 este les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles”.

32 Véase, al respecto, M'CAUSLAND SÁNCHEZ, “Perjuicio a la vida de relación. Perjuicio extrapatrimonial autónomo...”, cit., pp. 277 y 278.

fue denominado en algunas sentencias *alteración grave de las condiciones de existencia*— no había desaparecido y podía provenir de la lesión de derechos constitucionales distintos del derecho a la salud.

Ahora bien, no obstante que en varios de los fallos de unificación del 28 de agosto de 2014 se dice reiterar el planteamiento de las citadas sentencias gemelas (véase sobre todo el fallo correspondiente al expediente 32988), sin duda en ellos se entiende que el daño a la vida de relación no debe reconocerse como categoría autónoma, dado que no se incluye en los tipos de daño reparable. En cuanto al contenido de esta categoría hoy desechada, sin embargo, puede observarse lo siguiente.

Por una parte, como se ha dicho, aún lo considera el Consejo de Estado cuando la alteración de la vida exterior proviene de la lesión de la integridad psicofísica; en ese evento, se reconoce y repara con el nombre de *daño a la salud*. Se advierte, sin embargo, que solo se admite la posibilidad de reparar esta alteración a la víctima directa de la lesión y no a sus allegados por razones de parentesco o amistad. Así, en los casos en que proviene de una lesión del derecho a la salud, el antes denominado *perjuicio a la vida de relación* ha sufrido un recorte evidente e injustificado. ¿No se altera, en muchos casos, la vida social, lúdica, cultural e incluso la vida rutinaria de las personas cercanas a quien sufre una lesión física o psíquica? ¿No se modifica de manera negativa, en cuanto se limita, se torna incómoda o incluso se imposibilita, según el caso, la relación de las personas cercanas con la víctima de dicha lesión, o en cuanto, por la necesidad de cuidarla y atenderla, aquellas ven limitada su vida propia? Si —como parece lógico— la respuesta afirmativa se impone, ¿no se niega, en estos casos, la reparación de daños efectivamente sufridos, con la consecuente vulneración de la regla de reparación integral?

Entre tanto, tal vez podría pensarse que el contenido del antiguo daño a la vida de relación aún se considera, de manera parcial y eventual, por el Consejo de Estado cuando la alteración de la vida exterior proviene de la afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados. Esta afirmación se hace en términos dubitativos, teniendo en cuenta que, como se ha observado, las consecuencias de la lesión de tales derechos solo se consideran por el Consejo de Estado en algunos eventos y, en cualquier caso, se valoran de manera insuficiente. De cualquier manera, el hecho de que se admita que este daño se le pueda reparar a la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano (personas con las que la víctima tenga relaciones de primer grado de consanguinidad, primer grado civil y relaciones paterno-filiales en las familias de crianza) con medidas de satisfacción y, por excepción, indemnizándola solo a aquella, da cuenta, así mismo, de que el reconocimiento de la afectación antes reconocida con el nombre de *perjuicio a la vida de relación* ha sufrido una importante mengua.

Al margen de estas objeciones, debe llamarse la atención sobre la disminución efectiva que ha sufrido la indemnización (reparación dineraria) en los reducidos casos en que el Consejo de Estado reconoce la afectación negativa de la vida exterior sufrida como consecuencia de un hecho imputable al demandado.

Conforme a la jurisprudencia inaugurada con la sentencia del 19 de julio de 2000, varias veces mencionada, esta corporación entendió que el perjuicio a la vida de relación podía repararse en todos los casos con una indemnización dineraria, y en los eventos en que tal afectación revistió la mayor gravedad, la corporación impuso condenas por la suma equivalente al valor de cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esta suma servía de criterio

orientador a los jueces de inferior jerarquía, que podían ajustar la condena, según la importancia de la afectación demostrada en los casos sometidos a su consideración.

Con la nueva directriz jurisprudencial, como se ha visto, cuando el origen del perjuicio se encuentra en la lesión del derecho a la salud, solo la víctima directa de dicha lesión podrá obtener una indemnización y, por regla general, no excederá de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite que se aplicaría a los casos de lesiones cuya gravedad fuera igual o superior al cincuenta por ciento, esto es, incluso respecto de lesiones cuya gravedad fuera del ciento por ciento; por excepción, podrá ser superior, sin exceder de cuatrocientos salarios mínimos. Rara vez se impondrán, entonces, por este concepto, condenas superiores a cien salarios mínimos. Para ilustrar la situación con un ejemplo, puede entenderse que, en el caso de una persona que sufre tetraplejía, la condena por “daño a la salud” será de cien salarios mínimos. Y no es claro, por supuesto, como se ha observado, en qué eventos puede entenderse demostrada una intensidad y gravedad de la lesión superior al ciento por ciento. El solo planteamiento de la idea muestra su difícil racionalidad.

Cuando el origen del perjuicio se encuentra en la lesión de un derecho convencional o constitucionalmente amparado, la situación es más desalentadora; la indemnización, por regla general, no procede, dado que solo se reconocen medidas de reparación no pecuniarias. Por excepción, sin embargo, se reconocerá una indemnización de hasta cien salarios mínimos, y solo en favor de la víctima directa.

Por lo expresado, puede afirmarse que la exclusión que el Consejo de Estado hace del perjuicio a la vida de relación, como categoría de daño no patrimonial indemnizable, puede generar como consecuencia la valoración incompleta de las afectaciones inmateriales efectivamente sufridas por

quienes ven alterada de forma negativa su vida exterior como resultado de un hecho imputable al demandado. Por la misma razón, en las decisiones respectivas no se ordenarán reparaciones adecuadas.

En ese sentido, sin duda, la nueva tipología del daño propuesta por esa corporación propicia la vulneración de la regla de reparación integral. Puede decirse, también, que propicia la vulneración del derecho a la igualdad, en cuanto reconoce con claridad tales afectaciones inmateriales cuando las sufre una persona como consecuencia de la violación de su derecho a la salud, mas no cuando las padecen otras personas como consecuencia de la violación del derecho a la salud de alguien más o de la violación de otros derechos suyos o ajenos. El cambio jurisprudencial se produce, además, de manera infundada: en efecto, cuando se modifican tipologías definidas, con exclusión de alguna categoría antes reconocida, debe justificarse plenamente la decisión, y ella, en principio, solo podría sustentarse en la consideración según la cual el perjuicio, en realidad, no existe, por no constituir una afectación susceptible de ser sufrida por una persona, o en la idea de que será reparado bajo otra categoría admitida. No se encuentra una argumentación en ese sentido, sin embargo, en las sentencias de unificación analizadas.

## F. LA REPARACIÓN DEL PERJUICIO MORAL

De la revisión de las definiciones del daño moral ofrecidas por la Corte Suprema de Justicia en el fallo del 5 de agosto de 2014 y por el Consejo de Estado en el documento y varios de los fallos de unificación del 28 de agosto del mismo año puede concluirse que las dos corporaciones coinciden en que el daño moral alude a la afectación de los sentimientos, a la alteración negativa de la vida interior de la persona.

Frente a su reparación se presentan posturas divergentes y planteamientos novedosos que merecen comentarse.

Mientras la Corte reitera la postura presentada en pronunciamientos anteriores, en el sentido de que la indemnización la debe fijar el juez en cada proceso, conforme a la equidad y las particularidades del caso, por lo cual no es procedente fijar “parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio”, el Consejo de Estado se refiere a tres situaciones específicas y establece “niveles” que tendrían que considerarse para determinar el valor de la indemnización en los casos concretos.

Así, en el documento del 28 de agosto de 2014, el Consejo distingue entre los daños morales que se producen en casos de muerte, de lesiones personales y de privación injusta de la libertad. Aunque nada se dice allí de la posibilidad de reconocer este tipo de daño en situaciones distintas de las mencionadas —como, por ejemplo, las relativas a afectaciones sentimentales derivadas de la vulneración del derecho a la honra, del maltrato psicológico, de la pérdida de bienes con valor de afección o de una parte importante de patrimonio económico, por mencionar solo algunas—, de la definición misma incluida en el documento, que alude al “dolor, la aflicción, los sentimientos de desesperación, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo”, puede inferirse que no se pretende negar tal posibilidad.

Para el caso de muerte, como se indicó en el acápite II de este ensayo, se establecen cinco niveles. Los cuatro primeros corresponden a las relaciones familiares y, a medida que estas son menos cercanas, se disminuye el valor de la indemnización, que se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes, desde cien hasta veinticinco. El quinto nivel corresponde a las relaciones afectivas no familiares

y el valor de la indemnización se fija en quince salarios mínimos. Además, se establece que en los niveles primero y segundo se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros; para los niveles tercero y cuarto, además, la prueba de la relación afectiva; y para el nivel quinto, solo esta. Varias observaciones pueden hacerse a estas directrices.

En primer lugar, no parece fundada la exigencia de la prueba del parentesco, dado que para demostrar el daño moral —y el daño en general— no existe tarifa legal, sino libertad probatoria. En ese sentido, cualquiera de las pruebas idóneas aportadas por el demandante para demostrar la relación afectiva existente entre él y la víctima, y el sufrimiento consecuente, la tendrá que decretar y valorar el juez en el caso concreto. Cosa distinta es que pueda admitirse —como tradicionalmente lo han hecho la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado— entre tales pruebas el indicio y, en ese sentido, que de la prueba de la muerte y de la relación de parentesco existente entre el demandante y el fallecido pueda inferirse, conforme a las reglas de la experiencia, que tenían una estrecha relación afectiva que ha terminado, lo cual le ha generado sufrimiento al primero. Este indicio, entonces, será prueba del daño moral y, en todo caso, conforme a los artículos 250 del Código de Procedimiento Civil y 242 del Código General del Proceso (según la norma que resulte aplicable al caso), tendrá que valorarse en conjunto con los demás que haya en el proceso, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas practicadas<sup>33</sup>.

---

33 Por la misma razón, parece equivocado el planteamiento que se encuentra con frecuencia en fallos del Consejo de Estado en el sentido de que el daño moral se presume a partir de la prueba del parentesco y que, si el demandado no desvirtuó la presunción, la prueba de aquel es perfecta (véanse, entre otros

Así las cosas, en realidad, de los niveles primero a cuarto a los que alude el Consejo de Estado, parece correcto afirmar que se requerirá siempre la prueba de la relación afectiva y del sufrimiento derivado de su rompimiento, lo cual no se opone a que dicha prueba sea indiciaria, fundada en la demostración de la muerte y del parentesco.

Por lo demás, la revisión de algunos de los fallos de unificación del 28 de agosto de 2014 permiten concluir que lo expresado en el documento de la misma fecha sobre la necesidad de la prueba del parentesco no tiene el carácter definitivo que parece surgir de la formulación según la cual, para los niveles 1 a 4 se requerirá la prueba del estado civil. En efecto, en el fallo correspondiente al expediente 32988, respecto de dos de los demandantes que afirmaron ser abuelos de las víctimas fallecidas, se estableció que no estaba probado tal estado civil; no obstante, con fundamento en las declaraciones de testigos que los identificaron como “abuelos de aquellas”, no solo se dedujo su “condición de damnificados” por la existencia de “estrechos lazos afectivos, de solidaridad y cercanía con las víctimas”, sino que

---

fallos, los de la Sección Tercera del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031). Este planteamiento parte de la confusión entre la presunción legal y el indicio, que se distinguen con claridad porque mientras aquella exime de prueba un hecho, este permite probarlo de manera indirecta, por lo cual, en el primer caso, la carga de la prueba es de la contraparte, a quien se le admite probar en contrario, mientras que en el segundo dicha carga no se modifica. Sobre esta distinción, pueden revisarse las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 29 de agosto de 1986 (M. P. José Alejandro Bonivento Fernández) y de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 21 de septiembre de 2000 (exp. 11766). Debe observarse que un tratamiento correcto de la prueba indiciaria se observa en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 correspondiente al expediente 36149, en la que, de la víctima, se expresa “[...] 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”.

se concluyó: “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 2.º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)”. Y en otro fallo correspondiente al expediente 26251 se consideró que no era idónea la prueba aportada del estado civil de hermana de la víctima de una de las demandantes, no obstante lo cual se agregó: “[...] 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”. Se consideró, en el caso concreto, que tal relación afectiva estaba probada mediante la declaración de un testigo que identificó a quienes conformaban la familia del fallecido, incluso a la demandante. Por ello, se reconoció en favor de esta la suma equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la prevista por el Consejo para las relaciones afectivas propias del segundo grado de consanguinidad.

Sin duda, las argumentaciones citadas dan cuenta de que la prueba del parentesco, cuando está presente, constituye, en opinión del Consejo de Estado, un indicio del perjuicio moral sufrido y también de que, en ausencia de dicha prueba, cada caso es analizado por el juez para fijar el monto de la indemnización que, según su prudente juicio, corresponda.

En segundo lugar, en cuanto se refiere a las relaciones afectivas no familiares, puede cuestionarse la fijación de la cuantía en quince salarios mínimos. El solo planteamiento parece contener una contradicción, en cuanto indicaría que, al margen de la fortaleza y la profundidad de los sentimientos que pudieran establecerse, la indemnización siempre tendría la cuantía que acaba de indicarse o, a lo sumo, si se aplicara la regla de excepción, cuarenta y cinco salarios

mínimos. ¿Se descarta, entonces, por ejemplo, que la novia o el novio del fallecido sufran tanto como sufriría su esposa o esposo, o tanto como sufriría su hermano o hermana? ¿Se descarta que los amigos íntimos del fallecido puedan sufrir tanto como los hermanos? El hecho de que se trate de relaciones afectivas importantes debería descartar, en cualquier caso, la fijación de una cuantía determinada, dado que serán, precisamente, las particularidades del caso, no susceptibles de subsumirse en reglas generales, las que permitan establecer la prueba del afecto, del sufrimiento y, por tanto, el valor de la indemnización. La directriz del Consejo de Estado, en ese sentido, parece desconocer la facultad y, aun más, la obligación del juez de valorar las circunstancias propias de los casos sometidos a su consideración, para fundar sus decisiones.

Las mismas observaciones pueden hacerse a las directrices que contiene el documento del 28 de agosto de 2014 respecto de la reparación del daño moral en casos de lesiones personales y de privación injusta de la libertad. A ellas, sin embargo, pueden agregarse las siguientes.

Por una parte, frente al daño moral en caso de lesiones, como en el caso del daño a la salud, el Consejo recurre al criterio de “gravedad de la lesión”, que se fija en porcentajes, pero nada permite inferir a qué aluden tales porcentajes. También aquí la pauta ofrecida resulta confusa y, por ello, propicia la violación de la igualdad. En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 correspondiente al expediente 31172, que recoge el planteamiento que se hace en el documento de la misma fecha, al resolver el caso concreto, se recurre al porcentaje de incapacidad laboral certificada respecto de la víctima directa<sup>34</sup>. Vale la pena interrogarse,

---

34 Así, en la sentencia mencionada, se lee: “En relación con los perjuicios morales

entonces, sobre si los criterios usados para determinar tal incapacidad son íntegramente aplicables para determinar la intensidad del perjuicio moral que sufren tanto la víctima como sus allegados. De entrada, el traslado no parece adecuado, dado que se trata de afectaciones de distinta índole, cuya valoración debería responder, entonces, a criterios diferentes.

Más aún, cualquiera que sea el método utilizado para determinar la “gravedad de la lesión”, no parece lógico considerar que ella determina siempre la intensidad de la afectación sentimental sufrida. Así, por ejemplo, si se trata de una persona que, en virtud de la lesión padecida, queda en estado de coma, tal vez no pueda alegarse con argumentos válidos que sufre un perjuicio de carácter moral. La lesión, en este caso, será gravísima y el daño moral, quizá, inexistente. Así, la regla de la experiencia formulada por el Consejo de Estado parece no tener tal carácter, por carecer de sustento evidente.

Por otra parte, para la reparación del daño moral en caso de lesiones, en el nivel 1 se incluye tanto a la víctima directa como a las personas que tienen con ella relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales y, en ese sentido, el Consejo de Estado concluye que aquella y estas deben recibir una indemnización idéntica, tasada de acuerdo con la gravedad de la lesión. Esta consideración tampoco parece fundarse en una regla de la experiencia, pues si bien puede afirmarse que las personas más cercanas a quien sufre una lesión física padecen afectaciones del ánimo por el hecho

---

solicitados por los hermanos de la víctima, al estar acreditada esta condición por los señores [...], y dada la gravedad de la lesión sufrida por el soldado [...], que le generó un 100% de incapacidad, se concederán perjuicios morales en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno”. (Bastardilla fuera de texto).

de ver a un ser querido en circunstancias que le generan pesares, dolores y dificultades, no resulta lógico concluir que dichas afectaciones del ánimo tengan la misma intensidad de las que padece el lesionado. No se descarta que esta situación pueda presentarse en casos especiales, como cuando se trata de los padres que sufren por la situación de su hijo gravemente lesionado, en especial si es menor de edad, pero, sin duda, tal situación no corresponde a la regla general.

Una observación similar a esta última puede hacerse también sobre las directrices que contiene el documento del 28 de agosto de 2014 y en el fallo de unificación de la misma fecha que recoge sus planteamientos (exp. 36149), respecto de la reparación del daño moral en caso de privación injusta de la libertad. En este evento, el Consejo establece cinco niveles de perjudicados. Los cuatro primeros corresponden a la víctima y a quienes tienen con ella relaciones familiares, y a medida que estas son menos cercanas, se disminuye el valor de la indemnización, que se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes, desde cien hasta quince, de acuerdo con el tiempo de duración de la privación de la libertad (desde un mes hasta dieciocho meses o más). El quinto nivel corresponde a las relaciones afectivas no familiares, y el valor de la indemnización se fija entre 2,25 y 15 salarios mínimos. De nuevo, puede afirmarse que no resulta lógico considerar que la afectación sentimental padecida por quien es privado de la libertad tiene, por regla general, la misma intensidad de la que padecen las personas más cercanas a él; aunque el sufrimiento de estas, por lo común, es profundo, no parece adecuado compararlo con el de quien ve restringida su libertad personal y sufre en carne propia las condiciones de la reclusión. También aquí debe precisarse, en todo caso, que no se descarta la posibilidad de que la intensidad del sufrimiento de los parientes de quien es privado de la li-

bertad pueda ser, por excepción, pero no por regla general, igual o similar a la de este, como tal vez podría suceder en el caso de los niños pequeños que deben ser separados de su madre recluida y llevados a un lugar especial donde, si bien reciben la protección del Estado, carecen de la compañía familiar. Circunstancias particulares, como estas, que se apartan de la regla de la experiencia, tendrían que estar demostradas para justificar una indemnización de los perjudicados idéntica a la de la víctima.

Además, dado que conforme a las directrices del Consejo de Estado la privación de la libertad por un término superior a dieciocho meses generará la máxima indemnización posible (cien salarios mínimos), no puede dejar de observarse que la directriz formulada podrá propiciar la vulneración del derecho a la igualdad. En efecto, ¿pueden, acaso, considerarse comparables las situaciones de quienes permanecen privados injustamente de la libertad durante un tiempo superior a dieciocho meses, cuando uno lo ha estado por diecinueve meses (un poco más de un año y medio) y el otro, por ejemplo, por sesenta meses (cinco años) o más? No puede pensarse que, en este último evento, sería aplicable la excepción que permite condenar por más del monto antes indicado, sin superar el triple, pues sin duda ella no está prevista para casos en que la privación de la libertad supere cierto tiempo; de otro modo, no podría entenderse la indicación según la cual, en caso de privación de la libertad “*superior a 18 meses*” (bastardilla nuestra), la indemnización para la víctima directa y sus personas más allegadas será de cien salarios mínimos.

Ahora bien, el criterio de excepción previsto para “*todos los casos de daños morales*”, esto es, los tres tratados en el documento del 28 de agosto de 2014, se enuncia en los siguientes términos:

En casos excepcionales, *como los de graves violaciones a los derechos humanos*, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor a 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. [Bastardilla fuera de texto].

Las expresiones en bastardilla permiten observar, por un lado, que la gravedad de la conducta vuelve a tratarse, en este caso, como un elemento determinador de la cuantía de la indemnización, lo que, como se observó al tratar el daño inmaterial por afectación a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados, no se compadece de la función esencialmente reparadora de la responsabilidad patrimonial. Por otro, que puede haber circunstancias especiales en las que el daño moral resulte más intenso que el que normalmente se presenta en las situaciones consideradas por el Consejo de Estado en los tres casos analizados. En ese sentido, podría pensarse por ejemplo en la situación de la mujer a la que se la priva de forma injusta de la libertad cuando se encuentra en estado de embarazo o tiene hijos menores a su cargo. Frente a esta cuantía máxima establecida —trescientos salarios mínimos—, debe observarse que supera la sugerida por el Consejo de Estado para todos los casos en su jurisprudencia anterior, inaugurada con el fallo del 6 de septiembre de 2001 (exps. acum. 13232 y 15646), correspondiente a cien salarios mínimos.

Debe advertirse que en el fallo de unificación del 28 de agosto de 2014 correspondiente al expediente 32988, se afirma:

Esta regla de excepción no contradice la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 25 de septiembre del 2013 [36460], 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.

Así las cosas, sigue vigente el planteamiento del Consejo de Estado en el sentido de que, cuando se trate de un daño moral proveniente de una conducta punible —conforme a lo resuelto por sentencia penal definitiva—, el límite aplicable por el juez contencioso-administrativo será el previsto en el artículo 97 del Código Penal (Ley 599 de 2000), esto es, mil salarios mínimos<sup>35</sup>. No habrá, en este evento, vacío normativo que llenar con apoyo en el criterio de equidad, sino norma legal directamente aplicable al caso concreto.

Al margen del fundamento que pueda encontrar esta postura en la Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002, de la Corte Constitucional<sup>36</sup>, que controló la exequibilidad de la norma citada, es claro que en aquella se encuentra de nuevo

---

35 Esta norma prevé: “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 (1.000) 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”.

36 Por esta sentencia se decidió, por una parte, 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”; y por otra, declarar exequible el inciso 3.º del artículo 97 de la Ley 599 de 2000.

evidencia del papel protagónico que pretende dársele a la función sancionadora de la responsabilidad patrimonial, en desmedro de su función esencialmente reparadora, y que con ella se propicia, también, la vulneración del derecho a la igualdad, en la medida en que respecto de sufrimientos que tengan la misma intensidad, podrá condenarse al pago de indemnizaciones de muy distinta cuantía, en atención, únicamente, a la naturaleza de la conducta que los ha causado.

#### G. OBSERVACIONES ADICIONALES

Además de las observaciones particulares formuladas en el acápite anterior sobre el análisis de la jurisprudencia colombiana reciente respecto de la tipología y la reparación del perjuicio inmaterial, se pueden presentar las siguientes, de carácter general.

- 1) La equidad es un criterio auxiliar de la actividad judicial para la resolución de los casos concretos. Supone el recurso al arbitrio del juez, a su prudente juicio, para decidir con justicia las situaciones particulares que conoce y debe evaluar de manera directa, atendiendo sus singularidades, sus condiciones y circunstancias menudas.

Cuando se trata de la reparación del daño inmaterial, su uso se justifica en el ordenamiento colombiano, en primer lugar, por la necesidad de llenar el vacío legal que existe al respecto, salvo en el caso en que la conducta que causa el daño es punible, según decisión judicial penal en firme, según se acaba de explicar. En segundo lugar, por la autorización que de manera directa ha hecho el legislador en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. En ese sentido, no parece lógico que la aplicación de la equidad pueda estar limitada por reglas rígidas, so pena

de que su ámbito de acción resulte en extremo estrecho o incluso inexistente y, por la misma razón, de que su objetivo se torne impracticable. Dicho de otro modo: la equidad debe distinguirse de forma clara de la ley, que atiende a la generalidad, para que pueda cumplir su propósito de inspirar la decisión adecuada para el caso concreto.

Así pues, parecen contrarias a la equidad las indicaciones en el sentido de que la indemnización de ciertos rubros del daño “no podrá superar”, tiene como “tope indemnizatorio” o será “de hasta” determinado valor, como las que hace el Consejo de Estado en el documento y las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014 ya analizadas, al referirse a la indemnización del daño moral y del daño a la salud y, en los casos excepcionales en que procede, a la indemnización del daño por afectación relevante a derechos convencional y constitucionalmente amparados. Las expresiones aludidas parecen corresponder a mandatos obligatorios para los jueces de inferior jerarquía, lo que permite afirmar que dan cuenta de un uso impropio de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial. Del mismo modo, resulta contraria a la equidad la determinación de las cuantías precisas de las indemnizaciones procedentes en favor de familiares o personas allegadas, puesto que parece eliminarse la posibilidad de analizar las situaciones concretas que solo el juez de la causa respectiva podrá conocer y valorar. Así, por ejemplo, por atenerse al mandato taxativo del Consejo de Estado, dicho juez no podría preguntarse, en un caso determinado, si por la muerte o la lesión de una persona sufrirá daño moral su padre que, enfermo de demencia senil, ya no lo recuerda siquiera.

Esta observación, dirigida a cuestionar la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, no permite poner en duda la validez de la formulación, por las altas cortes, de pautas o directrices para los jueces de inferior jerarquía respecto de la reparación del perjuicio inmaterial. Tal formulación, en efecto, encuentra fundamento en la pretensión de garantizar la protección de la igualdad y el respeto a la regla de reparación integral, en cuanto es deseable, de acuerdo con la justicia, que los daños de características e intensidad similares se reparen de modo semejante. Pero ello no debe obstar para que, con fundamento en el análisis de las circunstancias especiales del ofendido y su padecimiento, en cada caso el juez ajuste la reparación del modo que mejor convenga para que esta cumpla su función. Y la posibilidad de realizar el ajuste aludido debe permitir, incluso, inaplicar la pauta o directriz, cuando su seguimiento no permita lograr el objetivo indicado. Esta posibilidad parece negarse, sin embargo, cuando la pauta se convierte en regla obligatoria, en mandato rígido, inmutable.

Así, resulta más adecuado que las altas cortes sugieran condenar por una cierta suma de dinero en los casos en los que cada una de las categorías de daño inmaterial indemnizable se presente en su mayor intensidad, sin hacer recomendaciones minuciosas para los eventos en los que la intensidad del daño es menor. Una formulación en tal sentido, que en todo caso debe ser un criterio orientador —no una regla obligatoria— para el juez de inferior jerarquía, le permite a este hacer un uso apropiado de la equidad para resolver el caso concreto, uso que requiere libertad para apreciar las circunstancias de las situaciones específicas sometidas a su decisión. De otro modo, la equidad resulta, en la práctica, anulada. Al respecto, vale la pena recordar el planteamiento ex-

puesto por el mismo Consejo de Estado en la sentencia del 6 de septiembre de 2001 (exps. acum. 13232 y 15646), hoy infortunadamente modificado:

[...] 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. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. *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.*

*Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, solo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.*

[...] 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 este cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos [...], cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.

Sin duda, la afirmación de la independencia del juez implica la asunción, por parte de este, de una responsabilidad mayor. Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no solo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas

únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables. [Bastardilla fuera de texto].

Por las mismas razones expuestas, merece algún comentario el planteamiento de la Corte Suprema de Justicia según el cual, por un lado, la cuantía de la indemnización del daño inmaterial debe ser fijada por el juez, en cada proceso, conforme a la equidad y las particularidades del caso, por lo cual no es procedente fijar “parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio” (*cfr.* Sala de Casación Civil, sent. del 5 de agosto de 2014, rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01), y por otro, cuando se condena por el daño moral sufrido solo se pretende mitigar el dolor y no repararlo de manera estricta,

por lo cual no tendría sentido acudir a patrones (corrección monetaria, oro UPAC, dólar, UVR) cuya utilidad práctica consiste [...] en mantener en el tiempo la tasación del daño, en servir de correctivo de la desvalorización de la moneda nacional, que con el paso del tiempo pierde su poder adquisitivo y por lo tanto hace irrisoria una suma fijada en pesos, a modo de indemnización por equivalente [*cfr.* Sala de Casación Civil, sent. del 17 de agosto de 2001, rad. 6492].

La unificación de la jurisprudencia —aun entendida esta como criterio auxiliar de la actividad judicial, y no como fuente de derecho obligatoria, según la distinción hecha por la Corte Constitucional<sup>37</sup>— propicia la garantía del derecho a la igualdad, de modo que, contrario a lo

---

37 *Cfr.*, entre otras, las sentencias C-083 de 1995, T-175 de 1997, C-836 de 2001, T-698 de 2004, T-571 de 2007, C-335 de 2008 y C-539 de 2011.

expresado por la Corte Suprema de Justicia, resultaría útil y, en ese sentido, es deseable fijar criterios orientadores para los jueces de inferior jerarquía respecto de la tipología y la reparación del daño inmaterial. El uso de la equidad debe hacerse en términos razonables; de otro modo no podría distinguirse entre la arbitrariedad y el prudente arbitrio del juez que debe hacer justicia en el caso concreto. Y la razonabilidad admite la guía del juez superior que, con fundamento en el análisis de los casos ya decididos, puede formular recomendaciones o pautas generales para solucionar otros que el juez de inferior jerarquía considere similares. Estos criterios, por supuesto, según se ha observado, no podrían considerarse reglas rígidas de aplicación obligatoria<sup>38</sup>.

En ese sentido, el recurso a patrones de corrección respecto de la cuantía de la indemnización resultaría también provechoso para garantizar la equivalencia de las reparaciones ordenadas en casos parecidos y la consecuente igualdad de los perjudicados. Debe observarse que la valoración aislada de cada caso concreto, sin elementos comparativos, propicia la vulneración

---

38 Así lo había entendido la Sala Civil de la Corte, en épocas anteriores, al manifestar que las condenas impuestas por ella por concepto de indemnización del daño inmaterial sufrido por los demandantes constituían apenas “sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición, sino de referentes”, dado que, en virtud del artículo 17 del Código Civil, a los jueces les está prohibido proveer, en los negocios de su competencia, por vía general o reglamentaria (*cf.* sent. del 28 de febrero de 1990, 2439, 79 y ss., reiterada, entre otras sentencias, por la del 8 de agosto de 2013, exp. 11001-3103-003-2001-01402-01). Por ello, además, había precisado que la imposición, por los jueces de inferior jerarquía, de condenas por sumas superiores a las definidas por la Corte no abría la vía al recurso de casación (*cf.* sent. del 28 de febrero de 1990, 2439, 79 y ss., reiterada, entre otras sentencias, por la del 6 de mayo de 1998, exp. 4972), que solo encuentra sustento en las causales legales, una de ellas —la más comúnmente alegada— la violación directa o indirecta de la ley sustancial.

de este derecho, incluso, por la misma Corte. Por lo demás, el hecho de que la indemnización del daño moral —y del daño inmaterial en general— no pueda considerarse estrictamente resarcitoria, sino apenas satisfactoria, en vez de justificar la desatención de la igualdad —como podría deducirse de las afirmaciones de la corporación—, obliga al juzgador a cuidar, con mayor esmero, que aquella resulte garantizada con su decisión en equidad.

- 2) En el documento y los fallos de unificación del 28 de agosto de 2014 del Consejo de Estado no se presentan argumentos para justificar la idea de privilegiar la compensación del daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados con medidas reparadoras no indemnizatorias, ni la de prever que solo en casos excepcionales, cuando ellas sean insuficientes o imposibles para consolidar la reparación integral, podrá otorgársele una indemnización a la víctima.

Aunque la ausencia argumentativa impide plantear una crítica suficientemente fundada frente a la directriz impartida, sí permite formular el siguiente interrogante: ¿resulta adecuada y suficiente la reparación del perjuicio inmaterial mediante indemnizaciones dinerarias?

La pregunta, presentada de modo general respecto del daño inmaterial, resulta pertinente. En efecto, por una parte, no es claro por qué las medidas reparadoras no indemnizatorias se prevén por el Consejo de Estado solo para la reparación del daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados y no para la reparación de los daños morales o a la salud, que suponen siempre la vulneración de derechos constitucionales. Por otra, tampoco es claro por qué dicha corporación considera apropiada

la reparación de estas dos últimas categorías, en todos los casos, por medio de una indemnización en dinero, mientras que para el daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados solo la encuentra procedente en casos excepcionales.

Tal vez deba reabrirse el debate que plantea el interrogante propuesto. La imposibilidad de resarcir de manera efectiva el perjuicio inmaterial ha generado, desde los inicios de la discusión sobre su reconocimiento, dudas respecto de la verdadera función de las condenas dinerarias, hasta tal punto que algunos se han aventurado a plantear la posible recuperación de las funciones sancionatoria y preventiva de la responsabilidad civil extracontractual<sup>39</sup>. Nuestra jurisprudencia, sin embargo, desde las conocidas sentencias de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia del 21 de julio de 1922 y del 22 de agosto de 1924, ha considerado que la indemnización dineraria constituye una forma válida de reparación del perjuicio inmaterial. En ese sentido, expresó en la primera:

Desde luego que todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos; *y si en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo*

---

39 Sobre el punto, MILAGROS KOTEICH KHATIB, "La indemnización del daño extrapatrimonial a la persona, ¿un retorno a la pena privada del derecho romano?", en *Obligaciones-contratos-responsabilidad. Memorias del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 542-572.

*aunque sea aproximadamente*, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuando quiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales. [Bastardilla fuera de texto].

En la segunda, después de manifestar que los peritos dieron a la indemnización en dinero “la alta significación que tiene en la vida social [...], donde todo perjuicio inferido a la persona o a la propiedad de otro debe ser en lo posible reparado”, citó la Corte así la importante opinión del profesor Nicolesco sobre el objeto de la indemnización en dinero, en los siguientes términos:

*Hoy el dinero constituye casi el único medio de reparación. Pero si bien es cierto que tiene siempre por objeto procurar al lesionado una satisfacción, su acción no es la misma en todos los casos [...], el dinero llena otras dos funciones en el dominio del derecho civil: una función de equivalencia [...] cuando se trata de reconstruir un patrimonio menoscabado, y una función puramente satisfactoria, cuando se trata de un perjuicio no patrimonial.*

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

Gracias al dinero podrá procurarse sensaciones agradables que vendrán a contrarrestar, a compensar las sensaciones dolorosas o desagradables que ha experimentado. En la vida ordinaria también el dinero tiene no solamente la función de proveer a las necesidades materiales del hombre, sino que

*con él se satisfacen también las necesidades morales, intelectuales y artísticas.* [Bastardilla fuera de texto]<sup>40</sup>.

Así las cosas, no parece justificado prescindir de la reparación dineraria de las distintas categorías del perjuicio inmaterial<sup>41</sup>. Cosa diferente es que hoy no pueda plantearse, como en 1924, que el dinero sea casi el único medio de reparación. Sin duda, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición cumplen una función reparadora importantísima que, lejos de negarse, debe reconocerse respecto de todos los tipos de daño inmaterial y no solo frente a uno o algu-

---

40 El profesor FELIPE NAVIA ARROYO defiende una postura distinta y muy interesante sobre la naturaleza compensatoria y no satisfactoria de la reparación del daño no patrimonial. Considera, en efecto, que satisfacción y pena privada son “las dos caras de una misma moneda” y que si se admite que todos los bienes —patrimoniales y extrapatrimoniales— tienen un valor y que nuestro derecho solo considera la indemnización compensatoria, “tendremos que concluir que el resarcimiento por daño moral participa de esa naturaleza”. Cit., pp. 156 y 157.

41 Es pertinente anotar que, por medio de la Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó 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”. Conforme a estos principios, además, en la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014 correspondiente al expediente 32988, todo abuso o desbordamiento arbitrario del poder público que vulnere los derechos de los asociados y se materialice en daños antijurídicos genera un deber para el Estado de restituir, rehabilitar, satisfacer y adoptar garantías de no repetición, pero también el deber de “indemnizar”, incluso los perjuicios distintos de los materiales, entre ellos los morales (véase num. IX. 20). Además, no puede olvidarse que el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a las competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, prevé: “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 la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. (Bastardilla fuera de texto).

nos de ellos. Por lo demás, valga recordarlo, en la citada sentencia de 1924 se ordenó pagarle al demandante tres millones de pesos por concepto de la indemnización del daño moral por él sufrido como consecuencia de la pérdida de los restos mortales de su esposa imputable al municipio de Bogotá, pero también se consideró que, con esta suma, aquel podría construir un monumento que le sirviera para continuar rindiéndole homenaje a la memoria de su ser querido; en ese sentido, esta sentencia constituye un claro antecedente inspirador de los pronunciamientos en los que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha ordenado distintas medidas reparadoras no pecuniarias, desde el fallo de 20 de febrero de 2008 (exp. 16996).



#### IV. REFLEXIÓN FINAL Y CONCLUSIÓN GENERAL

Sobre la tipología y la reparación del daño inmaterial en Colombia existe un vacío legal. La falta de regulación normativa, en este caso, parece deliberada, lo que explica, al menos en lo que a la reparación se refiere, que haya sido expresamente aceptada por el legislador en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, al deferir al juez su definición en los casos concretos, con fundamento en la equidad y en atención a la regla de reparación integral.

Esta situación, lejos de generar inquietud o desazón, da cuenta de que, en el ámbito nacional, el reconocimiento y la reparación del daño inmaterial pueden cumplirse en un escenario óptimo. Para el establecimiento de la existencia y la determinación de la mejor forma de reparación de este tipo de daño, en efecto, parece poco factible la intervención exitosa del legislador, que, por ello, no constituye una necesidad, ni una aspiración, dada la dificultad que suponen la enumeración taxativa de afectaciones posibles y la tasación tarifada del resarcimiento, cuando se trata de un aspecto que se refiere a los intereses inasibles de la persona, siempre calificados por las condiciones particulares de esta. La intervención del juez, que puede conocer y valorar las circunstancias de cada caso concreto, resulta, entonces, imprescindible. Su tarea, sin embargo, más que cuando se ocupa en otras causas, le impondrá en este caso el ejercicio esmerado y cuidadoso de su función esencial en la socie-

dad, la garantía de la justicia, y su arma para lograrlo será, sin duda, la equidad, de cuyo uso correcto dependerá la bondad del resultado.

Las consideraciones que contiene este ensayo buscan llamar la atención sobre la necesidad de fijar límites que garanticen ese uso correcto. En ese sentido, las advertencias hechas sobre las falencias de la jurisprudencia vigente no pretenden desconocer el esfuerzo de nuestras altas cortes en la búsqueda de la unificación de criterios; bien se sabe que la adopción que hace de decisiones dispares, contradictorias, genera consecuencias indeseables en el desarrollo efectivo de la justicia. Pretenden, sí, tales consideraciones presentar, desde una perspectiva crítica, una opinión diferente, con la ilusión de que ella contribuya, de alguna manera, a la reflexión, en el marco del diálogo útil y necesario que debe existir entre la jurisprudencia y la doctrina.

En el cumplimiento de esta pretensión, se han presentado argumentos que permiten concluir que la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, respecto de la tipología y la reparación del perjuicio inmaterial, en algunos aspectos, da cuenta de un uso impropio de la equidad que, además, pone en riesgo la aplicación efectiva de la regla de reparación integral.

En cuanto a las dos corporaciones, la observación más importante alude al reconocimiento del daño a los derechos fundamentales como categoría autónoma de perjuicio, que lejos de garantizar su protección, los banaliza, e introduce un elemento de desorden y confusión que pone en riesgo la lógica del sistema, en cuanto compromete incluso su función esencial, esto es, la reparación de los afectados, al darles preponderancia a las funciones sancionadora y preventiva, que solo deberían tener un papel secundario y, en todo caso, complementario de aquella.

Respecto del Consejo de Estado, en particular, las advertencias más relevantes se centran, por una parte, en el recorte injustificado de las formas de perjuicio inmaterial, en virtud del reconocimiento apenas parcial —mediante la consideración del daño a la salud— de las afectaciones comprendidas en el hoy desechado daño a la vida de relación y, por otra, en la fijación exhaustiva y no siempre coherente y justificada de directrices para reparar dichas formas de perjuicio, que, más que criterios orientadores, parecen constituir reglas rígidas que no se compadecen de la flexibilidad que, por definición, debe acompañar al uso de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial y que, en ese sentido, podrían desautorizar el recurso a este de parte de los jueces de inferior jerarquía.

Por último, en lo que atañe a la Corte Suprema de Justicia, se llama la atención, en especial, sobre el retorno infundado a posturas superadas sobre varios aspectos, como el relativo a las restricciones de la legitimación en la causa para demandar la reparación del perjuicio inmaterial, y sobre la insuficiencia de la justificación que presenta para desechar la formulación de criterios o pautas generales respecto de tal reparación, que sirvan a los jueces de inferior jerarquía —y a ella misma— para resolver casos similares, en aras de propiciar la garantía de la igualdad de los perjudicados y, en ese sentido, la equidad y la reparación integral del daño causado.



## BIBLIOGRAFÍA

- BUERES, ALBERTO, "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, julio de 1995.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1953.
- ENTRENA KLETT, CARLOS M.<sup>a</sup>, *La equidad y el arte de juzgar*, 2.<sup>a</sup> ed., Pamplona, Aranzadi, 1990.
- KOTEICH KHATIB, MILAGROS, "La indemnización del daño extra-patrimonial a la persona, ¿un retorno a la pena privada del derecho romano?", en *Obligaciones-contratos-responsabilidad. Memorias del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- LÓPEZ CABANA, ROBERTO MANUEL, "Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización", en *Roma e America. Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell'Integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina* 10/2000, Modena, Mucchi Editore, 2000.

- LORENZETTI, RICARDO LUIS, "La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, Daños a la Persona, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, MARÍA CECILIA, "Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial", en *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, MARÍA CECILIA, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, MARÍA CECILIA, "Perjuicio a la vida de relación. Perjuicio extrapatrimonial autónomo. Reformulación del concepto y abandono de la expresión perjuicio fisiológico", en Andrés Ospina (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- NAVIA ARROYO, FELIPE, *Estudio sobre el daño moral*, Bogotá, ANIF, 1979.
- PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también en las Administraciones públicas)", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed. [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=ocupacional>
- SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO, "El principio de reparación integral en el derecho contemporáneo", en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Colección Jornadas, n.º 1, Medellín, Pontificia Universidad Javeriana-Biblioteca Jurídica Díké, 2009.

VICENTE DOMINGO, ELENA, "El daño", en *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.

VINEY, GENEVIÈVE, *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.



Editado por el Departamento de Publicaciones  
de la Universidad Externado de Colombia  
en octubre de 2015

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos  
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos  
Bogotá (Colombia)

*Post tenebras spero lucem*