

**EL PERJUICIO A LA VIDA DE RELACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL
CONSEJO DE ESTADO**

Monografía de Grado para obtener el Título de Abogado:

**JOSÉ FERNANDO ÁLVAREZ CHÁVEZ
VERÓNICA MARÍA MENDOZA COLEY**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA D.T y C.**

2011



EL PERJUICIO A LA VIDA DE RELACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Monografía de Grado para obtener el Título de Abogado

Estudiantes:

JOSÉ FERNANDO ÁLVAREZ CHÁVEZ

VERÓNICA MARÍA MENDOZA COLEY

Dirigido por el Dr. ALFONSO HERNANDEZ TOUS

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA D.T y C.**

2011

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurados

*A mi PADRE NELSON, por hacer mi
camino más ameno...*

*A TÍRSO NEL luz inagotable y
CAMILA mi compañera de vida.*

CONTENIDO

1	INTRODUCCION.....	7
2	Capítulo I – Presupuestos Conceptuales.....	12
2.1	Evolución del instituto de la Responsabilidad Civil	12
2.2	Presupuestos teóricos de las acciones de Responsabilidad Civil.....	23
3	Capítulo II – El Daño: Conceptualización y Precisiones	33
3.1	Características del daño	33
3.2	Carácter cierto	44
3.2.1	Perjuicio consolidado	47
3.2.2	Perjuicio no consolidado	48
3.3	Carácter personal	50
4	Capítulo III – El perjuicio a la Vida de Relación	53
4.1	I. Los perjuicios inmateriales.....	53
4.2	II. Diferencia entre perjuicio moral y el perjuicio a la vida de relación..	63
4.3	III. El perjuicio a la vida de relación en la jurisprudencia del Consejo de Estado	67
4.4	IV. El Daño al Proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	84
5	Conclusiones	88
6	Bibliografía.....	92

1 INTRODUCCION

En 1993, el Consejo de Estado, introdujo un nuevo rubro al momento de condenar al Estado, se apartó de la tradicional división en perjuicios patrimoniales y morales, que hasta ese momento imperaba en la jurisprudencia nacional, abriéndole paso al perjuicio fisiológico o perjuicio a la vida de relación, que hacía referencia a una disminución en el disfrute de la existencia por haber sufrido una lesión que perturbara el normal desarrollo de actividades recreativas, culturales, deportivas y sexuales¹.

En esa oportunidad el alto tribunal, en vista del estado en que quedó el demandante, quien sufrió la amputación de ambas piernas por encima de las rodillas, reconoció la existencia de perjuicios materiales y morales, y luego de analizar la indemnización, estableció que no era suficiente, pues si no se llegare a reconocer la existencia de un perjuicio fisiológico o daño de la vida de relación, solo se indemnizaría parcialmente, ya que la víctima *"seguirá estando muy lejos de la situación privilegiada en que se encontraba antes del hecho dañino, pues no podrá seguir disfrutando de los placeres de la vida. Esto nos indica que el daño moral subjetivo y fisiológico son diferentes (...) la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción síquica o el daño físico de la víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales"*².

Si bien, el alto tribunal dio el primer paso, la separación que hizo del perjuicio fisiológico o perjuicio a la vida de relación de los perjuicios tradicionales, no fue clara, pues reconoció una suma de dinero para suplir la incapacidad de la víctima de no poder seguir desarrollando la actividad productiva que hasta ese momento venía desempeñando, así como, el pago a una persona que lo acompañe en su

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 06 de mayo de 1993, C.P.: Julio César Uribe Acosta.

² *Ibidem*.

silla de ruedas, de esta manera, se tiene que el Consejo de Estado, abogó por el reconocimiento de un nuevo perjuicio, pero termino indemnizando por lucro cesante y daño emergente³.

Esta desafortunada confusión sembrada por el Consejo de Estado, no termina ahí, pues en varias sentencias posteriores sigue presentando el perjuicio fisiológico o el perjuicio a la vida de relación y termina indemnizando otros rubros del daño, lo que le ha restado autonomía e identidad al perjuicio a la de vida de relación⁴.

En otra oportunidad y siguiendo el precedente fijado en 1993 el Consejo de Estado reconoció, al indemnizar el perjuicio a la vida de relación, el costo de una enfermera⁵ y la atención de profesionales que se requieran para hacer más placentera su existencia⁶, continuando así la confusión inicial.

³ Al respecto el Consejo de Estado estableció: “Por lo que tiene que ver con el monto de los perjuicios que deben ser indemnizados, la Sala, habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de OCHO MILLONES DE PESOS (\$8.000.000.00), con cuya rentabilidad, la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla, sin sofisticaciones.” *Ibídem*.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 06 de mayo de 1993, C.P.: Julio César Uribe Acosta; 29 de septiembre de 1993, C.P.: Julio César Uribe Acosta; 17 de enero de 1995, C.P.: Betancur Jaramillo; 02 de octubre de 1996, C.P.: Montes Hernández; 02 de octubre de 1996, C.P.: Carrillo Ballesteros; 04 de abril de 1997, C.P.: Carrillo Ballesteros, citado por HENAO, Juan. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 267.

⁵ El Consejo de Estado dijo: “En lo que respecta a la condena que por perjuicios fisiológicos hizo el tribunal el sentenciador la incrementará a la suma de diez millones de pesos con cuya rentabilidad podrá asumir los costos de una enfermera cuando las circunstancias lo exijan” Consejo de Estado,

Adicionalmente, para que el perjuicio a la vida de relación sea un rubro indemnizable el Consejo de Estado ha fijado unas pautas que han ido evolucionando al interior de la jurisprudencia contencioso-administrativa, lo que resulta en un sin número de pronunciamientos dispares al respecto.

En virtud de lo anterior la pregunta problema sobre la que girara este trabajo consiste en determinar ¿Qué entiende la jurisprudencia del Consejo de Estado por perjuicio a la vida en relación, como rubro indemnizable?

En tal medida, y conscientes de la importancia y trascendencia que hoy reviste el tema del daño y en particular la necesidad de tener claridad sobre la configuración de este y su posterior indemnización, el presente estudio tiene repercusión tanto en el campo teórico como en el campo práctico, en el primer sentido, pues en el análisis se desarrolla a profundidad el concepto de daño, así como sus elementos estructurales, antecedentes y evolución histórica.

Por medio de este tipo de investigación se puede determinar de manera más o menos acertada en qué casos un juez administrativo reconocería la existencia de un perjuicio a la vida de relación ya que se tendría mayor claridad sobre el manejo y evolución de este particular daño.

El interés manifiesto de la sociedad y del Estado en asegurarse que los daños sufridos por una persona sean indemnizados, radica en la importancia que tiene la

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 02 de octubre de 1996, C.P.: Carrillo Ballesteros

⁶ “De otro lado, también habrá lugar a reconocer a favor de la víctima, la suma de tres millones de pesos, para que el rendimiento de ese monto cubra los gastos que represente la atención de profesionales que requiera para hacerle más agradable la existencia” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 04 de abril de 1997, C.P.: Carrillo Ballesteros

idea de su resarcimiento, que ha permeado la conciencia social; al sufrir un menoscabo en sus bienes o en su integridad física o moral, los individuos quedan en una posición desventajosa en comparación con su estado anterior, de ahí que el deber de resarcir los daños surja como un elemento necesario para la vida en comunidad, pues la inconformidad de haber tenido que soportar un daño y las consecuencias que de este se desprenden, crean, en cabeza del sujeto perjudicado, la pretensión de ser puesto en las condiciones anteriores al perjuicio.

De la idea de convivencia pacífica en comunidad, se desprende el mandato de no dañar al otro en su vida y bienes y si se llegare a causar un daño, procurar la reparación de este. Pensar lo contrario sería aceptar el rompimiento del orden social y la posibilidad ilimitada de causar daño y aparejado a ello, el deber de soportarlos por quien no debía padecerlos, por ello se hace necesario profundizar sobre las posibilidades indemnizatorias a que tiene derecho la víctima, en este caso, el perjuicio a la vida de relación.

Aunque la puerta a este tipo de pretensiones indemnizatorias se abrió en 1993 con la sentencia anteriormente señalada, el desarrollo de esta temática al interior del Consejo de Estado ha sido traumática, por no decir contraproducente desde el punto de vista del orden y del rigor, pues el manejo que se le ha dado ha sido desordenado, generando confusiones terminológicas⁷ y conceptuales⁸.

⁷ La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha utilizado varios nombres para referirse a este perjuicio, ello debido, principalmente, a que esta figura se nutre del derecho foráneo y en cada ordenamiento recibe un nombre distinto, por ejemplo, *préjudice d'agrément* (perjuicio de placer), es el mismo *loss of amenity of the life* (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o *danno alla vita di relazione* en el derecho italiano. Así es como le han dado el nombre de perjuicio del placer, daño a la vida de relación y perjuicio fisiológico. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2000, C.P.: Alier Hernandez; Sentencia de 20 de abril de 2005, C.P.: Ruth Stella Correa.

⁸ Pues en más de una ocasión el Consejo de Estado, ha pretendido reparar el daño a la vida de relación y ha terminado reparando perjuicios materiales.

Con base en lo ya señalado, es dable afirmar que esta investigación es importante pues intenta establecer el manejo del daño en la vida de relación. Además, es necesaria, pues se coadyuva a la indemnización plena por perjuicios propia de un Estado social y de derecho, como el colombiano. Finalmente, es viable, dado que las fuentes primarias de información son asequibles.

Este trabajo consta básicamente de tres capítulos. en el primero haremos un esbozo teórico del instituto de la responsabilidad. En el expondremos las bases conceptuales de la responsabilidad civil y su evolución como institución jurídica.

En el segundo, describiremos el daño, especificaremos cada una de sus características y analizaremos cada uno de los presupuestos necesarios para su configuración.

En el tercer capítulo, estudiaremos el daño a la vida de relación, analizando como se han clasificado los daños de tipo inmaterial y estableciendo las diferencias que existen entre esta figura y otras formas de perjuicios inmateriales, con base en la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo contencioso-administrativo. Así mismo, oportuno consideramos comparar tal desarrollo jurisprudencial nacional, con respecto a figuras de tipo internacional como el daño al proyecto de vida decantado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Y por último, haremos las conclusiones con las que esperamos esclarecer un poco la actualidad de esta forma de responsabilidad del estado, y así aportar nuestro grano de arena a una mejor interpretación de tal figura, y por consiguiente un mejor discurrir litigioso y académico que unifique su visión.

2 Capítulo I – Presupuestos Conceptuales

2.1 Evolución del instituto de la Responsabilidad Civil

La separación que actualmente existe entre las diferentes responsabilidades, no siempre se presentó, para ilustrar es preciso recordar, que lo ilícito penal en ciertas ocasiones confluía con lo ilícito civil y las consecuencias eran las mismas.

En los primeros estadios de la humanidad, donde se vislumbraban los inicios de la vida en comunidad ya se presentaban los problemas derivados de la convivencia, en la solución de estos reinaba la fuerza como instrumento sin ningún orden pues era el imperio del más fuerte el que se imponía en los clanes y grupos, que carecían de un poder superior. Existía la necesidad de tomarse la justicia en sus manos, pero era desproporcionada y no siempre se establecía a ciencia cierta el responsable del agravio, por lo que en muchas ocasiones pagaba la comunidad o el clan en su conjunto.

La evolución del concepto de responsabilidad se produce con las primeras limitaciones a este poder sin freno, imponiendo el principio de proporcionalidad, es decir, quien con su actuar ocasione un daño a otro, recibirá este mismo daño en su humanidad o patrimonio, con el fin de guardar el equilibrio, como ejemplo de lo anterior están la Ley del Talión, el Código de Hammurabi, las Leyes de Manú, los libros del Antiguo Testamento, en este último para ser más exactos en el Libro del Éxodo se lee un pasaje que instituye lo siguiente: *“Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal.”* Ya en estos documentos vemos establecido un orden, una proporcionalidad y una individualización del autor del daño, sobre quien recaía la obligación de soportar las consecuencias de este.

Al evolucionar el concepto Responsabilidad fueron evidentes algunos de los problemas del sistema, pues no en todas las ocasiones la víctima se sentía satisfecha, al devolver el mismo mal a su ofensor. Fue cuando se pensó en la indemnización con bienes equivalentes y compensaciones, que se fijaban de mutuo acuerdo entre las partes. Mas llegó la época en que la autoridad tomó el elemento reparador en sus manos y se pasó de un sistema de voluntaria composición a uno de *quantum* preestablecidos. Y así se fueron separando la responsabilidad civil de la responsabilidad penal.

Lo anterior se percibe en la Edad Media desde la perspectiva de la Iglesia Católica y del derecho canónico, es así que, en lo tocante a la responsabilidad se intenta dotarla de un sentido moral similar al pecado, la actuación que provoca el daño se ve como un error o estigma que justifica la sanción que se impone, es decir, la responsabilidad de reparar. De esta manera la culpa tiene cada vez más relevancia, hasta llegar a un punto donde, no se concibe responsabilidad sin culpa⁹.

El derecho como herramienta para lograr la convivencia humana mediante la instauración de un sistema de controles variados, que se expresan mediante normas, mandatos, prohibiciones, costumbres, etc., los que en caso de no ser desconocidos, desencadenan en el infractor, el deber de responder. Este deber es la carga que tienen los individuos al vivir en sociedad, pues deben dar cuenta de sus actos, ya que a estos el ordenamiento jurídico en ciertas ocasiones les establece efectos, algunos derivados del accionar individual y otros del acuerdo bilateral, v. gr. Los contratos

En palabras del catedrático Edgardo López Herrera:

⁹ MARTÍNEZ, Angel, “La evolución del derecho de daños”. Bosch, Barcelona, 1992

“Este deber de responder es parte de los controles que el derecho ejerce sobre los componentes de una sociedad. La forma de manifestarse estos sistemas de controles es muy variada, así pueden ser penales, civiles, administrativos, éticos, pero sin embargo todos tienen en común la existencia de dos elementos la ilicitud y la sanción, el schuld y el haftung de que hablan los alemanes o el duty y liability del common law. El presupuesto del deber vendría a ser la ilicitud, y la consecuencia la sanción.”¹⁰

En la medida en que los seres humanos poseen razón, actúan en libertad, dentro de los límites que impone la vida en sociedad teniendo entre otros como principio que *puede hacer todo lo que desee a menos que ello esté prohibido de alguna forma.*¹¹ Obrar contrario a la anterior prohibición es lo que se denomina *ilicitud*. La cual puede consistir en una acción u omisión, puede tener lugar en una relación contractual y puede causar daño o no. Dependiendo del área en que se desconozca, se hablara de un tipo específico de responsabilidad entre las que tenemos, responsabilidad ética, la administrativa, la civil y la penal, entre otras.

La responsabilidad penal por su parte que constituye el máximo instrumento de control, pues se caracteriza por su intervención violenta, siendo por esto considerada *última ratio* del orden jurídico, recurriendo a ella solo cuando han fallado todos los otros instrumentos de control. La potestad de su uso la tiene el Estado, es decir, su titularidad es pública. La víctima, que en otros casos tiene un papel protagónico, aquí es secundaria, en la medida en que se pretende el restablecimiento del equilibrio social y no el resarcimiento patrimonial de un individuo en particular. En síntesis, el derecho penal no tiende a reparar daños sino a controlar conductas. Aquí es donde entra la responsabilidad civil en su

¹⁰ LOPÉZ, Edgardo., “Introducción a la Responsabilidad Civil” P. 20

¹¹ El Artículo 16 de la Constitución Política Colombiana el cual se encuentra redactado de la siguiente manera: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”, constituye la base constitucional del principio enunciado y rige todas las actuaciones de los particulares, dicho de otra manera, el límite de la libertad del individuo, es el derecho de otro.

dimensión complementaria, porque derivado del daño penal, puede solicitarse la indemnización de carácter civil, sin que sean excluyentes. Es decir, coexisten ambos tipos de responsabilidad devenidos del mismo daño.

Para ciertos autores en materia penal, este derecho es una contención al poder sancionatorio que ostenta el Estado, por lo que existen principios como el *indubio pro reo*. No obstante lo anterior, existen situaciones donde se toman medidas resarcitorias, por ejemplo en aquellos procesos derivados de delitos contra el patrimonio, ya sea de los particulares o del Estado y en delitos contra el medio ambiente. La responsabilidad civil por su parte contempla la ilicitud, pero de una forma distinta, estableciendo unas sanciones consistentes en dinero o en la reposición de las cosas al estado anterior y otras consistentes en penas privadas no dinerarias, que en materia de familia hacen referencia a la privación de patria potestad, el desheredamiento y la indignidad testamentaria.

En tratándose de la responsabilidad en materia civil, se ha establecido, que para su configuración es necesario que exista daño, lo mismo no ocurre en materia penal o tributaria

En el siglo XIX, a las codificaciones de corte francés, entre estos, el Código Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873, en lo relativo a la responsabilidad civil, subyacía la idea de que la obligación a indemnizar se estructura con un carácter extremadamente individualista, propio de aquella época. Esto quiere decir que el conflicto atañe únicamente a la víctima y al agente, sin consideración a algún otro factor.

Al lado de esto, el instituto de la responsabilidad partía de una concepción fatalista de la vida en virtud de lo cual los sucesos desfavorables eran producto de la voluntad divina, es decir, se pensaba que los sufrimientos padecidos en la tierra eran recompensados en el más allá y que, por lo tanto, cada persona debía cargar

con las consecuencias de sus propios daños¹². Por ello, la responsabilidad civil y el correlativo deber de indemnizar eran considerados la excepción a la regla, ya que la resignación es la única vía posible ante los designios divinos, únicamente surgían pretensiones indemnizatorias cuando la autoría y el reproche son claros.

Debido a un cambio en el plano de las ideas políticas, que incidió directamente sobre la conformación psicológica del hombre contemporáneo, se ha dado un giro en la concepción del instituto de la responsabilidad civil, y en particular sobre la noción del daño. Se pasó de una concepción fatalista del destino a buscar al responsable del daño para que asumiera las consecuencias del perjuicio; “nadie se resigna a soportar de primera intención un perjuicio; siempre se piensa que es otro el causante del mismo, y que por tanto, a este otro corresponde cargar con las eventuales contingencias de dicho mal”¹³.

La idea del resarcimiento de los daños sufridos por las personas, ha permeado la vida en sociedad; al sufrir un menoscabo en sus bienes o en su integridad física o moral, los individuos quedan en una posición desventajosa en comparación con su estado anterior, de ahí que el deber de resarcir los daños surja como un elemento necesario para la vida en comunidad, pues la inconformidad de haber tenido que soportar un daño y las consecuencias que de este se desprenden, crean, en cabeza del sujeto perjudicado, la pretensión de ser puesto en las condiciones anteriores al daño.

¹² “No es casual que en el antiguo lenguaje anglosajón «Act of God» sea sinónimo de caso fortuito y de fuerza mayor. Cuando se sufre un daño que no resulta inmediatamente imputable (o acaso, aunque lo resulte), está en el presente la mano de Dios. Dios lo ha querido como vía para purgar los pecados de un réprobo o para poner a prueba el temple del alma de quien lo sufre, de donde resulta, por la misma razón, una gran capacidad de resignación”. DIEZ-PICAZO, Luis. *el derecho de daños*, p. 85.

¹³ PEIRANO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis, 1979. p. 5.

Se ve entonces a la responsabilidad como aquella obligación de responder ante la justicia por un daño, reparando obviamente las consecuencias de este mediante la indemnización a la víctima, restableciendo así el equilibrio roto.

Apareja también la responsabilidad civil un aspecto de castigo, sobre todo en tratándose de un daño moral, teniendo presente que este no es estimable en dinero, pero sí constituye una compensación.

De la idea de convivencia pacífica en comunidad, se desprende el mandato de no dañar al otro en su vida y bienes y si se llegare a causar un daño, procurar la reparación de este¹⁴, pensar lo contrario sería aceptar el rompimiento del orden social y la posibilidad ilimitada de causar daño y aparejado a ello, el deber de soportar los daños por quien no debía padecerlos.

Como consecuencia de la revolución industrial europea, del auge de las maquinas, del aumento y perfeccionamiento de los medios de transporte, de la elaboración de productos en masa, del creciente desarrollo del tráfico jurídico, la ocurrencia de daños siempre está presente en la vida en comunidad, es más, el desarrollo social e industrial y la presencia de daños van de la mano. Al decir del profesor Moreau, “el modelo de una sociedad que pretendiera estar totalmente conforme a las normas jurídicas sería aquel de las personas y colectividades que hubieran excluido toda clase de riesgo de sus relaciones, que hubieran dominado todos los peligros, que hubieran eliminado cosas o actividades peligrosas. Debemos sin embargo admitir que una tal sociedad pertenece a la República de la Utopía: en el corazón mismo de la vida jurídica reina el riesgo y en las relaciones sociales se

¹⁴ El deber de reparar surge, si entre el hecho y el daño existe una relación de causalidad y que el hecho pueda ser imputado a alguien, en palabras Ghersi: “los elementos estructurales básicos de la responsabilidad civil subjetiva son la ilicitud y la culpabilidad; obviamente, también requiere de un hecho humano —el daño— y que haya relación de causalidad”. GHERSI, Carlos. Teoría general de la reparación de daños. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. p. 5.

presentan riesgos irreductibles”¹⁵. Por lo tanto, como antes se anotó, la convivencia en sociedad y el avance tecnológico suponen riesgos. Esto significa, necesariamente, que las personas, están más expuestas que nunca a sufrir algún perjuicio, o bien a obrar siempre con algún grado de riesgo.

De la imposibilidad de evitar la ocurrencia de daños y la necesidad de su reparación, surge el instituto de la responsabilidad civil, como una institución necesaria para el desarrollo económico y social, pues la prohibición de actividades riesgosas dificultaría el desarrollo y avance de las sociedades, es por ello que, a través, de la responsabilidad civil, el ordenamiento jurídico, impone a toda persona el deber de reparar los daños causados en el desarrollo de sus actividades, bien sea en el seno de una relación contractual o por algún comportamiento activo u omisivo, así mismo, permite la realización de actividades potencialmente dañosas.

Este giro en la noción del instituto de la responsabilidad, deriva en la toma de conciencia por parte de los sujetos en que no deben soportar el daño como consecuencia del destino, sino que, a través de esta institución puede obtener la reparación del daño. De ahí que la atención de la responsabilidad civil se centre en la reparación del daño y no en la censura del comportamiento dañino.

Como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad civil va evolucionando, sobre todo durante el siglo XX y lo que va del siglo XXI, para poder hacer frente a los más diversos retos que se le plantean. Ese avance se ve reflejado en la equiparación de la acción y omisión como fuentes de responsabilidad, así como el reconocimiento del daño moral, que en un principio fue criticado, desde posiciones moralistas, las cuales argumentaban que es absurdo que se pudiera discutir ante los estrados judiciales el honor, los afectos más sagrados o los dolores más

¹⁵ MOREAU, Jacques. Les Choses dangereuses en droit administratif français. En: Travaux Henri Capitant. Paris, 1967. p. 256. Citado por, HENAO, Juan. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007, p. 27-28.

respetables¹⁶, así como en la aparición de nuevas pretensiones indemnizatorias¹⁷ y el reconocimiento de nuevos tipos de daños patrimoniales y morales por parte de la jurisprudencia¹⁸.

De igual forma se percibe una evolución en el valor que tiene la persona humana, superando la resignación religiosa reseñada en acápites anteriores, acompañada de una mayor solidaridad del resto de la humanidad frente a las desgracias, haciendo intolerable que un ser humano además de soportar el daño deba quedarse sin recursos, con la disculpa de que el autor no está identificado, es insolvente y otras excusas. Razón por la cual se han dejado atrás criterios como la llamada por varios autores *Moral Victoriana*¹⁹, donde se limita la reclamación de la indemnización a que el perjuicio sea sufrido por la persona que lo sufre o sus causahabientes.

En el entendido de que quien causa un daño por incurrir en actividades riesgosas pero socialmente útiles, debe responder de los daños que causa aunque no se demuestre su culpa (responsabilidad objetiva). Lo que sin duda permite el avance de la tecnología, en materias como la aviación, la navegación, el transporte terrestre, etc., pues la solución ante los riesgos no es eliminar o prohibir las actividades, sino por el contrario impulsarlas, así quienes derivado del ejercicio de

¹⁶ Diex-Picazo pág. 95

¹⁷ “El Consejo de Estado en alguna oportunidad debatió la responsabilidad del Estado con ocasión de la función legislativa. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 30 de julio de 1992, exp. 6897. C.P.: Daniel Suarez Hernández, y 24 de agosto de 1992, exp. 6754. C.P.: Carlos Betancourt”. PIALLET, Michael. *La Responsabilidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 33.

¹⁸ El reconocimiento del daño a la vida de relación por parte del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 6 de mayo de 1993, exp. 6897. C.P.: Uribe Acosta; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 13 de mayo de 2008, exp. 09327. M.P.: César Julio Valencia Copete.

¹⁹ Nota de Waline en el fallo del Consejo de Estado Francés, del 18 de noviembre de 1960, Savelli, Citado por HENAO, Juan. *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007, p. 89-92

estas actividades sufran daño, deben percibir una indemnización que es posible que no sea integral, pero que se justifica solo por la suma del bienestar que produce el desarrollo sostenible de estas actividades sumamente riesgosas para el resto de la sociedad.

Fundamentando este punto en la teoría utilitarista, derivada principalmente de las enseñanzas de Jeremías Benthan y Stuart Mill, para quienes la forma principal de maximizar el bienestar social agregado se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión. Para los utilitaristas el bienestar individual puede ser sacrificado cuando haciéndolo se produzca un bienestar más alto.

Ante el aumento de los peligros en el mundo actual, han surgido otros mecanismos a suplir los espacios donde la responsabilidad civil no era del todo eficiente. “La responsabilidad civil ha evolucionado desde 1804 de una manera constante hacia una mayor consideración de los intereses de la víctima. Este movimiento no acabó hasta ahora y la reparación todavía no está considerada como un derecho verdadero, sino simplemente como un deber para la persona que se hallaba en situación de impedir la realización del daño. El reconocimiento del derecho a la seguridad testimonia esta voluntad de reconocerle a la víctima un derecho fundamental a la indemnización de los perjuicios indebidamente causados por otro.”²⁰

En este orden de ideas se resalta la creación de *fondos de reparos*, que no pretende la eliminación o sustitución de la responsabilidad civil, sino complementarla, pues de ella se derivan grandes costos, pues pone en funcionamiento el aparato judicial, lo que implica abogados, peritos entre otros

²⁰ RADÉ, Cristophe, “Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile”, en Recueil Dalloz 1999, sec. Chroniques, p. 323

similares. En tanto que con los fondos públicos el acceso es directo a la indemnización, por aquellas personas que sufran daño.

Mientras la responsabilidad civil establece una relación de carácter bilateral entre la víctima, el daño y quien por imputación debe indemnizar el daño, reduciendo el asunto a dos personas. Los fondos públicos por su parte, no implican la imputación a una persona en particular, por lo que desaparece la bilateralidad y solo se tiene en cuenta a la víctima. Pero resulta importante en este estado hacer una distinción, pues existen países donde estos fondos públicos de reparación tienen la posibilidad de repetir contra el responsable del daño y otros que no contemplan este mecanismo de recuperación de fondos.

Se deduce de lo anterior que para la víctima no resulta necesario que el daño sea atribuible al Estado, quien a través de estos fondos asume el resarcimiento de los perjuicios. Pero existen limitaciones, pues la indemnización no es plena como la que se deduce de la responsabilidad civil, sino que resulta fraccionada o parcial en ciertos casos.

Es importante resaltar que estos fondos no son universales, es decir no abarcan todos los tipos de daño y situaciones existentes, pero son útiles en gran medida para realidades como el terrorismo, catástrofes naturales y ciertas enfermedades altamente infecciosas.

Por otra parte, filosóficamente, es posible fundamentar la existencia de la responsabilidad civil en la doctrina Kantiana²¹ del derecho (doctrine of Right) la cual está enfocada hacia el aspecto externo del ejercicio de la libertad y tiene como principio a la máxima actúa externamente de manera que el uso de tu libertad coexista con la libertad de todos en concordancia con una ley universal.

²¹ KANT, Immanuel. "Fundamentación para una Metafísica de las costumbres" (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten). Traducido por Manuel García Morente. Madrid. Ed. Encuentro. 2003., P. 23

Esto da sustento a la concepción de que ciertas obligaciones morales son también obligaciones legales cuyo cumplimiento puede ser obtenido mediante coacción.

Lo anterior puede ser visto en concordancia con la concepción de Aristóteles de justicia, la cual está basada en la igualdad absoluta de la dignidad de todos los hombres por el solo hecho de ser seres racionales libres. Siendo este filósofo el creador de las expresiones conmutativa o correctiva y distributiva a fin de designar a los dos tipos de justicia.

La justicia distributiva para Aristóteles tiene que ver con la interacción de los individuos y el Estado, y se basa en la sola condición de la persona como integrante de la comunidad, abarcando potencialmente a todos los individuos. En materia de daños esto tiene numerosas aplicaciones, por ejemplo la responsabilidad en el ejercicio de actividades riesgosas, de las cuales se ha hecho referencia en acápites anteriores, donde se responde independientemente de que se demuestre o no la culpa *responsabilidad objetiva*.

La justicia conmutativa o correctiva, en cambio tiene que ver con la interacción entre individuos, obviando la posición de estos frente a la sociedad, sus posición, condición económica o ejercicio de cargos de poder. Si una persona afecta o amenaza el patrimonio de otra a través de una acción, la segunda tiene derecho a un reclamo contra la otra. Al contrario del entendido de la distributiva, la justicia conmutativa se relaciona con un aspecto negativo que da derecho al individuo a que nadie interfiera en sus derechos. Este tipo de justicia corresponde claramente con la función compensatoria.

El punto donde ambas clases de justicia convergen al igual que en la teoría kantiana, referenciada antes, es que parten de la absoluta igualdad y libertad de los hombres. La igualdad, como la libertad es tenida como uno de los principios rectores del derecho privado.

La responsabilidad civil es un sistema que se basa en atribuir una obligación indemnizatoria a quien no ha actuado correctamente, ya sea por culpa o dolo o por ejercer una actividad especialmente peligrosa, que lo hace responsable por haber creado un riesgo extraordinario o incrementado un riesgo ya existente.

Pero sin duda alguna, la función cardinal de la responsabilidad cualquiera que sea su carácter es la de reparar el perjuicio, lograr el restablecimiento del equilibrio que ha sido alterado, pretendiendo llevar a la víctima o perjudicado a un estado más cercano al que tenía antes de la ocurrencia del daño.

2.2 Presupuestos teóricos de las acciones de Responsabilidad Civil

En la antigüedad si un individuo a causa de la acción de otro, percibía un perjuicio la reacción era la de retribuirle una ofensa o daño de la misma entidad o magnitud al producido (ley del Talión) se inspiraba un sentimiento de venganza.

Hoy, de la mano de la evolución de la humanidad, se han establecido una serie de requisitos que al confluir permiten endilgarle responsabilidad a una persona natural o jurídica, los cuales varían entre distintas legislaciones.

La obligación jurídica de reparar nace por un lado del incumplimiento contractual, conocida como responsabilidad contractual, supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas, en este orden de ideas, se deriva la indemnización de la culpa de una de las partes.

Y por otra parte del deber social de no dañar al otro, tenemos la llamada responsabilidad extracontractual, así pues el que ocasiona un daño por un hecho suyo con imprudencia va a tener que responder.

De las diferentes actividades desarrolladas por el Estado se puede derivar responsabilidad extracontractual, pues en cada una de estas, es posible causar perjuicios a los asociados, razón por la cual ordenamiento colombiano, en su Constitución política, consagró los términos de la responsabilidad del Estado, lo cual ha sido desarrollado por la jurisprudencia de las altas cortes de tal forma que de él se han derivado consecuencias jurídicas, para quienes en uso del poder estatal, sean funcionarios del Estado o particulares en cumplimiento de función pública, por acción u omisión provoquen daño a otro.

Para que el Estado, por intermedio de uno de sus representantes, resulte responsable, debe haber realizado una actuación que le sea imputable, la cual entre otras puede ser, un acto, una operación, un hecho, una vía de hecho o una omisión que provocan en uno o varios individuos una carga, que excede las que normalmente debe soportar cualquier otro individuo de la sociedad.

La Corte Constitucional, en sentencia C- 543 de 1992, expone lo siguiente:

(...)la natural consecuencia atribuida por el Derecho, en aplicación de criterios de justicia, a la comprobación del daño que se deriva de acción u omisión antijurídica, la cual no puede ser distinta del resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó, tal como dispone el artículo 90 de la Constitución.”²²

En cuanto a la responsabilidad contractual, la Corte Constitucional despliega esta conceptualización en procura de la salvaguarda de los intereses de quienes participen dentro de la contratación estatal.

²² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 543 de 1 de octubre de 1992, exp. 056 y 092(acumulados). M.P.: José Gregorio Hernández Galindo

“La consagración del principio de responsabilidad contractual, obedece a la necesaria articulación y armonía que debe existir para garantizar la efectividad y vigencia de los principios de transparencia, economía, de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato y de selección objetiva que igualmente se establecen en el estatuto contractual, así como a la necesidad de asegurar un equilibrio o balance entre la mayor autonomía y libertad de gestión contractual que se otorga a las entidades estatales, las potestades o privilegios que se les reconocen, y la finalidad de interés público o social a que debe apuntar la actividad contractual de dichas entidades, cual es la de procurarse la satisfacción de los objetos contractuales, (obras, bienes, servicios etc.), bajo una gestión signada por la eficiencia, la economía, la celeridad y la moralidad, en los términos del art. 209 de la C.P., que garantice no sólo los intereses de la administración sino de los contratistas que intervienen en la actividad contractual.”²³

Dentro de los diferentes tipos de responsabilidad, este estudio centra su atención en la responsabilidad administrativa, aquella que se predica de las personas jurídicas de derecho público o de personas naturales en cumplimiento de funciones públicas, las cuales poseen un régimen independiente, pero conserva un núcleo común con los demás tipos de responsabilidad. Pues existen condiciones comunes a los diferentes tipos de responsabilidad, que les son esenciales:

1. El daño
2. Factor de atribución o imputación legal de responsabilidad

Respecto al hecho de cuáles y cuántos son los elementos a estudiar para determinar la responsabilidad, Henao ha manifestado “(...) la manera como se debe estudiar la responsabilidad civil: primero se ha de estudiar el daño, luego la

²³ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 04 de 18 de enero de 1996, exp. 863. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

imputación y, finalmente la justificación del porqué se debe reparar, esto es el fundamento.

La consideración del daño como elemento estructural de la responsabilidad civil se ha expresado así:

“De suyo, que si el daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, su plena demostración recae en quien demanda, salvo las excepciones legal o convencionalmente establecidas, lo que traduce que, por regla general, el actor en asuntos de tal linaje, está obligado a acreditarlo, cualquiera sea su modalidad, de donde, en el supuesto señalado, era -y es- imperioso probar que el establecimiento producía utilidades, o estaba diseñado para producirlas en un determinado lapso de tiempo, sin que este último caso, pueda confundirse con el daño meramente eventual o hipotético, que desde ningún punto de vista es admisible”.²⁴

Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un 'título jurídico' distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la 'imputatio juris' además de la imputatio facti"

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 18 de diciembre de 2008, exp: 031. M.P.: Arturo Solarte Rodríguez.

El Consejo de Estado ha mantenido la siguiente posición respecto de los elementos necesarios para derivarle responsabilidad al Estado, basado en el artículo 90 de la Constitución política: "Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas."²⁵

Más adelante, en sentencia de 2010, el Consejo de Estado determina como "los elementos de la responsabilidad del Estado (...) el daño antijurídico, una conducta-activa u omisiva-desplegada por el ente público demandado y el nexo causal entre el primero y la segunda, sin los cuales no es posible declarar la responsabilidad del Estado y proceder así a condenarlo a indemnizar un daño, frente al cual no se hubiere acreditado relación alguna con éste."²⁶

Por su parte el Consejero de Estado, Doctor Gil Botero, presenta su aclaración a las consideraciones de la Sala, en la medida en que considera que los anteriores postulados contrarían los preceptos del artículo 90 de la constitución política, en tanto este estableció sólo dos elementos a saber, el daño antijurídico y la imputación del mismo a una autoridad.

Al respecto menciona en su aclaración de voto que: "Así las cosas, según la disposición lógico-normativa del artículo 90 de la Constitución Política, se tiene que establecida la presencia del daño, algo lo tuvo que originar como realidad, toda vez que no es un efecto incausado. Y en él se encuentra inmersa la causalidad, como parte o condición del efecto-DAÑO-."

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 6 de mayo de 1995, exp. 8118., C.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. febrero 4 de 2010 C.P.: Mauricio Fajardo Gómez

Se puede concluir entonces, que los elementos que preexisten a la declaración del responsabilidad para el Estado no están taxativamente establecidos, pues no se ha llegado a un consenso, no obstante lo anterior, a la hora de evaluar el caso concreto y dependiendo de la clase de responsabilidad que se pretenda derivar, ya sea contractual o extracontractual, el juzgador tendrá en cuenta en sentido amplio los elementos antes mencionados y otros más específicos.

En este trabajo, el análisis se circunscribe al primero de los enfoques mencionados, es decir, al daño en sí mismo, en cuanto a su existencia como elemento integrante de la responsabilidad civil, dejando a un lado los problemas que suscita la reparación integral del daño sufrido por la víctima.²⁷

Más en este punto realizaremos una referencia sucinta al nexo de causalidad, y a la imputación legal de la responsabilidad trayendo a colación lo dicho al respecto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, antes de entrar en el análisis del daño. Pues es necesario establecer cómo se llegó a la superación de la consideración del nexo causal en sentido naturalístico como elemento autónomo

Por un lado, la responsabilidad supone la existencia de una relación de causa y efecto entre el hecho dañino y el perjuicio, conocida como *nexo causal*, entendido de la siguiente manera, el hecho dañino es causa generadora y en consecuencia será reparado el perjuicio directo, porque solo éste está ligado al por el nexo causal al acto dañino imputado al responsable. Mas lo anterior supone una serie de dificultades, pues, las más de las veces el perjuicio es resultado de múltiples causas, por lo que le corresponde al administrador de justicia desentrañar el papel de cada uno y romper en algún momento la *cadena de causalidad*, porque de lo

²⁷ “el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 7 de julio de 2011. C.P.: Olga Melida Valle De La Hoz, reiterando lo expuesto por la sala en sentencias anteriores.

contrario se dilatará sin fin. Razón por la cual se han erigido teorías para determinar los criterios de la relación causal, como lo son la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada, entre otras.

La duda ante la existencia del nexo causal entre su actuar y el perjuicio, beneficia al demandado. En palabras del Consejo de Estado “este constituye un concepto estrictamente naturalísimo que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño”²⁸ y aquí es donde se pasa de considerarlo como un elemento autónomo y se convierte en un elemento estructurante del daño en sí mismo, o sea una condición de existencia; mientras que la imputación vincula las conductas y permite atribuirle una consecuencia a la acción u omisión de un sujeto.

La *imputación* hace referencia a que el hecho (acción u omisión) sea realmente atribuible al sujeto del que pretendemos reclamar el resarcimiento, es decir, aquel que buscamos hacer responsable de reparar el daño.²⁹

En este orden de ideas, surge de la imputación jurídica, para el juzgador la razón para endilgarle al sujeto la obligación de repararle a su congénere, un perjuicio causado por su actuar. Del artículo 90 se derivan entonces los diferentes regímenes de responsabilidad, según los cuales se hará la imputación.

Ahora bien continuando con el tema de la responsabilidad civil y dejando de lado los elementos que la determinan, establecido por la fuente de la que provenga, la responsabilidad civil se divide en: la responsabilidad contractual y la extracontractual. La primera por su parte determina la reparación de los perjuicios provenientes del incumplimiento, retraso en el incumplimiento, o cumplimiento

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 8 de noviembre de 2010, exp. 18499. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 13 de julio de 1993 C.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

imperfecto de las obligaciones pactadas en un contrato. Por lo tanto esta responsabilidad se deriva de la existencia previa de un contrato entre el autor de la conducta dañosa y la víctima, en palabras de los hermanos Mazeaud, “la responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando el contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio”³⁰

El segundo tipo de responsabilidad civil, es la extracontractual, aquella en la que el autor del daño y quien lo sufre, no tienen otro vínculo más que el daño en sí mismo, es decir, no tienen una relación preexistente y que en caso de tenerla, el daño que ha sufrido la víctima no proviene de esa relación sino de otro evento. El autor del daño entonces resulta obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre ellos, nuevamente se retoma lo dicho al respecto por los hermanos Mazeaud, para quienes en la responsabilidad extracontractual “no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad”.³¹

Sabido es ya, que el primer elemento a analizar para determinar si existe responsabilidad es el daño, pero también quedó claro que no es el único elemento y a lo largo de la evolución del concepto de responsabilidad hemos visto como los diferentes autores incluyen y excluyen elementos a la hora de decretar si existe o no la obligación en cabeza de un individuo de reparar a otro. Es así como la responsabilidad civil ha sido vista desde dos puntos de vista, esta clasificación es distinta a la referida en los párrafos anteriores.

³⁰ MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág.10

³¹ *Ibíd.*, p 116

Por una parte, diversas teorías han sostenido que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la conducta del autor del daño y no solo de la constatación de que existe un daño se puede derivar la obligación de reparar, es necesario entonces que el autor haya procedido con dolo o culpa. En el modelo del *Code Civil* la culpa era el centro del sistema y un factor de atribución casi exclusivo, lo cual con el tiempo, fue evidente que conllevaba diversas injusticias.

Los autores del Código Civil francés, formados dentro de la doctrina canónica, intentaron supeditar la responsabilidad civil a lo que era considerado por su sistema como *responsabilidad moral*, lo que tuvo como consecuencia principal colocar a la culpa en el centro del sistema de la responsabilidad civil. Entonces teniendo como punto de partida a la moral católica, y sus nociones del bien y del mal, se requiere para que proceda la reparación que medie culpa o dolo del responsable o autor del daño.

En sentido contrario a las teorías clásicas de la responsabilidad derivada de la culpa, se erigieron en plena revolución industrial, como ya ha sido mencionado, teorías de autores que motivados por los grandes cambios y avances de la época, invocaban como fundamento de la responsabilidad el hecho que producía el resultado dañoso, desechando el aspecto antes primordial, de si este había sido cometido con culpa o dolo. No resultaba entonces relevante, para derivar una obligación resarcitoria a un individuo, determinar si su motivación de actuar era dolosa o negligente. Para indemnizar el perjuicio solo era necesario demostrar la acción o la omisión y el nexo de causalidad entre ese actuar o esa omisión y el daño. Es posible concluir entonces, que esta concepción prescinde en absoluto de la conducta del sujeto. Esto liberaba a la víctima de la carga de probar la culpa o el dolo con que le fue producido el daño. Con lo cual se buscaban condiciones más justas y equitativas.

Más nacieron teorías, que se ubicaron en un plano intermedio, pues no desechaban del todo el concepto del actuar culposo o doloso del actor, pero si preveían condiciones más equitativas para las víctimas. Algunas de estas teorías ya han sido mencionadas en acápite anteriores, pero en tratándose de la ilustración de la responsabilidad objetiva, vale la pena traer a colación nuevamente, entre estas tenemos la *teoría del riesgo creado* según la cual se está obligado a reparar aquellos daños producidos en realización de una actividad propia y de la cual obtenemos control, pues se entiende que nuestra voluntad ha generado una situación riesgosa o ha aumentado una existente. Por su parte, la *teoría del riesgo provecho* es más específica en cuanto a la tutela que existe frente a los individuos que trabajan en provecho de otro, quien se lucra o beneficia de su labor, pues lo pone en obligación de indemnizarlos en caso de que sufran daño, sin que sea necesario probar la culpa o dolo de la acción que provocó el suceso.

De lo anterior es posible concluir respecto de la responsabilidad objetiva que, dentro del devenir normal de una sociedad existen riesgos, y todos los ciudadanos se encuentran en igualdad de condiciones frente a estos, pues se derivan de la vida en sociedad y por lo tanto se está dispuesto a asumir sus consecuencias aun cuando estas puedan resultar lesivas. Pero cuando el ejercicio de ciertas actividades eleva ese riesgo normal o crea una nueva situación excepcionalmente riesgosa, la balanza se inclina produciendo un desequilibrio, es allí cuando se genera la obligación de indemnizar o reparar a quien resulte dañado en estas condiciones, como una manera de inclinar nuevamente la balanza recuperando el equilibrio perdido, lo cual se logra mediante la exclusión de la valoración subjetiva de la conducta del agente ejecutor del daño, analizando únicamente la existencia de una relación causal entre el daño en la víctima y la conducta del agente para determinar si existe o no responsabilidad.

3 Capítulo II – El Daño: Conceptualización y Precisiones

3.1 Características del daño

Precisado el concepto de daño como elemento de la responsabilidad, corresponde examinar ahora las características que debe revestir un daño, es decir, los elementos necesarios para que él exista, pues no basta la sola inconformidad de un individuo con respecto a una situación para que se configure un daño indemnizable.

Para que surja la obligación a indemnizar el daño debe tener ciertas características, “acerca de este punto, la ley no reclama ningún requisito en particular, pero tanto el buen sentido cuanto la jurisprudencia y la doctrina, han elaborado una concepción de acuerdo a la cual se exigen en el daño algunas características especiales, tales como la de ser cierto y personal a la víctima”³².

Definido como *el menoscabo al patrimonio de un tercero*, al autor de ese menoscabo se le impone la obligación del resarcimiento que ha de restablecer el equilibrio, volviendo al individuo dañado a su estado anterior, en la medida de lo posible, o compensando aquello que no se pueda restituir.

Derivado del principio romano *alterum non laedere*, es posible entender como nuestro ordenamiento protege no al individuo que causa daño a otro, sino que por el contrario establece los lineamientos para que quien haya recibido el perjuicio derivado del daño, sea puesta en una situación lo más parecida posible a que tenía antes del suceso dañino. Esto lo podemos definir como tener responsabilidad por nuestros actos, pues estos pueden generarnos la obligación de responder. Esta obligación se despliega en dos direcciones, una sanción a quien infirió daño y reparación para quien fue dañado.

³² PEIRANO, Jorge. Op. cit. p. 362.

El daño es el primer elemento que se considera en un proceso de responsabilidad civil. Su estudio puede ser abordado, básicamente, desde dos ópticas: desde el primer enfoque, el daño se aborda como un elemento integrante de la responsabilidad civil, analizando su concepto, características, naturaleza, requisitos y formas; por otro lado, desde el segundo enfoque, no se estudia el daño considerado individualmente, sino la reparación de éste y todo lo que ello conlleva.

A pesar de la importancia que tiene el daño al interior del instituto de la responsabilidad, el código civil no tiene una definición expresa de daño. El artículo 2341 exige para que se configure la responsabilidad extracontractual la existencia de un daño, pero no dice en que debe consistir éste, ni las características que debe reunir. Por esta razón, la jurisprudencia y la doctrina han sido las encargadas de refinar la noción de daño.

Veamos, pues, algunas aproximaciones doctrinales al tema. Para el tratadista argentino Zannoni “el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”³³.

Para Tamayo Jaramillo el “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”.³⁴

Luis Díez-Picazo, por su parte, establece que el daño es “la destrucción los menoscabos ocurridos en los bienes materiales cuya propiedad o cualquier otro

³³ ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 1.

³⁴ TAMAYO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2007. p. 326 (Tomo II).

derecho real pertenezca a un determinado sujeto y que, por tanto, se encuentran en su patrimonio”.³⁵

Para Juan Carlos Henao, daño “es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”³⁶. De los anteriores planteamientos, podemos concluir que el daño es la alteración de una situación, que afecta negativamente el patrimonio de la víctima. Entendiendo por patrimonio todos los derechos del afectado, sean económicos o no.

Es visible, sin duda, que el daño es el presupuesto fundamental de la responsabilidad, pues sin él no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria, sin que exista perjuicio no hay responsabilidad civil.³⁷ Su sola existencia, no sustituye a los demás elementos que hemos enumerado, pero ante su ausencia, resulta inútil investigar si existen o no los restantes elementos de la responsabilidad.

En tratándose de la diferenciación que existe entre el concepto de daño y el concepto de perjuicio, tenemos que, son varios los autores que dan cuenta de su tratamiento en los diferentes ordenamientos jurídicos. Al respecto la autora Milagros Koteich, relata, que en el ordenamiento francés, y en parte de la doctrina actual, se designa como daño al *hecho a secas*, la perturbación de la realidad, mientras que el perjuicio constituye en sí la *consecuencia jurídica* que tiene dicha perturbación en el patrimonio del individuo, razón por la cual es el concepto indemnizable. Reafirma además, un hecho del que ya se ha hecho mención en acápite anteriores, con relación las diferentes concepciones que existen del daño, las cuales varían según el ordenamiento y dependerá de la tradición jurídica que le dio origen.

³⁵ DÍEZ-PICAZO. Luis. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999. p. 307.

³⁶ HENAO, Juan. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p.84.

³⁷ *Ibíd.* p.44

En ordenamiento francés, acogió una concepción del daño amplia, pues, como establece la autora antes mencionada, no se encuentra en su legislación axioma alguno que justifique la exclusión a priori de determinados perjuicios reparables. No se parte pues del principio según el cual “la vida en sociedad inexorablemente causa daños, los cuales cada uno debe asumir”³⁸, por lo que la conclusión necesaria es que toda persona que demuestre haber sufrido un mal causado por otro, puede, en calidad de principio, demandar su indemnización.

Continuando con la diferenciación entre daño como lesión sufrida, que es considerada en la persona u objeto sobre la cual recae esta lesión y el perjuicio como la continuación del daño, que como concepto jurídico engendra una afectación patrimonial o “inmaterial” de la persona u objeto sobre la cual recayó la acción.

Mas existen otros ordenamientos que no conciben esta distinción conceptual, entre daño y perjuicio, aportándose a una confusión peligrosa, al indemnizar el daño, como acción inicial modificadora de la realizada, es decir, la lesión al cuerpo u objeto en sí mismo, y no las consecuencias de esta como ya ha sido establecida.

Derivado del daño, acogiendo el entendido francés, se configuran diversos tipos de perjuicios, los primeros pueden ser directamente sobre el patrimonio del perjudicado, ya sea que el daño haya sido moral o material. Y este daño, sea cual sea su naturaleza afecta el patrimonio de dos maneras, una directa, consistente en la disminución de este, conocido como *daño emergente* y otra consistente en la perdida de una esperanza legitima de beneficio, llamada *lucro cesante*. Es frecuente que una acción dañosa por si misma ocasione al mismo tiempo ambas

³⁸ KOTEICH, Milagros. La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés. p 5

afectaciones al patrimonio, pero no necesariamente nacen concomitantemente, lo más común es que se configure y se logre probar el daño emergente, no siendo siempre sencillo probar el lucro cesante.

El avance de la humanidad en materia de derechos humanos, en esta materia se ha materializado en un aumento en la severidad y en las consecuencias, que tiene un atentado a la integridad de una persona en su cuerpo e integridad. Razón por la cual, la unidad corporal humana dañada, se bifurca en un variado número de perjuicios atendiendo a sus diferentes dimensiones, sexual, estética, afectiva, aspiraciones y deseos, entre otras.

En Francia por ejemplo, se ha llegado al punto, de otorgar a los familiares supérstites de una víctima, la potestad de obtener reparaciones, por el daño moral que ella ha sufrido, incluso en el caso que la muerte se haya producido de manera instantánea.

El capitalismo y su lógica de mercado, también han tenido una influencia marcada en el Estado actual de los perjuicios inmateriales, pues se han multiplicado los bienes, en tal razón hoy todo tiene un valor, un precio. Incluso la responsabilidad se ha convertido en un bien, alrededor del cual ha nacido y crecido el mundo de los seguros. Muchos son los autores que consideran que es el mercantilismo quien sustenta la ideología de la reparación de perjuicios y su vertiginosa evolución.

En tratándose análisis del carácter subjetivo que tiene la apreciación de los diferentes perjuicios morales, es perceptible la ayuda que recibe el derecho de la ciencia médica, pues de la valoración del Daño Corporal, se deriva en gran parte el fundamento judicial para reparar, es así que esta ha de estar en relación con la materia que se valora y la legislación que se aplicará, ya sea una lesión, una incapacidad, lesión por accidente de tráfico, etc. Esto es así porque hay distintos

criterios legales para las mismas lesiones o secuelas médicas y por lo tanto distintos baremos a aplicar según cada caso.

Los Baremos que son tablas de cuentas, en donde una persona realiza un número determinado de cálculos matemáticos de cierta naturaleza, los convierte en un formato tabular para facilitar la tarea de realizar esos cálculos al público en general o a un público específico, son esenciales a la hora de determinar el dolor sufrido por una persona que ha recibido una lesión y por lo tanto la entidad o gravedad de la misma. Los resultados de la valoración con los distintos *baremos* o *barèmes* por su nombre en francés, no se pueden equiparar de modo automático, pues los valores asignados para una misma secuela varían.

El problema existente respecto de la medición con *baremos*, como lo relata la Doctora Kotecih: “es que hoy existen tantos baremos para la determinación de la tasa de invalidez como regímenes de indemnización”³⁹ lo anterior se deriva en un problema de igualdad en las sentencias judiciales, pues los juzgadores, orientados por los criterios medico-científicos disimiles, no logran armonizan sus diferentes decisiones y en este orden de ideas, pueden en casos similares fallar con marcadas diferencias respecto de la cuantía concedida por concepto de indemnización.

Enlazamos el anterior, con una de las principales condiciones del daño, la necesidad de que el sujeto que alega sufrirlo, lo pruebe, pues si no lo hiciere, se hace imposible acceder a su petición de indemnización. Tiene entonces el demandante del resarcimiento la carga de la prueba del daño que ha padecido.

No obstante lo anterior, dentro del ordenamiento colombiano, los jueces se apoyan en ciertas presunciones, para aliviar la carga probatoria del demandante, cuando por su condición esta le resulta excesiva, más en tratándose de responsabilidad

³⁹ KOTEICH. Op. Cit., p. 184

del Estado, el Consejo de Estado ha manifestado que "decir daño antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó"⁴⁰ es decir, que en materia de responsabilidad del Estado, sigue existiendo la exigencia para el demandante de probar el que el daño que ha sufrido por la acción u omisión de la administración, fue producto de una conducta irregular de esta, salvo en los casos en los que expresamente se le releve de esta carga.

En los regímenes objetivos, el Estado compromete su responsabilidad, sin necesidad de que medie elemento subjetivo es decir la culpa o falla del servicio, ya sea presunta o probada. En este entendido, el juzgador sólo debe verificar la concurrencia de dos elementos, el hecho, que puede ser la acción u omisión de la administración y el daño, unidos ambos, por la relación de causalidad., dentro de la anterior consideración se encuentran, el *daño especial*, *riesgo excepcional*, y la *privación injusta de libertad*, entre otros taxativamente establecidos por el legislador.

Ahora bien, luego de determinar la proporción del daño sufrido por la víctima, surge el concepto establecido por la Corte Constitucional y citado por el autor Henao, de preservación del equilibrio en la medida en que "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite."⁴¹

⁴⁰ Esta corporación hace alusión a la procedencia de la acción de repetición contra los funcionarios de la administración que provoquen daño por conductas dolosas o gravemente culposas. En caso de que la administración resulte vencida en juicio: "la obligación de resarcir los perjuicios se impone a la entidad y no al funcionario; pero a la entidad se le reconoce el derecho de repetir lo pagado contra el funcionario. Ello es así, porque la responsabilidad por el daño antijurídico es del Estado y no propiamente de su agente; lo que sucede es que la conducta de éste gravemente culposa o dolosa, determinante del daño, tiene como consecuencia el que la entidad pueda repetir lo pagado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 12 de abril de 2000, exp. 2585. C.P.: Antonio Barrera Carbonell.

⁴¹ Corte Constitucional, 20 de mayo de 1993, exp.038. M.P. Antonio Barrera Carbonell

Y resulta sustentable lo anterior en el hecho de que en nuestro ordenamiento no contempla la posibilidad de un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima, como si lo permite el derecho anglosajón, según la comparación hecha por el autor antes citado. El fundamento del plus concedido en la jurisprudencia americana a ciertas víctimas, deviene de los agravantes imputados al victimario, y permanece como un castigo ejemplarizante a quien con su errada conducta asentó un daño a otro, viéndose como una advertencia para quienes tengan intenciones de comportarse igual.

Es importante en este estado de las cosas aclarar, que lo anterior es distinto de a lo reconocido en virtud del perjuicio moral. Entonces, luego de haberse reparado a la víctima en una proporción igual a la de su daño, es decir, haberla dejado indemne, se le impone al victimario la carga de darle algo más, como castigo por su conducta maliciosa o imprudente, mientras que en nuestros ordenamientos latinos, este plus se purga por intermedio del sistema penal, cumpliéndose la dimensión ejemplarizante de la reparación del daño.

Resultante de lo anterior tenemos que la mayor diferencia que existe en el aspecto estudiado, entre los ordenamientos anglosajón y colombiano, es que en el primero el desborde en la compensación a la víctima, es decir, el plus impuesto en la sanción económica, como carga al responsable y a favor de la víctima, se proyecta en palabras del profesor Henaó así: “se pretende como política pública utilizar la sanción económica al responsable para que ella sirva de reguladora de la conducta social.”⁴² Mientras que en el ordenamiento colombiano, la medida del resarcimiento es directamente proporcional a la del daño realmente sufrido y probado por la víctima, por lo que no es posible alterar el equilibrio concediéndole a la víctima más de lo que le corresponde, dejándola entonces dentro de la

⁴² HENAO, Op.cit., p 47

medida de lo posible, en un estado igual a aquel en que se encontraba antes de sufrir el menoscabo.

Continuando con el análisis, respecto del tópico tratado en estos últimos párrafos, nos adherimos a la posición del Doctor Henao, en cuanto a los peligros que para la sociedad representa el daño punitivo, rescatamos en este punto la diferenciación que existe en Colombia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, porque cierto es que la ausencia de límites en la tasación del resarcimiento genera una inseguridad jurídica, en la medida en que cuando se está indemnizando, el mismo daño actúa como demarcación de la reparación, mientras que en el derecho anglosajón se puede llegar al punto “al igual que ocurre con la pena de muerte, a su equivalente patrimonial: la pena económica irredimible, esto es, aquella cuyo deudor no tendrá jamás la posibilidad de satisfacer.”⁴³

Actualmente existen daños punitivos en Quebec, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte, Escocia y Estados Unidos, país donde el instituto tuvo expansión más notable, entre otros. Estos son reconocidos a título distinto de la indemnización del daño causado, lo cual en nuestra opinión puede tener una finalidad preventiva y sancionatoria, pero queda demostrado que su naturaleza es accesorio, pues no se contempla legislativamente una acción autónoma para reclamar daños punitivos, siempre debe determinarse en el proceso principal una acción para lograr la indemnización común de daños y perjuicios y poner en consideración del juez las especiales circunstancias que dan lugar a su reconocimiento.

⁴³ *Ibíd.*, p.49

Llega en este punto, el momento de expresarnos sobre el daño en su naturaleza antijurídica, este concepto no tiene una definición constitucional⁴⁴, por lo que se ha dejado la libertad a la jurisprudencia para que lo desarrolle, sobre lo anterior el Consejo de Estado ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar"⁴⁵

Resulta entonces que "el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa. No se trata de saber si hubo o no una falla en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un "daño antijurídico", es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar."⁴⁶ Desde este punto de vista, el artículo 90 de la constitución se convierte en una salvaguarda a los individuos frente al funcionamiento Estado, pues este les supone unos riesgos, que en algunos casos implica el soporte de una carga desequilibrada, pero que les da la posibilidad de reclamar del Estado el resarcimiento del perjuicio sufrido por este daño antijurídico.

La Corte Constitucional ha entendido que la concepción de daño antijurídico expuesta en el acápite anterior, funge como fundamento del deber de reparación del Estado frente a sus asociados y que "armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde

⁴⁴ El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado. Corte Constitucional, Sala Plena Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996, exp. 1111. M.P.: Alejandro Martínez caballero.

⁴⁵ Consejo de Estado, 13 de julio de 1993., Loc. cit

⁴⁶ Corte Constitucional, Sala Plena Sentencia C-043 de 27 de enero de 2004 exp. 4695. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración.”⁴⁷

Ahora bien, “La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.” Es decir, el concepto de daño antijurídico se mantiene constante, “La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo los mandatos de buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos; en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio (...); la culpa personal en nexo con el servicio, (...); la igualdad de las personas ante la Ley; el riesgo excepcional establecido; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia. (...)”⁴⁸

En este orden de ideas, el artículo 90 consagra la responsabilidad directa y principal del Estado, la responsabilidad correlativa de los funcionarios y la extensión del contenido del daño, constituyéndose como:

“un instrumento puramente estático que, en sí mismo considerado, no tiene otro propósito que apuntalar lapidariamente la formulación normativa de los derechos fundamentales vinculados a la integridad de la vida, honra y los bienes de las persona (...) la eficacia real de los postulados del precepto constitucional en cuestión no está en sus propias manos, sino en las herramientas exógenas cuya

⁴⁷ Corte Constitucional C-333 de 1996 Loc cit.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-038 de 1 de febrero de 2006, exp. 5839. M.P.: Humberto Sierra Porto.

estructuración se delegó en el legislado (...) el artículo 90 de la Carta no es más que una declaración.”⁴⁹

Se fundamentan entonces, en este precepto legal, las fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, que comprenden; la falla del servicio, expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra, el daño especial, el riesgo excepcional, el enriquecimiento injusto, la función legislativa y la función jurisdiccional, es así en la medida en que en última instancia el verdadero y auténtico fundamento de la responsabilidad patrimonial, descansa en el deber que tiene el Estado de proteger y garantizar la efectividad de los derechos que se reconocen a los administrados, los cuales no pueden ser vulnerados por daños que lesionen su patrimonio y que alteren la igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas; efectos estos que los hace antijurídicos en sí mismos.⁵⁰ Con lo anterior queda delimitado el sistema de responsabilidad estatal en Colombia.

3.2 Carácter cierto

El primer elemento que debe presentar el daño para configurarse como elemento de la responsabilidad civil, según la doctrina y la jurisprudencia, es el de ser cierto. Se considera cierto el perjuicio que es real y efectivo y no meramente contingente o hipotético. Si la existencia del perjuicio no pasa de ser una mera especulación, no habrá lugar a indemnización alguna, pues no habría que reparar y por simple sustracción de materia solo quedaría la no declaratoria de responsabilidad, es decir, si el hecho reputado como daño, no aparece como cierto, y está basado en conjeturas y suposiciones, no dará lugar a indemnización, ya que solo el daño cierto y no el contingente, crea en cabeza de un individuo el derecho a ser reparado integralmente.

⁴⁹ ESGUERRA, Juan Carlos. La protección constitucional del Ciudadano. Bogotá: Legis. 2004. P. 310

⁵⁰ Cfr. TAMAYO, Op. cit. p. 134

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha dejado sentado que para que un daño sea indemnizable, debe ser cierto, es decir, debe ser “no un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio”⁵¹.

El criterio esencial, según la teoría de la diferencia, para determinar la certeza de un daño en un caso concreto, “resulta de apreciar que de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo”⁵².

Es necesario precisar que un daño es cierto a pesar que su cuantificación sea incierta, indeterminada o de difícil apreciación, de tal suerte, que basta el convencimiento que se tenga sobre la existencia del daño para declarar su ocurrencia sin necesidad de que este sea de determinada entidad, si se llegase a aceptar lo contrario, se llegaría al absurdo de reconocer la existencia de un daño, pero por no estar debidamente cuantificado no se podría indemnizar, cosa que es contraria a todas luces con el estado actual del instituto de la responsabilidad civil y con el principio *pro damnato* o *favor victimae*. De tal suerte que si se llegare a probar la certeza del daño, pero no su cuantificación exacta, el juez puede, en virtud del artículo 16 de la ley 446 de 1998, valorar los daños atendiendo los principios de reparación integral y equidad con observancia de los criterios técnicos actuariales, en consecuencia, el juez deberá condenar *ex aequo et bono*.

El ordenamiento jurídico no se ocupa de imponer una cierta entidad al daño, para que este pueda ser considerado como cierto, bastando, por ende, para que se configure como elemento de la responsabilidad civil, que exista, sin importar su cuantía. Por lo tanto, el monto del daño, es simplemente un elemento de juicio

⁵¹ HENAO, Juan. Op. cit. p. 129.

⁵² PEIRANO, Jorge. Op. cit. p. 363.

para el demandante, con el cual puede determinar la conveniencia o no de interponer una demanda por responsabilidad.

Otro aspecto importante a tratar es la temporalidad del daño cierto, este puede ser: pasado, presente o futuro. Los dos primeros no suponen mayor esfuerzo intelectual, pues no son más que la constatación de un cumulo de situaciones existentes, de tal suerte que en la doctrina y en la jurisprudencia no suscita mayor discusión la indemnización de estos, otra es la situación del daño futuro pues la certeza del daño se pone en entredicho. Lo anterior, no quiere decir que el daño futuro no puede ser indemnizado, es solo que requiere mayor cuidado su prueba, pues si se llegase a demostrar la certeza de dicho daño, se debe indemnizar. Esta situación es un reflejo de la relación que existe entre la noción de cierto y actual, y la noción de eventual y futuro.

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia abordan el estudio de la certeza del daño, teniendo en cuenta, básicamente, el momento de ocurrencia del daño, bien sea anterior al pronunciamiento judicial, o bien, posterior al mismo⁵³, la primera forma de acercarse al estudio ha recibido el nombre de perjuicio consolidado, la segunda el nombre de perjuicio no consolidado.

El perjuicio consolidado y el no consolidado, son las dos caras de la moneda, pues, tanto en el primero como en el segundo, se hace referencia a un daño, solo que el primero hace referencia al perjuicio que se haya consolidado al momento en que el juez deba pronunciarse y el segundo al que, si bien es un daño cierto, no se encuentra consolidado en dicho momento⁵⁴, otros autores, utilizan la noción de

⁵³ Cfr. MARTÍNEZ, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 3 ed. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1986. p. 128; PEIRANO, Jorge. Op. cit. p. 366 y HENAO, Juan. Op. cit. p. 123.

⁵⁴ Cfr. HENAO, Juan. Op. cit. p. 132 y ss.

daño pasado y presente, para referirse a los perjuicios consolidados, y daño futuro para referirse a los perjuicios no consolidados⁵⁵.

3.2.1 Perjuicio consolidado

La primera forma en que se aborda el problema de la certeza de un daño en el pronunciamiento judicial, recae sobre el perjuicio consolidado, esto es, sobre los perjuicios pasados y presentes al momento de decidir.

Las consideraciones sobre el perjuicio consolidado recaen sobre hechos pasados o presentes, y no son más que la constatación por parte del juez de una realidad ya vivida, es la comprobación de un perjuicio ya materializado, desde este punto de vista, la noción de perjuicio consolidado coincide con la de cierto, pues su constatación no supone mayor esfuerzo.

Al decir del profesor Ortiz, en estos casos:

“el establecimiento de la certeza de los (daños) no presenta mayores problemas, lo que es normal, pues se trata de estudiar y atrapar una realidad fácilmente aprehensible. En estos casos, el juez tiene que estudiar daños que ya están cristalizados, consolidados o exteriorizados (...) y, por tanto, su constatación, que prácticamente trae consigo el establecimiento de su carácter cierto, es fácil a realizar”⁵⁶.

Como ejemplo de lo anterior tenemos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan tenido que hacer con ocasión de la ocurrencia del daño, por ejemplo: la hospitalización, el pago de personal necesario por la incapacidad de la víctima,

⁵⁵ Cfr. MARTÍNEZ, Gilberto. Op. cit. p. 128 y PEIRANO, Jorge. Op. cit. p. 366

⁵⁶ ORTIZ, Luis. El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la administración pública. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1995. p. 69. Citado por HENAO, Juan. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 132.

bien sea para su cuidado o para que lo reemplacen en algunos asuntos, los salarios dejados de percibir a causa de la hospitalización.

El perjuicio consolidado sería en todo caso un perjuicio pasado, no importando que consista en un daño emergente o en un lucro cesante. Si bien el lucro cesante al ser una privación de ganancia, se refiere al perjuicio que se realiza luego del hecho dañino, y por lo tanto futuro en relación a este. Cosa muy distinta ocurre con el perjuicio que, al momento de fallar el juez, no ha proyectado sus consecuencias dañosas, aun cuando su existencia sea cierta, en este evento se estaría en presencia de un perjuicio no consolidado.

3.2.2 Perjuicio no consolidado

El profesor Henao, sugiere que el estudio del perjuicio no consolidado se agrupe en dos hipótesis, por un lado, la calificación de la certeza del daño, por parte del juez, se hará con base en una situación existente, y por el otro, “la calificación ha de hacerse a partir de una situación que no es real en el momento de la calificación”⁵⁷.

Comenzaremos diciendo que en la hipótesis en que el juez califica con base en una situación existente, éste no entra a calificar la probabilidad de la ocurrencia del hecho, pues esta existe, el análisis del juez se centra en juzgar la probabilidad que tiene de extenderse en el tiempo esa situación existente. De este modo, se tendrá como cierto el perjuicio cuando la situación sobre la cual el juez va a pronunciarse le permite inferir que se extenderá hacia el futuro, caso contrario, se tendrá como eventual, cuando la situación no existe o no se presentará después.

⁵⁷ HENAO, Juan. Op. cit. p. 136.

Llegados a este punto, se puede decir que la certeza recae sobre la existencia del perjuicio, pero lo que no es claro es la prolongación que este tenga en el futuro, pues, sobra decir, que sobre el alea nadie tiene control, pero el juez tomando en cuenta la regla de la experiencia, el sentido común y la ley de las probabilidades puede inferir que la situación se prolongará en el tiempo. Si bien la distinción entre un perjuicio futuro y cierto y uno eventual, no viene dada por el ordenamiento jurídico y no existe certeza acerca de su prolongación, esto no implica que la decisión del juez sea arbitraria.

En la segunda hipótesis el juez tiene que decidir sobre la existencia del perjuicio con base en realidades supuestas al momento en que debe calificar la certeza. Básicamente, el juez tiene que pronunciarse sobre situaciones, que de no llegar a configurarse el hecho dañino, se hubiesen presentado según el demandante, de tal suerte, que el juez con base en situaciones anteriores debe entrar a decidir si esos hechos se hubiesen presentado en ausencia del hecho dañino.

El planteamiento de la segunda hipótesis sería el caso de una pérdida de chance u oportunidad de obtener un beneficio, sobre este punto cabe aclarar, que se pierde es la oportunidad y no el beneficio, es decir, se priva a la víctima de poder intervenir para obtener el beneficio, dicha pérdida debe ser cierta.

En un primer momento es posible afirmar que no hay lugar a indemnización alguna, dado que el daño no es cierto, puesto que no hay certeza en absoluto de que la víctima hubiera obtenido el beneficio deseado de haber podido aprovechar la oportunidad perdida.

El clásico ejemplo de esta situación es la del transportador que incumple la obligación de entregar oportunamente un caballo, que iba a participar en una carrera y además tenía posibilidades de ganar. De esta manera, la privación de poder competir es un daño, pues la posibilidad cierta que tenía de participar se le impidió. Otras hipótesis serían, la pérdida de un empleo, o de un ascenso, así

como la de obtener un contrato, igualmente la imposibilidad de obtener curación de una enfermedad, entre otros.

De todo lo anterior, se tiene que el daño para que tenga la calidad de indemnizable debe ser cierto y no meramente eventual o hipotético, no importando que sea pasado, presente o futuro, ni el monto de su cuantía. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no prescinde totalmente del daño eventual, pues abre la posibilidad a los individuos que temen la ocurrencia de un daño que acudan a un juez a fin de que éste ordene a la persona que pueda ocasionar un daño, que tome las medidas necesarias para hacer desaparecer dicha amenaza, sería el caso de las acciones populares.

3.3 Carácter personal

Para que haya lugar a indemnización el perjuicio que se dice haber sufrido debe ser personal. Ello quiere decir que solo la víctima del daño o sus herederos pueden reclamar su reparación, pues no se podría indemnizar a alguien que no ha sufrido perjuicio alguno.

Este carácter se configura cuando el demandante, es decir, quien reclama, relaciona el daño padecido con los derechos que posee sobre el bien afectado del cual es titular, para lo cual deberá demostrar que su derecho fue afectado por el daño que ha sido causado. Además de la disminución sufrida por aquel que era titular directo del interés afectado se ven perturbadas otras personas

Dentro de las definiciones de daño que se dieron en acápite anteriores, a todas era común un elemento de hecho, la alteración negativa de un estado de cosas (atentado), y un elemento jurídico los bienes patrimoniales y no materiales de la víctima (derecho). La legitimación se desprende precisamente de ese derecho,

pues según la apreciación bien sea amplia o restrictiva de la protección que el ordenamiento jurídico le dé a ese derecho, así será la legitimación para reclamar.

Las implicaciones prácticas de esto, se ven traducidas en que no toda persona que haya sido afectada en su patrimonio, pueda reclamar indemnización, pues, como veremos, en algún momento se exigía que para que se configurara un daño, la lesión debía recaer sobre un bien o una facultad protegida expresamente por el ordenamiento jurídico.

Desde este punto de vista, tenemos que, por un lado, derechos como la integridad física, la propiedad, la libertad, son derechos protegidos expresamente por el ordenamiento jurídico y por otro lado tenemos la lesión a algunos de estos bienes, estos dos elementos conforman el daño, según la hipótesis bajo revisión. De esta manera, si una persona es herida o afectada en su propiedad, o bien es aprisionada, sufre una lesión de sus derechos y está legitimada para pedir indemnización. En el caso de que la persona fallezca, su cónyuge o sus herederos están en capacidad de pedir indemnización, pues sufren un perjuicio, pues pierden la ayuda proveniente de la obligación alimentaria que el fallecido tenía que cumplir. Hasta el momento, no hay mayor inconveniente, pero ¿Qué sucede con la concubina, cuando su pareja muere?, ¿tendría derecho a ser indemnizada? La respuesta obvia, bajo los supuestos de la hipótesis en estudio, sería negativa, pues el concubinato no genera derechos, ni obligaciones recíprocas, y al no estar protegida esa situación por el ordenamiento jurídico, no habría lugar a indemnización.

Por otro lado, la concepción amplia de los bienes patrimoniales y no materiales, parte de la base de considerar el daño, como una afectación a un simple interés de la víctima. De este modo, “tanto daño sufre el alimentario que a causa de la muerte del alimentante queda privado de los socorros que este le daba en virtud del mandato de la ley, como quien los recibía por un acto voluntario del

alimentante”⁵⁸, pues tanto uno como otro sufren la pérdida de una ayuda, de un beneficio.

Visto así el daño, éste sería el simple menoscabo de un interés ajeno, no importando que el ordenamiento jurídico lo proteja. Con el simple hecho de que esté en el patrimonio del ofendido, basta para que se configure el daño. Cabe aclarar que el interés no puede ir en contra del ordenamiento jurídico. La lesión de un interés que da origen a la responsabilidad civil, bien puede no estar expresamente protegido dicho interés pero no puede ser ilícito o ilegal.

El daño como lesión a un interés encuentra sustento en las disposiciones del Código Civil, el cual exige simplemente la existencia de un daño, sin entrar, en ningún momento, a exigir que ese daño sea antijurídico a efectos de poder configurarse como elemento de la responsabilidad civil.

Con respecto, al carácter personal del daño, el Consejo de Estado ha establecido lo siguiente: “La acción para reclamar perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de sucesión”⁵⁹ lo anterior, con relación al artículo 86 del C.C.A., referente a la Acción de Reparación Directa.

Lo que significa que no se establece una distinción entre los legitimados directos o por nombre propio y los legitimados en calidad de herederos, cuando estos últimos actúan en calidad de víctimas, lo anterior para hacer una distinción entre el carácter personal del daño y la legitimación por activa, y como conclusión el perjuicio puede ser sufrido por cualquier persona, siempre que se encuentre al amparado de una actividad lícita.

⁵⁸ PEIRANO, Jorge. Op. cit. p. 359.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 5 Septiembre de 1996. exp. 10.573. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

4 Capítulo III – El perjuicio a la Vida de Relación

4.1 I. Los Perjuicios inmateriales

A lo largo de la historia, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido e instaurado los diferentes rubros, logrando una organización de los diferentes tipos de perjuicios, en dos grandes grupos, los materiales y los no materiales, estos últimos han sido reducidos no pocas veces al concepto de daño moral. Pero orientado por la doctrina francesa el Doctor Henao⁶⁰, manifiesta que esta es una clasificación que incurre en yerros, pues el perjuicio moral viene a ser parte integrante del grupo de los no pecuniarios, donde la jurisprudencia colombiana ha hecho parte también al perjuicio a la vida de relación, objeto de esta investigación. Pero continúa el autor, mencionando que la clasificación en patrimoniales y extrapatrimoniales, además de errada, resulta inútil, en la medida en que el daño solo puede afectar el patrimonio, nunca resultaría conculcado un bien por fuera de esta universalidad.

La tendencia general ha ido identificando al daño material con la lesión a un interés patrimonial, ubicando en el lado opuesto al daño no material, donde no existe una afectación al provecho que el individuo obtiene de un bien de carácter patrimonial, sino que lesiona los aspectos intangibles del ser, en sus diferentes dimensiones, como veremos a continuación.

Más, constantemente los doctrinantes confunden al daño moral como punto de referencia para señalar la existencia de los perjuicios inmateriales, esto es, como el género de dichos perjuicios, desconociendo así, la existencia de otras especies de este tipo de perjuicios, como lo son el perjuicio fisiológico, a la vida de relación, el perjuicio estético, entre otros.

⁶⁰ HENAO, Op. cit., p. 191

Razones estás que sustentan que acojamos e impulsemos la propuesta que realiza el Doctor Henao al respecto:

“Es así como se propone borrar del lenguaje doctrinario y jurisprudencial la clasificación entre daños patrimoniales y extramatrimoniales, y conservar la misma idea, enunciada de manera diferente: daños materiales y daños inmateriales. Sólo de esta forma se garantiza que uno de los extremos de la clasificación, la de daños patrimoniales, no expresa la totalidad de los rubros del daño.”⁶¹

Para entrar de lleno en la materia de la clasificación de los perjuicios inmateriales, haremos primero una mención sucinta de lo que se entiende por perjuicios materiales y los rubros que lo integran, en este orden de ideas, entendemos estos se refieren a una afectación directa de bienes o intereses de naturaleza económica que son susceptibles de valoración, es decir que se les puede mediar o avaluar monetariamente.

Comprende esta clasificación, en primer lugar el *daño emergente*, que hace referencia, según el Doctor Tamayo, al momento en que “un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima”⁶² podemos decir entonces, que corresponde a las erogaciones presentes y futuras que el perjudicado realiza o realizará con ocasión del daño.

Y por ultimo al *lucro cesante*, que “(...) aparece cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingreso ni ingresará en el patrimonio de la víctima”⁶³ al respecto ha dicho el Consejo de Estado “El

⁶¹ HENAO, Op. cit. p. 193

⁶² TAMAYO, Op. cit. p.117

⁶³ TAMAYO, Op. cit. p.117

lucro cesante corresponde a la ganancia frustrada, a los intereses no recibidos o a la utilidad esperada y no obtenida”⁶⁴.

Ahora si, en cuanto a la apreciación de los perjuicios inmateriales, iniciamos con una recapitulación de lo que fue el nacimiento de este perjuicio en Roma donde se da cuenta por primera vez de la existencia del perjuicio moral, pero se hacen salvedades en cuanto a su resarcimiento.

En este ordenamiento jurídico se consideraban dos tipos de delitos que en sí, reconocían el nacimiento de la obligación resarcitoria, el *crimina* o delito de carácter público, el cual se tipifica al vulnerarse un interés de carácter público o colectivo del que se deriva una respuesta de naturaleza social y colectiva, con castigos fuertes, como la muerte, el destierro o el pago de altas multa. Otro tipo de delito se consideraba, aquél que no afectaba derechos o intereses de carácter colectivo y entonces era considerado de carácter privado, este es el *delicta* o *maleficia* consistía en conductas de carácter antijurídico que al afectar un interés personal, privado o particular, legitimaban al afectado o víctima a buscar el necesario y suficiente castigo del delincuente.

De las reflexiones del Digesto⁶⁵, percibimos que fueron consideraciones de tipo ético y jurídico las que fundamentaron el reconocimiento de la existencia del daño moral, más no su resarcibilidad, pues aunque una lesión física pueda deformar no es posible una valoración económica. Frente a la afirmación *cicatricum autem deformitatis nulla fit aestimatio*⁶⁶ analizamos que en la reparación de estos daños,

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 20 marzo de 1990. exp. 5759. C.P.: Gustavo de Greiff.

⁶⁵ JUSTINIANO, Cuerpo del Derecho Civil Romano, Traducción y compilación, Idefonso García del Corral.

⁶⁶ Digesto, Ad Edictum provinciale, 6; 9, 3, 7. " Quum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt; praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id,

el juzgador, reconoce las erogaciones que se hicieron con ocasión de la lesión, como son médicos, curaciones y la cesación de la productividad del perjudicado, pero no se hace estima el valor de las cicatrices o de la deformidad porque “el cuerpo de un libre es inestimable.”⁶⁷ Aparecen en este sentido, pasajes que contienen la posibilidad de indemnización de las diferentes consecuencias patrimoniales que se generan a raíz de un daño físico, es decir, las ganancias dejadas de obtener a causa de una lesión, no así los daños inferidos en el cuerpo mismo, ya que se consideraba a éste como no avaluable en dinero.

Tenemos además que, sumado a la forma primitiva de reparación que para la época, consistía en la vida misma del trasgresor, se permitía, la posibilidad de llegar a un acuerdo de tipo indemnizatorio consistente en que cada parte voluntariamente compendría el agravio acorde a su capacidad.

Avanzando en la historia, llegamos al punto en el que el ordenamiento francés logra, deslindar los conceptos de solución pública y privada a la ocurrencia de un daño. Y así, gracias a la dualidad heredada del derecho romano, se logró la construcción de la teoría de la acción penal y de la acción *reipersecutoria* según la cual, la represión de las infracciones está en cabeza del Estado, quien ostenta la acción penal mientras que la reparación de los daños es asunto de interés exclusivo de los particulares. Sobre el particular, retomamos lo dicho anteriormente, sobre la existencia en algunos países de corte anglosajón como Quebec, Australia, Nueva Zelanda, del *daño punitivo*, donde a ciertas víctimas, se les concede un plus indemnizatorio más allá del daño efectivamente reconocido. Partiendo de la responsabilidad civil, se impone una sanción eminentemente pública, con una función social, de carácter sancionatorio y ejemplarizante. Castigo por su conducta maliciosa o imprudente.

quod inutilis factus esto Cicatricum autem, aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.”

⁶⁷ Digesto, Op. cit.

El ordenamiento colombiano, haciendo gala de la herencia francesa, marcada por la influencia del código de Napoleón sobre el trabajo legislativo de Don Andrés Bello, mantuvo un claro lineamiento en la consagración de los preceptos normativos de los daños materiales o patrimoniales. En materia de perjuicios materiales, hizo una consagración legal⁶⁸ expresa, como ya hemos resaltado al inicio de este numeral

En 1920 en la jurisprudencia colombiana, se reconoce por primera vez de manera expresa la existencia de un nuevo rubro indemnizable (el perjuicio moral), como muestra de un gran avance dentro del ámbito jurídico. Los hechos de la demanda en este asunto, dan cuenta de que el demandante solicitaba que se condenara a la Ciudad de Bogotá a devolverle los restos mortales de su esposa, los cuales, sin autorización suya habían sido exhumados y depositados en una fosa común. Y que como consecuencia de lo anterior se le repararan los perjuicios a él ocasionados. El alto tribunal se pronunció al respecto en los siguientes términos:

“Tanto puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente. En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el sólo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa, que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.”⁶⁹

⁶⁸ En los artículos 1613 a 1617 se consagra expresamente la indemnización de perjuicios patrimoniales comprendiendo daño emergente y lucro cesante.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 21 de Julio de 1922. Gaceta Judicial, Tomo XXIX No. 1515 M.P.:Tancredo Nannetti.

Para la Corte, en ese momento, en la mayoría de los casos, en los que se presentara simultáneamente un perjuicio material y un perjuicio moral, la reparación que se hiciera por razón del daño material, comprendería a su vez, la reparación por daño moral. La única forma de considerarlo de manera autónoma era que el perjuicio moral fuese consecuencia exclusiva del daño, es decir, en el evento en el cual sólo se estuviera en presencia de ese perjuicio en particular.

La Corte en su momento decidió que el mejor procedimiento para determinar la reparación del daño moral era por medio del dictamen pericial. A los peritos se les proporcionaron los criterios que debían tener en cuenta a la hora de sugerir la reparación del daño moral. Resalta la incorporación la pericia de estos para llegar a la determinación de la cuantía:

“Los expertos nombrados por la Corte han sorteado de modo inteligente el escollo de la indeterminación de la cuantía, que es uno de los más serios reparos que se le hacen a la indemnización de los perjuicios morales, por la falta de unidad de medida para su apreciación. Ellos han buscado una reparación que pueda reemplazar de alguna manera el bien perdido para el deudo que fue lastimado en sus más íntimos afectos por el acto imputable a negligencia o descuido de los empleados de la entidad demanda.”⁷⁰

Hasta 1941, cuando consideró que “el justiprecio del dolor ajeno no es materia de ninguna de las ciencias ni artes que pueden ser objeto de la especialización intelectual de los hombres”⁷¹ y decide por tanto dejar de lado el dictamen pericial para la valoración del daño moral, estableciendo como criterio el arbitrio judicial, como instrumento para cuantificar la compensación económica por el daño moral.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 22 de agosto de 1924. Gaceta judicial T XXI. M.P. Tancredo Nannetti.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de negocios generales. 20 de junio de 1941. Gaceta judicial T. XLI. P. 293. M.P.: Hernán Salamanca.

A lo largo de esta narración, vemos el progreso que ha presentado el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en palabras del Doctor Henao, “para que procediera su indemnización se ha requerido una evolución histórica que ha tenido dos etapas, En la primera, el reconocimiento mismo del daño inmaterial en su versión de daño moral y, en segunda, la ampliación de los rubros que expresan aquel.”⁷² Existe un argumento que aún hoy en día se mantiene vigente, con relación a la reparación de los daños morales, este consiste en identificar el resarcimiento de rubro como una compensación más no como una restitución, como ocurre en los perjuicios materiales, basándose en el precepto de que “las lágrimas no se monedean”.

Así, quien ha sido víctima o perjudicado por un daño y ha sufrido un perjuicio moral, puede “hacer más llevadera la pena y sufrir en las mejores condiciones posibles la alteración emocional producida, y permitir así que cese o se aminore el daño ocasionado.”⁷³ Cumpliendo el dinero en este caso una función puramente satisfactoria, en tratándose de un perjuicio no patrimonial.

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha reconocido que en el caso de muerte de dos o más seres queridos el perjuicio moral adquiere una magnitud mayor a la normal siendo más intenso para el perjudicado lo que necesariamente aumenta en monto de la reparación.

En su momento y al respecto manifestó el Alto Tribunal Administrativo:

“Encuentra la Sala que en el caso se presenta la particularidad de que la madre y hermanas de los señores Reinoso Castañeda sufren por las muertes de ellos un solo dolor, pero la intensidad es mayor debido a la muerte de dos hijos y de dos hermanos, respectivamente. Pero la intensidad

⁷² HENAO, Op. cit. p. 232

⁷³ HENAO, Op. cit. p. 231

no puede decirse que es matemática pues la experiencia humana enseña que el hombre tiene capacidad de asumir dolores de pérdida de afecto y que sólo en estados comprobados de enfermedad grave o de debilidad manifiesta, que no fueron probados exhaustivamente, no los puede soportar.”⁷⁴

Progresivamente la jurisprudencia ha ido manifestando que el perjuicio no patrimonial, puede materializarse en una ofensa a la honra o a la dignidad personal, causar dolor o molestia física o psicológica, permitiendo así la posibilidad del reconocimiento de otros daños extrapatrimoniales diferentes al moral.⁷⁵

En sentir del mismo autor, dicha sentencia “sentó las premisas suficientes y necesarias para estructurar toda una teoría de los perjuicios extrapatrimoniales (...) expresamente el fallo acepta la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales, todos ellos indemnizables, uno de los cuales es el denominado perjuicio moral subjetivo o de afección.”⁷⁶

Por otra parte y esbozando el tema de la clasificación de las lesiones, el Consejo de Estado ha establecido un orden según su intensidad, de tal forma, se distinguen en la Jurisprudencia de ésta Corporación, lesiones de carácter leve y de carácter grave para el reconocimiento del perjuicio moral:

“Tratándose de lesiones físicas ha diferenciado, en materia probatoria, las graves de las leves. En el primer caso, lesiones graves, ha sostenido: - respecto a la víctima, que con la demostración del daño antijurídico por lesión grave tiene derecho a la indemnización de perjuicio moral. - en lo que atañe con las víctimas indirectas - en este caso, compañeros e hijos - tienen derecho a la indemnización del perjuicio causado por lesión grave de su

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 11 de noviembre de 2002. exp. 13818. C.P.: María Elena Giraldo.

⁷⁵ TAMAYO. Tomo II, Op. Cit. p. 486.

⁷⁶ TAMAYO. Tomo II, Op. Cit. p. 125.

pariente siempre y cuando demuestren, en primer término, la lesión grave y, en segundo lugar, el parentesco. La jurisprudencia infiere de estos dos hechos, demostrados plenamente, que los actores padecieron dolor moral. En el segundo caso, es decir indemnización por perjuicios morales ocasionados por lesiones “leves”, deben distinguirse las siguientes situaciones: - para la víctima directa: una vez prueba el daño antijurídico por lesión leve, es claro, que tiene derecho a la indemnización por perjuicio moral; es de la naturaleza de los seres humanos que cuando sufren directamente el impacto de una lesión física así sea leve, quien la soporta padece con ella; pero - para las víctima indirectas - como en este caso damnificado – es necesario demostrar la lesión leve, el vínculo de afecto (que se es damnificado) y además que aquella lesión les produjo dolor moral; en este tipo de lesión, la jurisprudencia no infiere padecimiento moral de los dos hechos primeramente mencionados. Como en este caso se demostraron los supuestos de hecho relativos a la procedencia de indemnización de perjuicios morales por lesiones físicas graves de parientes etc. habrá lugar a condenar a indemnizarlos.⁷⁷

Por otra parte, el perjuicio moral por la muerte de un pariente próximo se presume y que tal presunción judicial admite prueba en contrario. En 1993 se adicionó un elemento nuevo y es que el grado de parentesco indicaba o servía para presumir una intensidad diferente en el daño moral. A menor grado de parentesco, dice la Corte, menor el daño moral en su intensidad, y en consecuencia su reparación económica:

“Los jueces al regular los perjuicios deben tener presente, que cuando el perjuicio pueda ser de grado inferior por cualquier causa, como cuando es menos estrecho el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, la

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 18 de Octubre de 2002. exp: 11984. C.P.: María Elena Giraldo,

suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor.⁷⁸

Estando en manejo de las lesiones corporales, en este punto haremos una referencia breve al *perjuicio estético*, pues nuestro máximo Tribunal Contencioso Administrativo, considera que dentro del rubro conocido como perjuicio moral, se encuentra esta modalidad de daño, ubicado como una subclasificación dentro de los daños no patrimoniales reconocidos por la jurisprudencia nacional, somos del criterio de que este perjuicio integra una de las partidas resarcitorias ligadas al daño corporal, en el sentido de que, reconocida la imposibilidad de una reparación por equivalencia, se habla de una compensación económica. Sólo de esta forma puede neutralizarse jurídicamente el daño que comporta, evitando que se mantenga el desequilibrio. Al respecto el Doctor Saavedra señala que: “este tipo de perjuicio tiene su origen en Francia en donde a mediados de la década de los setenta empezó a manifestarse como tal.”⁷⁹

Usualmente, nuestra jurisprudencia administrativa reconoce este perjuicio en caso de cicatrices visibles, mutilaciones, deformaciones, entre otras lesiones, derivadas de la ocurrencia del hecho dañino. En tanto que afecta el autoestima y las relaciones sociales del individuo, al parecer del Consejo de Estado:

“El denominado *pretium pulchritudinis* o precio de belleza viene a compensar el perjuicio estético que resulta del atentado infringido a la armonía física de la víctima. Entonces la pérdida de la integridad corporal da a lugar a la reparación independientemente de los daños materiales que se haya podido causar. Así mismo el perjuicio estético *stricto sensu* como una cicatriz en el rostro es suficiente para dar lugar al nacimiento de una acción de reparación, pero dicho perjuicio es puramente moral, aunque puede tener

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 09 de agosto de 1993. Exp. 3750. M.P. Carlos Esteban Jaramillo S.

⁷⁹ SAAVEDRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1ª reimpresión 2003. p 644.

repercusiones patrimoniales si la víctima fuere rechazada de su trabajo o no pudiere ejercer una actividad en razón de dicho defecto”.⁸⁰

Para finalizar, resaltamos con fundamento en lo dicho por el Doctor Henao, que el resarcimiento de los perjuicios morales, se aplica prevalentemente para las lesiones corporales y fallecimiento de familiares, pero: “puede también concebirse en situaciones que atenten contra la reputación de una persona. Cuando la dignidad humana es afectada, el juez no duda en ver el perjuicio moral.”⁸¹ Es decir, que en el ordenamiento colombiano, “en igual sentido se indemnizan los daños morales sufridos por una detención o acusación injustificadas”⁸² o “por un acto administrativo de destitución”⁸³, entre otros, pues el campo de acción de este perjuicio, es mucho más amplio que las meras lesiones corporales.

4.2 II. Diferencia entre perjuicio moral y el perjuicio a la vida de relación

Consideramos al perjuicio *a la vida de relación* un rubro relativamente nuevo, si tenemos en cuenta que desde la década de los 40`s, el perjuicio moral era calificado como el único integrante del daño no patrimonial.

A lo largo de la evolución jurisprudencial, ha sido evidente que no hay consenso, pues persisten las diferencias conceptuales, frente a la denominación del daño, su cuantía, como debe ser probado, entre otras cosas. Retomamos lo dicho en la parte introductoria de esta labor, recordando que fue hacia el año de 1993, cuando el Consejo de Estado introdujo el concepto de “perjuicio fisiológico” como sinónimo de “daño a la vida de relación” a la nascente tipología del perjuicio

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 25 de mayo de 2000. exp: 12550. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁸¹ HENAO. Op. cit. p. 241

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 12 de diciembre de 1996. exp: 10299. C.P.: Betancur Jaramillo.

⁸³ HENAO. Op. cit. p. 243

inmaterial, admitiendo en la ya citada sentencia del 6 de Mayo de ese año, un nuevo perjuicio además del moral de características inmateriales.

Con el reconocimiento de este nuevo perjuicio, no se pretendía reparar el dolor causado por el hecho dañino, sino la pérdida de la facultad de llevar a cabo actividades que proporcionan a la víctima un placer, así se pronuncia el Alto Tribunal al respecto:

“La Sala encuentra de total recibo el planteamiento anterior, en un momento de la vida nacional en que los atentados contra la existencia y dignidad de la persona humana se han generalizado, unas veces por la acción de la delincuencia, y otras como resultado del enfrentamiento de las fuerzas del orden con las del desorden. Es lamentable que niños, jóvenes, hombres maduros que tengan que culminar su existencia privados de la alegría de vivir porque perdieron sus ojos, sus piernas, se sus brazos, o la capacidad de procreación por la intolerancia de los demás hombres.

A quienes sufren esas pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de preocuparse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña que el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel satisfactorio (Mazeaud y Tunc). Así, el que ha perdido su capacidad de locomoción, debe tener la posibilidad de desplazarse en una cómoda silla de ruedas y ayudado por otra persona; a quien perdió su capacidad de practicar deporte, debe procurársela un sustituto que le haga agradable la vida (equipo de música, libros, proyector de películas, etc.). (...)Al logro de este renacimiento, de esta especie de resurrección del hombre, abatido por los males del cuerpo, y también por los daños que atacan el espíritu, se orienta "la indemnización del Daño Fisiológico o a la vida de relación".

De la figura objeto de este análisis, podemos decir que, la consagración que ha hecho el Consejo de Estado tiene sus orígenes en la jurisprudencia

francesa; en donde se le denomina como *préjudice d'agrément* en el cual la jurisprudencia de este país ha identificado como la solución cuando por causa del daño, se genera la imposibilidad de practicar un deporte o un pasatiempo favorito, y demás actividades consideradas placenteras. También se le conoce como *perjuicio de agrado*⁸⁴, tiene como punto de inicio la lesión física a la víctima, lesión que le impedirá gozar de sus actividades placenteras. Se trata pues de un daño físico que priva a la víctima de los placeres de vivir.

Como se puede observar, el Consejo de Estado equipara los conceptos de “perjuicio fisiológico” y “daño a la vida de relación”, lo que generó una confusión frente a su ubicación dentro de las categorías de daños, puesto que se consideró en sentencia de julio de 1997, que no correspondía a un perjuicio autónomo, sino que tenía la doble condición de ser material, en su modalidad de lucro cesante y de daño moral, como compensación al dolor intenso que contempla la pérdida del disfrute de la vida.

Mientras que en otro sentido, la Corte Suprema a lo largo de su jurisprudencia ha empleado variedad de descripciones y definiciones del daño moral. Así por ejemplo en 1991 lo definió como: “el deterioro en patrimonio moral por el daño ocasionado en los derechos como el de la personalidad, derecho a la vida, cuerpo, salud, etc., de sí mismo o de un familiar.”⁸⁵ En otras ocasiones esta misma corporación lo describe como la normal consecuencia de un dolor psíquico o físico.

La Corte Suprema de justicia en sentencia del año 2008 en la que reconoce la existencia del daño a la vida de relación como autónomo del daño moral, con el fin de intentar una unificación de la jurisprudencia con el Consejo de Estado, la Corte

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1991 septiembre 09.G.J.T. CCXII, No. 2451.

relacionó las características del daño a la vida de relación que determinan su identidad y autonomía de otros daños así:

- “a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado;
- b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho;”

Este mismo criterio de aceptación del daño a la vida de relación como autónomo del daño moral fue reiterado el 20 de enero de 2009 en el que se reitera la jurisprudencia antes citada. Así se expresó la Corte Suprema en la sentencia de 2009:

“La Corte a tono con los postulados constitucionales vigentes y con la realidad jurídica y social, retomó el tema del —daño a la vida de relación, en el fallo emitido el 13 de mayo de 2008 -Exp. No.1997 09327 01-, en el que reparó tanto en la doctrina foránea como en la jurisprudencia patria para concluir que es de completo recibo en nuestro ordenamiento como una especie de daño extrapatrimonial, incluso precisó que era distinto al de índole moral -también inmaterial-; y, por tanto, su protección se impone en los casos en que esté cabalmente acreditado.”

Entonces, no siempre que una persona haya padecido una perturbación orgánica, funcional o estética, forzosamente sufre una alteración en las condiciones de existencia, por el contrario, es menester que efectivamente se haya consolidado dicha perturbación; y que esta persona a su vez pruebe en debida forma el daño, es decir, la persona debe alcanzar a percibir la falencia o imposibilidad de desarrollar ciertas actividades, y debe estar en capacidad de probarlo dentro del proceso, pues si lo que padeció fue una afectación física que en nada le impidió o incomodó el normal desarrollo de sus actividades cotidianas, y el disfrute de su

vida, no le asiste interés alguno para solicitar indemnización por concepto del perjuicio estudiado.

Concluimos al respecto, que equiparar los conceptos de perjuicio fisiológico y perjuicio a la vida de relación, constituye un desacierto, en tanto que a nuestro parecer, el primero comprende una lesión de carácter corporal que genera una disfunción orgánica, es decir que es alusivo a la alteración fisiológica del perjudicado. Mientras que el perjuicio a la vida de relación comprende una alteración del goce de la vida el cual, no siempre se deriva de menoscabo anatómico, como los antes señalados.

4.3 IV. El perjuicio a la vida de relación en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Durante muchos años la jurisprudencia administrativa colombiana sostuvo que el daño inmaterial únicamente estaba conformado por el daño moral, pues la tendencia consistía en indemnizar los perjuicios morales en su más amplio sentido. Es decir, aún no se había visto reflejada en la jurisprudencia la clasificación que de antaño la doctrina venía desarrollando respecto a los perjuicios inmateriales.; pero tal situación cambiaría de manera notoria en los años noventa del siglo anterior.

Sólo hacia el año de 1993 el Consejo de Estado colombiano expresaría claramente que el perjuicio moral no es el único perjuicio inmaterial indemnizable, y que por el contrario también tiene lugar indemnizado el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, el cual debe distinguirse, en forma clara, del daño material, en su modalidad de daño emergente y de lucro cesante y también de los perjuicios morales subjetivos. Pues, *“mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte (...) no solo las angustias y*

*depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente”*⁸⁶ A partir de la sentencia proferida el 6 de mayo de 1993, el Alto Tribunal no sólo reconoce la diversa tipología de la categoría de perjuicios mencionada, sino que a su vez da por sentado la paridad o equivalencia entre perjuicio fisiológico y perjuicio en la vida de relación, tomando en aquella ocasión, la definición desarrollada por el profesor Javier Tamayo Jaramillo, la cual establece que dicho perjuicio estaba referido a la *“pérdida de la posibilidad de realizar (...) otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”*.

Este gran avance jurisprudencial encuentra sustento, a juicio del Consejo de Estado, en el propio artículo 90 de la Carta Política, que establece que Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; y en el principio de reparación integral, en el sentido de que la filosofía que inspira dicho artículo enseña que la interpretaciones que se realicen de dicha norma debe tender a ampliar el ámbito de la responsabilidad en vez de restringirla.

Esta posición sería reiterada sin objeción alguna en fallos posteriores en los que manifiesto que la aplicación del daño fisiológico lo constituye, entre otros, el del daño físico sobre la persona, por ejemplo cuando éstas quedan inválidas⁸⁷ y pierde la oportunidad en el goce de la vida.

Posteriormente en un claro esfuerzo de depuración conceptual, el Consejo de Estado, en sentencia adiada 25 de septiembre de 1997, precisó, con más claridad, el alcance del concepto mencionado, manifestado que es una impropiedad hacer alusión al daño fisiológico, pues lo que en Colombia como tal se entiende, es

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., 6 de mayo de 1993. exp. 7428. C.P. Uribe Acosta, actor: John Jairo Meneses Mejía y otros.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 2 de septiembre de 1994, exp. 9704, C.P. Montes Hernández.

equivalente a lo que en el derecho francés es conocido como perjuicio de placer (*prejudice d'agrément*), *loss of amenity of the life* (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano. Y que el daño fisiológico en realidad hace alusión a deficiencias orgánicas o fisiológicas.

En dicha oportunidad se manifestó lo siguiente:

2. *“La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la “privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada” y los “problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida”. El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer.*

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.).

3. *El perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (*pretium doloris* o *Schmerzugeld*) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 del C.C.).”⁸⁸*

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 25 de septiembre de 1997. exp.10.421. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Sin embargo, a pesar de la iniciativa del Consejo de Estado por clarificar las dimensiones de este tipo de perjuicio, con posterioridad continuaría incurriendo en las mismas imprecisiones teóricas criticadas. Tal como se observa en la sentencia del 18 de octubre del 2008 , donde en desarrollo de un proceso de reparación directa en el cual un particular víctima de un accidente ocasionado por un vehículo oficial demanda al Estado, solicitando la indemnización por los daños materiales y fisiológicos padecidos; pero el Tribunal de primera instancia condena a la entidad demandada a pagar perjuicios materiales y daños en la vida de relación, y la Sala Contencioso Administrativa resuelve la alzada confirmando dicha decisión argumentando que:

“Se infiere de lo expuesto que no se dio la incongruencia entre lo pedido en la demanda: reparación del perjuicio fisiológico, y lo concedido por el a quo: indemnización por el perjuicio causado a la vida de relación, como lo afirma el recurrente, pues se trata del mismo concepto.

De todas manera, aunque se hubiera condonado al pago del perjuicio a la vida de relación, no existiría incongruencia en el fallo porque, como se señaló antes, se trata del mismo concepto.”⁸⁹

Incluso, ello también ocurre al final de la providencia del 25 de septiembre de 1997, cuando la Sección Tercera equipara una vez más las expresiones “perjuicio fisiológico” y perjuicio de placer, donde se expresa, al descender a la situación concreta por decidir:

“...en el presente caso puede hablarse de la existencia del perjuicio fisiológico, ya que se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida afectó el

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. exp. 10.421. C.P.: Alier Hernández Henríquez.

desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo”. (Subrayas fuera del texto).

Aspecto que paradójicamente fue objeto de análisis por el propio Tribunal, en la sentencia del 19 de julio de 2001, con ponencia del magistrado Alier Hernández Henríquez, expediente 13086. Providencia en la cual nuevamente se da un cambio jurisprudencial sobre la materia, y se establece que es un craso error identificar al daño fisiológico con el daño en la vida en relación. Puesto que este último representa un concepto mucho más amplio.

“Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral – es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.”⁹⁰

En este punto tendríamos entonces, que para el Consejo de Estado los conceptos de perjuicio fisiológico, perjuicio en la vida de relación y perjuicio del placer, son distintos y totalmente escindibles. Que por una parte el perjuicio fisiológico encuentra su origen en una perturbación orgánica, a diferencia del de la en la vida de relación que es una afectación que puede surgir de diferentes situaciones, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal pudiendo 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

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de julio de 2001. exp. 13086. C.P. Ariel Hernández Henríquez.

del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona, o un sufrimiento muy intenso 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, e incluso, no es descabellada 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”*⁹¹. Y por finalmente, el perjuicio del placer o de agrado, se limita a aquellos casos en que surge una imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, por lo que el perjuicio en la vida de relación vendría a ser más amplio habida cuenta que no todas las actividades que, como consecuencia del daño causado se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras

Otro aspecto importante al que hace acotación también la sentencia recientemente citada tiene que ver con que el daño en la vida en relación puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. De este modo en muchos casos, resulta 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 ésta muere. Verbigracia, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles. Circunstancia que *per se* marca una notable diferencia entre dicho perjuicio patrimonial y el daño fisiológico, puesto que al referirse éste último

⁹¹ *Ibidem*.

a alteraciones fisiológica solamente afectan de manera directa al agente perjudicado con el hecho dañoso.

Finalmente, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo adoptó la denominación de “alteración a las condiciones de existencia”, para efectos de indemnizar no sólo los daños ocasionados a la integridad física y/o psíquica, sino cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes a los señalados, o lo que es lo mismo decir, aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras, denominación que había sido previamente descartada en la sentencia recientemente citada. Ello sucede desde la sentencia del 15 de agosto de 2007, en donde con ponencia del consejero Mauricio Fajardo Gómez se expresó que:

“A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que “rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”.

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política.

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

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

“Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que “para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastrocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”

“Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados troubles dans les conditions d’existence pueden entenderse como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos” o “las modificaciones

aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”

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

“En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario.” (Negritillas del texto original)

Esta extensa pero importante cita jurisprudencial da cuenta de un importante cambio sustancial, pues el Consejo de Estado si bien en un inicio reconoció que los cambios en las condiciones de existencia obedecían a supuestos distintos a los perjuicios en la vida de relación, actualmente manifiesta que éstos últimos se ven inmerso en aquellos. Ahora, este cambio de denominación no obedece única y llanamente a la simple transformación de la designación para este tipo de perjuicios extrapatrimoniales, sino que ésta se explica en el esfuerzo desempeñado por el máximo tribunal de la justicia contencioso administrativa en Colombia, de avanzar en un concepto que permita atender las presupuestos de la reparación integral de los perjuicios que han sufrido las víctimas, que con gran énfasis en se ha empezado a estudiar y aplicar a partir de lo ordenado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998; dado que la nueva noción recoge no sólo los daños causados en la integridad psicofísica del ser humano (perjuicio fisiológico), o las limitaciones que se puedan producir con el

mundo exterior (daño a la vida de relación), sino, además, todos los cambios bruscos y relevantes en las condiciones de existencia de una persona. No obstante, este fallo ha dado origen a un importante debate doctrinal que se ha desarrollado en el seno mismo de la institución, pues a pesar de que dicha posición ha sido ratificada en muchas decisiones⁹², existen ciertos consejeros que disiente de tal determinación.

Es así como en la importante sentencia del 7 de febrero de 2010, expediente 38382, actor: Angélica del Castillo y otros, con ponencia de Enrique Gil Botero, el Consejo de Estado ratificó dicha posición; pero en ese mismo momento dos importantes consejeros y reconocidos tratadistas, entre los cuales se encontraba el ponente, aclararon su voto al respecto. En dicha oportunidad Jaime Orlando Santofimio Gamboa manifestó que:

“El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el daño a la vida de relación adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de alteración a las condiciones de existencia, circunstancia que es a todas luces incorrecta. En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su

⁹² Al respecto pueden observarse las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.: 11 de abril de 2011. exp. 20480. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, actor: Alba Jaramillo de Libreros y otros; 24 de marzo de 2011. exp. 19032. C.P. Mauricio Fajardo. Actor: Melida Isabel Narváez y otros; 8 de julio de 2009. exp. 17960. C.P. Enrique Gil Botero. actor: Ana Graciela León Balaguera y otros; etc.

resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima (...)

Como se desprende de los anteriores pronunciamientos, la línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto –daño evento– (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación). Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia –entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material –es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables. En consecuencia, esa naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc. No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado que se creen problemas en la cuantificación y en la naturaleza óptica del daño, ya que el actual contenido y alcance de los mismos en el ámbito nacional, se presta para valoraciones equívocas, lo que en determinados eventos puede dar lugar a inequidades como por ejemplo el haber decretado una grave alteración a las condiciones de existencia cuando el daño consistió en la pérdida de un testículo sin que esa precisa circunstancia afectara la esfera interna del sujeto, ni mucho menos la externa, ya que la posibilidad de procreación se mantiene intacta al igual que la capacidad de interrelacionarse sexualmente, motivo por el que, en esas circunstancias especiales, el daño a reconocerse, sin anfibología alguna,

*sería el daño a la salud en la medida que supone una afectación a la integridad psicofísica del sujeto.*⁹³

Similares argumentos también fueron presentados por Enrique Gil Botero en su aclaración de voto, pero enfatizando en el hecho de que la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia como perjuicio resarcible es una figura jurídica obsoleta en el plano internacional; pues países como Italia a través de su jurisprudencia han decantado el tema de la independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en dichos Estados, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros).

A su vez se señala en la aclaración de voto, que el error ha estribado un trastocamiento en la sistematización del perjuicio inmaterial diferente al moral, ello a partir de una confusión que se generó con la asimilación entre el daño biológico, fisiológico o a la salud con el *préjudice d'agrément* (daño de placer o de agrado), reconocido en el derecho francés, relacionado con la pérdida del placer o del disfrute que, en ocasiones, se deriva de la producción de un determinado daño, al no poder realizar las actividades (deportes, trabajos, hobbies, etc.) a las que estaba acostumbrado el sujeto. Situación frente a la cual Gil Botero plantea que:

“se debería adoptar el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la

⁹³ Aclaración de voto de la sentencia del 7 de febrero de 2010, expediente 38382, actor: Angélica del Castillo y otros, con ponencia de Enrique Gil Botero.

*compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, el trastocamiento del derecho a la salud del individuo. **Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), se podrán reclamar los siguientes tipos de perjuicios** – siempre que estén acreditados en el proceso –: i) los materiales o patrimoniales de daño emergente y lucro cesante, y los inmateriales o no patrimoniales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal.”⁹⁴*

Sin embargo, como corolario de lo anterior concluye que no resulta de ningún modo pertinente suprimir la categoría del daño moral, a pesar de lo anfibológico que su nominación ha resultado para la práctica judicial, puesto que está encaminado, a compensar económicamente la aflicción espiritual que se origina con un daño, mientras que el daño a la salud va dirigido a resarcir la *modificación de la armonía psicofísica de la persona, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos.*⁹⁵ Propuesta que en últimas busca una innovadora reestructuración de la tipología de los perjuicios.

Asimismo, se señala, que en aquellos eventos en los cuales el daño no provenga de la lesión psicofísica del sujeto (casos minoritarios), sería oportuno que la jurisprudencia contencioso administrativa avanzara hacia una indemnización de los bienes, derechos o intereses legítimos que tengan un reconocimiento y protección constitucional, de manera autónoma e independiente, sin arribar el extremo de reconducirlos a su unificación en una única categoría (v.gr. como la de daño existencial o daño a la vida de relación), sino que sean

⁹⁴ *Ibídem.*

⁹⁵ *Ibídem.*

analizados, valorados y cuantificados en cuanto a su dimensión (v.gr. el daño al buen nombre, a la honra o al honor), por cuanto constituyen daños indemnizables en sí mismos. Lo anterior, máxime si los conceptos de daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, dada su ambivalencia, ambigüedad y conceptualización equívoca, generan varios problemas en la definición y tasación de los perjuicios que dicen comprender o abarcar⁹⁶.

En efecto, si llegara a establecerse un criterio diferente al explicado tal vez éste permitiría afirmar que el desplazamiento forzado, por sí mismo, no genera indemnización y reparación integral del daño, salvo en aquellas ocasiones que la persona demandante logre acreditar de manera plena, que padeció una consecuencia económica o material a causa esa diáspora a la que se vio conminada por grupos al margen de la ley o por el Estado. En consecuencia, desde este supuesto, una persona víctima del desplazamiento que no se viera afectado económicamente por las consecuencias del mismo, no sería beneficiario de la indemnización, conclusión que desde mi punto de vista de los consejeros contradictores de la posición vigentes, es inaceptable.

El anterior ejemplo extraído de la experiencia, ilustra lo que Gil Botero y Santofimio Gamboa pretenden poner a consideración a través de esta postura, esto es, la necesidad de que se repare el perjuicio en atención a la lesión de bienes jurídicos, más no a la consecuencia externa, física, o material que acarrea el daño. En otros palabras, el juez debe indemnizar a través de un criterio que permita reparar todas aquellas lesiones o trasgresiones con que se vea afectada la persona o el sujeto, de manera autónoma e independiente, sin que sea válido exigir, previa la reparación del daño, la verificación consecuenencial de los efectos que produce el mismo en el mundo exterior (que puede ser un perjuicio interior pero que se traduzca o refleje exteriormente), para luego ser indemnizado mediante la

⁹⁶ *Ibidem*.

aplicación de un concepto genérico que pretende englobar todos los bienes jurídicos de los cuales es titular la persona humana.⁹⁷

Por otra parte, existen ciertas características que ya sea a título de daño en la vida de relación o de alteración en las condiciones de existencia han tenido un desarrollo armónico en la jurisprudencia nacional. Uno de esos aspectos consiste en que dichos perjuicios extrapatrimoniales por regla general no se presumen sino que deben acreditarse dentro del proceso. Así, desde sus primeras sentencias referentes a la materia, el Consejo de Estado, ha manifestado que:

“Para casos que no tengan el exceso de gravedad notoria del que se deja estudiado, quien pretenda la indemnización por el PERJUICIO FISIOLÓGICO, deberá ser particularmente cuidadoso en probarlo, en su existencia y monto. Será siempre el Juez quien en forma, soberana definirá si el hecho invocado ha generado el citado daño, para lo cual el dictamen médico - legal será particularmente importante como punto de apoyo de la condena que en cada caso debe proferirse.”⁹⁸

Iterando con posterioridad que:

“Debe precisarse que, como en todos los casos, la existencia e intensidad de este tipo de perjuicio deberá ser demostrada, dentro del proceso, por la parte demandante, y a diferencia de lo que sucede, en algunos eventos, con el perjuicio moral, la prueba puede resultar relativamente fácil, en la medida en que, sin duda, se trata de un perjuicio que, como se acaba de explicar, se realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es, por lo tanto, fácilmente perceptible. Podrá recurrirse, entonces, a la práctica de

⁹⁷ Ibídem.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 6 de mayo de 1993. exp. 7428. C.P.: Uribe Acosta.

testimonios o dictámenes periciales, entre otros medios posibles. Lo anterior debe entenderse, claro está, sin perjuicio de que, en algunos eventos, dadas las circunstancias especiales del caso concreto, el juez pueda construir presunciones, con fundamento en indicios, esto es, en hechos debidamente acreditados dentro del proceso, que resulten suficientes para tener por demostrado el perjuicio sufrido.”⁹⁹

Por lo tanto, en materia de perjuicios en la vida de relación, se siguen por la regla general de la carga de la prueba, la cual versa de que incube probar a las partes el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, correspondiéndole, entonces, al demandante acreditar de manera inequívoca la configuración de los perjuicios mencionados. Existiendo, además, libertad probatoria en estos casos, por lo que el juez bajo el sistema de la libre apreciación científica y con base en los principio de la sana crítica, debe determinar la existencia del perjuicio y la cuantía de la indemnización, en cada caso concreto y conforme a su prudente arbitrio, lo que implica que deberá estudiar las diferentes pruebas practicadas en relación con la intensidad del perjuicio, de modo que la suma establecida para compensarlo resulte acorde al principio de equidad.

El Consejo de Estado ha establecido que el perjuicio a la vida en relación no ostentan un carácter personalísimo, lo que permite que sean transmitidos, permite, de esta manera la indemnización respectiva pueda ser objeto de transferencia por herencia. En tal sentido el Alto Tribunal se pronunció, afirmando que:

“La existencia de este perjuicio como la de los demás, puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e inclusive puede presumirse en razón de las circunstancias particulares del caso, o a partir de indicios. Adicionalmente, se advierte que dicho perjuicio es trasmisible, porque una vez causado se convierte en un derecho patrimonial que puede hacer parte

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de julio de 2001. exp. 13086. C.P.: Ariel Hernández Henríquez, actor: Jorge Alfredo Caicedo.

del acervo hereditario. Ahora bien, es cierto que la reparación por el daño a la vida de relación es transmisible a los herederos. Sin embargo, para que surja el derecho de los herederos es necesario que éste se haya causado. En el caso concreto, considera la Sala que la víctima no alcanzó a sufrir dicho perjuicio porque falleció poco después de llegar al centro de atención médica al cual fue trasladado inmediatamente después del accidente, es decir, en ese lapso no alcanzó a ver modificadas sus condiciones sociales de existencia”¹⁰⁰

Esta cita textual del Consejo de Estado, nos permite inferir que no siempre que una persona haya padecido una perturbación orgánica, funcional o estética, forzosamente sufre una alteración en las condiciones de existencia, por el contrario, es menester que efectivamente se haya consolidado dicha perturbación; y que esta persona a su vez pruebe en debida forma el daño, es decir, la persona debe alcanzar a percibir la falencia o imposibilidad de desarrollar ciertas actividades, y debe estar en capacidad de probarlo dentro del proceso, pues si lo que padeció fue una afectación física que en nada le impidió o incomodó el normal desarrollo de sus actividades cotidianas, y el disfrute de su vida, no le asiste interés alguno para solicitar indemnización por concepto del perjuicio estudiado.

En conclusión sobre este tema en específico, podemos afirmar que actualmente no existe dentro de nuestro ordenamiento una armonía respecto a la tipología de los perjuicios inmateriales. Por parte del Consejo de Estado hemos visto como históricamente ha errado al confundir el perjuicio fisiológico, el perjuicio en la vida de relación y la alteración en las condiciones de existencia, situación que no ha permitido un verdadero desarrollo jurisprudencial, en forma coherente y lo que provoca inseguridad jurídica. En este orden de ideas, no se permite que las

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 5 de agosto de 2002. exp. 12357. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

personas que han sido víctimas de un daño (antijurídico), ocasionado por una entidad o por un agente del Estado, puedan ser indemnizadas con un cumplimiento total de los principios de reparación integral y equidad, previstos en la Constitución Política. Sin embargo, en esta investigación pudimos observar que el debate doctrinal nos coloca en vísperas de la incursión de nuevas teorías que logren poner fin a los problemas aquí relatados

4.4 VI. El Daño al Proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos en adelante Corte IDH, la reparación es “el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (restitutio in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras).”

De la idea de convivencia pacífica en comunidad, se desprende el mandato de no dañar al otro en su vida y bienes y si se llegare a causar un daño, procurar la reparación de este, pensar lo contrario sería aceptar el rompimiento del orden social y la posibilidad ilimitada de causar daño y aparejado a ello, el deber de soportar los daños por quien no debía padecerlos, por ello se hace necesario profundizar sobre las posibilidades indemnizatorias a que tiene derecho la víctima, en este caso, el *daño al proyecto de vida*, el cual consideramos equiparable según su consagración al perjuicio a la vida de relación en nuestro entendido.

Aunque la puerta a este tipo de pretensiones indemnizatorias se abrió en Colombia, en el año 1993 con la sentencia señalada en acápites anteriores, el desarrollo de esta temática al interior del Consejo de Estado ha sido traumática, por no decir contraproducente desde el punto de vista del orden y del rigor, pues el

manejo que se le ha dado ha sido desordenado, generando confusiones terminológicas y conceptuales.

La evolución los elementos conceptuales que integran el daño “a la vida de relación” y al daño al “proyecto de vida” son similares, no obstante la evolución que ha tenido su aplicación a casos concretos dista de ser equivalente en la jurisprudencia de la Corte IDH y el Consejo de Estado a nivel nacional. En la jurisprudencia nacional, se observa la mayoría de las veces un desarrollo conceptual muy preciso, pero al materializar la indemnización de este perjuicio se terminan resarcando daños morales o materiales.

Con base en lo ya señalado, es dable afirmar que la consagración de rubros como el perjuicio en la vida de relación coadyuva a la indemnización plena por perjuicios propia de un Estado social y de derecho, soberano y perteneciente a organizaciones internacionales como el colombiano.

En tratándose de la Corte Interamericana de Derechos, Corte IDH, en virtud de que Colombia es Estado parte de la OEA, ha reconocido la competencia de la Corte y por lo tanto tiene como obligatorios sus fallos, y la reparación que esta establezca. Tal como lo dictaminan las directrices del derecho internacional “nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.”¹⁰¹ Las sentencias de este ente son definitivas en sus determinaciones e inapelables entendiéndolo la categoría de quien las emite, sin embargo pueden interpretarse en caso de que alguna de las partes considere que hay vacíos, ambigüedades que le impidan entender los efectos y alcances del fallo, sin cambiarlo.

Con ocasión de las detenciones arbitrarias y prácticas sistemáticas de tortura la Corte IDH, emitió un serie de fallos donde se condenaba al Estado Peruano a

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos

liberar y reparar a sus víctimas, es así que en el fallo de reparaciones y costas del Caso Loayza Tamayo, una profesora peruana que fue arbitrariamente detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo sin orden de autoridad competente, torturada, violada, amenazada y sometida a todo tipo de vejámenes. Dentro de lo que se probó en el proceso, el Estado Peruano le desconoció a la víctima las garantías a la defensa, el debido proceso, al *non bis in ídem*, pues no se le permitía escoger un abogado de confianza y fue judicializadas tanto en la jurisdicción ordinaria como en la militar, por los mismos hechos. La víctima solicita un pronunciamiento respecto del daño al proyecto de vida, obligando en cierta forma a la Corte IDH a hacer un análisis conceptual de este y su posterior aplicación al caso en particular, no obstante la negativa del Estado Peruano, quien insistía en mantenerlo dentro de los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

La Corte IDH estableció un precedente, donde presentó este perjuicio como autónomo, entendiéndolo como la obstrucción al plan existencial del sujeto dañado, pero no en sus meros deseos, sueños o aspiraciones, sino en el estadio de la probabilidad, aquello que realmente la persona habría conseguido de no haber intercedido el hecho dañoso.

En este caso, no obstante hubo un reconocimiento de este “nuevo daño”, es decir, la Corte IDH reconoció que los hechos que afectaron a la víctima, impidieron en forma determinante “la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida”¹⁰² (...) impidiendo, “que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”¹⁰³. Lastimosamente en el momento en que se emitió esta sentencia, la evolución jurídica, según considero el ente

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 27 de Noviembre de 1998. Reparaciones y Costas. Caso Loayza Tamayo.

¹⁰³ *Ibíd.* p. 60

jurisdiccional, no brindaba los elementos necesarios para cuantificarlo y se tuvo como un “principio de satisfacción” el acceso a la jurisdicción de la Corte y la emisión de la sentencia, sin olvidar lo que se logró en materia de lucro cesante, daño emergente y daño moral para la víctima y su familia. Lo que sin lugar a dudas es un avance significativo en la protección de los derechos humanos y la reparación integral en casos de violaciones de estos.

Posteriormente en 2001, con ocasión del fallo del Caso Cantoral Benavides vs. Perú, realizado en 18 de Agosto de 2000, se probó que la víctima, al momento de su detención tenía 20 años y cursaba estudios de biología en la Universidad Nacional de San Marcos y que fue arbitrariamente encarcelado por más de 4 años, lo que aunado a la tortura y tratos inhumanos que recibió durante este periodo, le provocó graves daños físicos y psicológicos a él y su familia. Se probó además que hubo un truncamiento en el proyecto de vida del joven víctima, razón por la cual la Corte establece como restablecimiento de este proyecto, que el Estado Peruano “le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija -así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios- en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado.”¹⁰⁴

Con lo anterior es evidente el avance en materia de restablecimiento de la víctima a su situación anterior al daño y el resarcimiento del daño al “proyecto de vida”, pues en el capítulo de “otras reparaciones” de la sentencia antes mencionada, la Corte se esfuerza por abarcar todos aquellos perjuicios que son reconocidos y probados, llevando la teoría a la práctica.

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia de 18 de Agosto de 2000. Fondo. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú

5 Conclusiones

Concluimos de este análisis jurisprudencial, que el perjuicio a la vida de relación dentro del ordenamiento colombiano, es reconocido tanto por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la justicia ordinaria, como por el Consejo de Estado, suprema autoridad en lo contencioso Administrativo.

En el tema de la tasación y reconocimiento efectivo de los daños alegados por un supuesto perjudicado, pudimos determinar, que los principios de la reparación del daño, es decir, la exigencia de que este sea cierto, personal y antijurídico deben ser los criterios orientadores del juzgador, lo anterior permite establecer si la legitimación por activa es adecuada, sin temor de caer en los errores, a los que nos llevan reflexiones sobre los parentescos los grados y las calidades de los hijos (crianza, o póstumos) que muchas veces guían los fallos judiciales, convirtiéndose en absurdos jurídicos. En su turno, frente al daño moral es menester distinguir su existencia, su intensidad y por último la cuantificación que resulte. Mientras que en el perjuicio a la vida de relación, se tienen en cuenta la afectación de la vida personal y social de la víctima, alterando el disfrute de su vida.

Como criterio general, consideramos que no se requiere de peritos para la determinación y cuantificación del daño moral, y la posterior determinación de la cuantía se hace directamente por el juez en ejercicio de su facultad discrecional, enmarcada dentro de las circunstancias específicas del caso, la intensidad del daño moral causado y los topes sugeridos por los altos tribunales; pero si rescatamos, sobre todo en cuanto a la tasación del perjuicio fisiológico y del perjuicio a la vida de relación, el apoyo que la ciencia jurídica recibe de la medicina, con la elaboración y aplicación de baremos y tablas que le facilitan la labor al juez, sin anular su arbitrium iudicis. Pues los topes señalados y demás son criterios auxiliares, por lo que deben ser confrontados con el resto del

material probatorio, para emitir una decisión, fundamentando debidamente sus motivos, si decide apartarse de ellos, creando seguridad jurídica.

Sentamos en este punto una conclusión interesante de nuestra investigación, en cuanto a que, en Colombia no se contempla el reconocimiento del daño punitivo, y en buena hora, pues consideramos que genera inseguridad jurídica y desconoce la naturaleza de la responsabilidad civil, pues invade terrenos del ámbito penal, en tanto que tiene en cuenta la conducta dolosa o gravemente negligente del causante del daño, y le impone una sanción mayor a la que le correspondería al daño causado, proporcionándole un plus a la víctima, como sanción ejemplarizante, lo cual es función de la pena resultante de un proceso penal, esa función pública, no la debe asumir la responsabilidad civil en nuestro criterio.

Así mismo, destacamos el avance en materia de restablecimiento de la víctima a su situación anterior al daño y el resarcimiento del daño al “proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo que se esfuerza por abarcar todos aquellos perjuicios que son reconocidos y probados, llevando la teoría a la práctica.

Sin embargo, resaltamos que existen algunos aspectos que se desarrollan de diferente manera en una y otra jurisdicción, entre los que tenemos el criterio de equivalencia para valorar el daño moral (salarios mínimos legales en Consejo de Estado y cifra única en la Corte Suprema de Justicia). El tope máximo que cada corporación algunos criterios de presunciones de la existencia del daño moral son más explícitos en el Consejo de Estado

Por otra parte, en cuanto a las diferencias existentes entre el concepto de daño moral y el de perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación (en el entendido del Consejo de Estado), fue sólo hasta 1993, con el fallo citado en el capítulo correspondiente, que en nuestro ordenamiento se excluyó este último, del rubro

de daño moral, atendiendo a que esta imprecisión impedía la indemnización plena del perjudicado.

Sin embargo, se continuó equiparando los conceptos de perjuicio fisiológico y perjuicio a la vida de relación, lo que constituye a nuestro parecer un desacierto, en tanto que, el primero comprende una lesión de carácter corporal que genera una disfunción orgánica, es decir que es alusivo a la alteración fisiológica del perjudicado. Mientras que el perjuicio a la vida de relación comprende una alteración del goce de la vida el cual, no siempre se deriva de menoscabo anatómico, como los antes señalados.

La discusión que existe frente a la denominación del perjuicio a la vida de relación y al perjuicio fisiológico, no solo es conceptual, pues, de la denominación que finalmente se le dé, dependerá el sistema probatorio que se emplee para valorar la cuantía del daño. Los partidarios de denominar el perjuicio fisiológico como daño a la salud, entre los que se encuentra el Doctor Enrique Gil Botero, quien lidera este cambio de nombre, expone que para la verificación de tal perjuicio, se basarán en pruebas médicas, como las que hemos reseñamos en capítulos anteriores, proponiendo la utilizando de sistemas similares al de baremos y contando con el apoyo de médicos para asignarle al daño un precio único. Mientras que por otro lado, los seguidores de designarlo como alteración grave de las condiciones de existencia, tienden a valorar pruebas relacionadas con la afectación de la vida personal, social de la víctima, proponiendo por su parte la división del daño en varios perjuicios, como psicológicos, fisiológicos, sociales, etc. Este conflicto conceptual pone de presente, que a lo largo de su vida jurídica, en la jurisprudencia contencioso administrativa, el perjuicio inmaterial ha recibido varias designaciones.

Elevamos nuestra preocupación sobre la posibilidad que existe de que la jurisprudencia de nuestro país persista en los errores del pasado, poniendo en

peligro el espíritu mismo de la indemnización plena de los perjuicios, que es dejar a la persona indemne, en la medida de lo posible y guardando las proporciones que el mismo daño establece.

Por lo anterior, concluimos que nuestro trabajo de investigación no encuentra punto final en este momento, ya que jurisconsultos integrantes del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, han dejado la puerta abierta para que esta disputa teórica continúe.

Por último y gracias a la evolución de los criterios jurídicos, damos cuenta de la ampliación que se está produciendo en el reconociendo otras formas de daños inmateriales autónomos, así pues, encontramos el perjuicio estético, el perjuicio de pérdida de oportunidad o de la chance, y el perjuicio del ocio, entre otros. Se puede vaticinar que en el futuro la jurisprudencia ampliará el número de daños inmateriales y sentará criterios más claros y estables respecto de los existentes.

6 Bibliografía

1. DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999.
2. ESGUERRA, Juan Carlos. La protección constitucional del Ciudadano. Bogotá: Editorial: Legis. 2004.
3. GHERSI, Carlos. Teoría general de la reparación de daños. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.
4. HENAO, Juan. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
5. KANT, Immanuel. Fundamentación para una Metafísica de las costumbres (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten). Traducido por Manuel García Morente. Madrid. Editorial Encuentro. 2003.
6. KOTEICH, Milagros. La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés. (INTERNET)
7. LE TOURNEAU, Philippe. la Responsabilité Civile. Ed. París. Editorial presses Universitaires de France. 2003
8. LÓPEZ, Marcelo. Elementos de la responsabilidad civil: examen contemporáneo. Ed. Bogotá D.C., Editorial: Biblioteca Jurídica: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
9. MARTÍNEZ, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 3 ed. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1986.

10. MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1960.
11. NAVIA ARROYO, Felipe. Estudio sobre el daño moral. Bogotá D.C., Editorial: Elocuencia. 1990
12. NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral al daño fisiológico, ¿una evolución real?. Bogotá D.C., Editorial: Universidad Externado de Colombia. 2000.
13. ORTIZ, Luis. El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la administración pública. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1995.
14. PEIRANO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Bogotá: Editorial Temis, 1979.
15. PIALLET, Michael. La Responsabilidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.
16. RADÉ, Cristophe, “Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile”, en Recueil Dalloz 1999, sec. Chroniques.
17. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1ª reimpresión 2003.
18. TAMAYO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2007. (Tomos I y II).

19. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. 3ra ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

20. ZAPPALÁ, Francesco. Estatuto jurídico del concebido. En: Criterio Jurídico. 2007, vol. 7. p. 263-280.

Jurisprudencia Altas Cortes-Colombia

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 06 de mayo de 1993, C.P.: Julio César Uribe Acosta;

29 de septiembre de 1993, C.P.: Julio César Uribe Acosta;

17 de enero de 1995, C.P.: Betancur Jaramillo;

02 de octubre de 1996, C.P.: Montes Hernández;

02 de octubre de 1996, C.P.: Carrillo Ballesteros;

04 de abril de 1997, C.P.: Carrillo Ballesteros;

13 de junio de 1997, Montes Hernández;

25 de septiembre de 1997, Carrillo Ballesteros;

02 de octubre de 1997, Montes Hernández;

09 de octubre de 1997, C.P.: Hoyos Duque,

19 de julio de 2000, C.P.: Alier Hernandez;

20 de abril de 2005, C.P.: Ruth Stella Correa;

15 de agosto de 2007, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez;

18 de octubre de 2007, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez;

04 de diciembre de 2007, C.P.: Ruth Stella Correa.

Colombia, Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas, Sentencia T- 468 de 17 de julio de 1992, M.P.: Fabio Morón Díaz;

C- 468 de 17 de julio de 1992, M.P.: Fabio Morón Díaz;

C-333 de 1 de agosto de 1996, M.P.: Alejandro Martínez caballero

C- 04 de 18 de enero de 1996, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

C-043 de 27 de enero de 2004, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

C-038 de 1 de febrero de 2006, M.P.: Humberto Sierra Porto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sala de Casación Civil. 21 de Julio de 1922. M.P.: Tancredo Nannetti.

Sala de Casación Civil. 22 de agosto de 1924, M.P.: Tancredo Nannetti.

Sala de negocios generales. 20 de junio de 1941, M.P.: Hernán Salamanca.

Sala de Casación Civil. 09 de agosto de 1993, M.P. Carlos Esteban Jaramillo.

Sala de Casación Civil. 13 de mayo de 2008, M.P.: César Julio Valencia Copete.

Sala de Casación Civil. 18 de diciembre de 2008, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez.

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 17 de Septiembre de 1997. Fondo. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú;

Sentencia de 27 de Noviembre de 1998. Costas y Reparaciones. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú;

Sentencia de 18 de Agosto de 2000. Fondo. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú;

Sentencia de 3 de Diciembre de 2001. Costa y Reparaciones. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú.