

**DETERMINACIÓN Y TASACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL EN COLOMBIA A
PARTIR DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL**

KATHERYN PAOLA CUENTAS VÁSQUEZ

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES

CARTAGENA DE INDIAS

MARZO DE 2019

**DETERMINACIÓN Y TASACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL EN COLOMBIA A
PARTIR DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL**

KATHERYN PAOLA CUENTAS VÁSQUEZ

Docente Asesor:

Dr. ADOLFO MARTÍN ARIAS VILLALOBOS

Monografía para optar por el título de Abogado

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES

CARTAGENA DE INDIAS

MARZO DE 2019

Contenido

DETERMINACIÓN Y TASACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL EN COLOMBIA A PARTIR DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL	5
Resumen	5
Abstract	6
Introducción	7
Capítulo I	9
Antecedentes y nociones generales sobre la reparación integral en el ordenamiento jurídico colombiano.....	9
Capítulo II	21
Tipología del daño inmaterial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en Colombia	21
2.1. Antecedente del perjuicio moral en la jurisprudencia colombiana.....	22
2.2. Inserción Jurisprudencial del daño inmaterial en Colombia	23
2.3. Tipología de daños inmateriales en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia	26
2.3.1. Daño moral subjetivo y objetivo.....	26
2.3.2. Daño a la vida de relación.....	27
2.4. Tipología de daños inmateriales en la jurisprudencia del Consejo de Estado	33
2.4.1. Daño fisiológico.....	33
2.4.2. Alteración a las condiciones de la existencia.....	36

2.4.3. Daño a la salud.....	38
2.4.4. Daños por vulneración a bienes convencional y constitucionalmente amparados .	39
Capítulo III	49
Paralelismos y divergencias entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado: análisis de tipologías y su reparación.	49
3.1. Daño moral como concepto unificado en la jurisdicción civil y contenciosa administrativa Corte Suprema De Justicia-Consejo De Estado	50
3.2. Tasación del perjuicio moral la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en la Jurisprudencia del Consejo de Estado.....	51
3.3. Prejuicios extrapatrimoniales referentes a la salud.....	53
3.3.1. Daño a la vida de relación como perjuicio autónomo frente al daño a la salud.....	53
3.3.2. Sobre la reparación del daño a la salud en el Consejo de Estado	55
3.4. Sobre la categorización de los derechos fundamentales y derecho humanos como categoría autónoma en ambas jurisdicciones	56
3.5. Tasación de daños en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en cuanto a normas de especial protección.....	59
Conclusiones	60
Recomendaciones	62
Referencias Bibliográficas	63

DETERMINACIÓN Y TASACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL EN COLOMBIA A PARTIR DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Resumen

La constitucionalización del derecho ha sido el proceso de evolución en el cual las instituciones jurídicas como la responsabilidad se han integrado con las normas constitucionales para hacer del derecho algo funcional, es decir, que el reconocimiento de derechos y protección se manifiesten en la reparación que se otorgue ante la eventual ocurrencia de un daño. Una vez se ha identificado el perjuicio es inminente determinar las medidas de reparación, que no siempre se encuentran en el plano de bienes materiales cuantificables, sino también en daños a la persona, a su integridad y a sus derechos fundamentales. Cuando se habla de daños inmateriales, se indaga en qué debe repararse y cómo debe repararse, ambos cuestionamientos se encuentran en discusión actual de la jurisprudencia nacional ya que no existe completa claridad en la forma de determinarlos, individualizarlos y repararlos. Al estudiar el tema, encontramos puntos de divergencia en el desarrollo jurisprudencial desde la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, que en aplicación del Principio de Reparación Integral han adoptado distintas tipologías de daños no patrimoniales. Por lo anterior, la presente investigación aborda el estudio de las nociones que sustentan el tema desde la doctrina y la jurisprudencia, con el fin de realizar un análisis crítico para establecer paralelismos y divergencias entre las perspectivas de ambas jurisdicciones.

Palabras Claves: Reparación Integral, Constitucionalización, Daños inmateriales, Responsabilidad del Estado, Responsabilidad Civil, Tasación, Compensación.

DETERMINATION AND ASSESSMENT OF THE NON – PECUNIARY DAMAGE IN COLOMBIA BASED ON THE PRINCIPLE OF INTEGRAL REPARATION

Abstract

The constitutionalization of the legal system has been the evolution process in which the legal institution, as the liability have been integrated with the constitutional prescript in order to make the law functional, namely, the appreciation of rights and their protection manifest in the granted reparation facing the eventual befall of damage. Once identified the detriment, is imminent to establish its reparation, that not always in the material property plane, but in damages to the person, his integrity and his fundamental rights. When speaking about immaterial damages, it is inquired in what need to be repaired and how will it be repaired, both of this questions are in the actual discussion of the national jurisprudence, since not exist complete explicitness in their determination, individualization y repair form. When studying the subject, we fin several divergence points in the jurisprudential development from de Supreme Court Of Justice to the State Council who, in the application of the integral repair principle, has adopted different typologies of non-patrimonial damages. For the above, this investigation accost the study of the smattering which sustain the topic from doctrine to jurisprudence, with the final purpose of perform a critical analysis in order to establish a parallelism and divergences between both jurisdiction perspective.

Key Words: Integral repair, constitutionalization, non-material damages, State liability, civil liability, appraisal, compensation.

Introducción

Al hacer referencia a los daños extrapatrimoniales, surge inmediatamente la discusión sobre su definición, tipología, tasación y determinación. Discusión a la que se le ha dado forma en el plano jurisprudencial como consecuencia de la falta de regulación legislativa sobre el tema. En efecto, los perjuicios materiales (C.C. artículo 1614) se liquidan a partir de un postulado de equivalencia, mientras que la tasación de los inmateriales, por apuntar a la reparación de bienes personalísimos y fundamentales (v.gr. la salud, buen nombre, honra, etcétera), la determina el operador judicial conforme una perspectiva compensatoria. (Gil, 2014, p.87).

En cuanto a la evolución conceptual y alcances jurídicos de los perjuicios extrapatrimoniales, las Altas Cortes han asumido diversas clasificaciones sobre el mismo (perjuicio moral, fisiológico, estético, psicológico, sexual, patológico, por daño a la vida relación, por alteración grave a las condiciones de existencia, daño a la salud y por último, daño a los bienes constitucionalmente amparados). En cuanto al perjuicio moral propiamente dicho, es amplia la jurisprudencia que se ha encargado de conceptualizarlo, delimitarlo y dar cuenta de su desarrollo histórico. Sin embargo, frente a los demás perjuicios extrapatrimoniales, el panorama no se encuentra claro, en especial cuando se trata de los perjuicios ocasionados como consecuencias de lesiones psicofísicas o por alteración de otros bienes reconocidos por la Constitución y la Convención de Derechos Humanos (honor, familia, etcétera). La tipología de los perjuicios extrapatrimoniales ha sido tema de amplia discusión doctrinal y jurisprudencial, no obstante, de la mano con ello y en cumplimiento del Principio de Reparación Integral se desprenden dos interrogantes, ¿qué se debe reparar? y ¿cómo se debe reparar?, el primero de los interrogantes tiene desarrollo en las tipologías de perjuicios reconocidos por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, el segundo de ellos obedece al criterio de *restitutio in integrum* cuyo principal

objetivo es el restablecimiento patrimonial o espiritual de la víctima, que comprende: rehabilitación, perjuicios materiales e inmateriales, satisfacción y garantías de no repetición.

En cuanto a la tipología de los perjuicios extrapatrimoniales la Sala Tercera del Consejo de Estado y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia han variado sus líneas jurisprudenciales en diferentes aspectos, que van desde el cambio en la denominación de los mismos hasta la variación de los criterios en los cuales se fundamenta su tasación y/o determinación, según corresponda el caso. En relación con el *nomen iuris*, las variaciones semánticas han sido consecuencia de la adopción descuidada de figuras foráneas equivalentes, tomadas del derecho francés e italiano. Lo anterior, ha ocasionado una falta de coherencia en el sistema jurídico, del que se destaca como principal disparidad, el instrumento que usa cada Corte para determinar y/o tasar la reparación que deben recibir las víctimas por el daño padecido, trayendo consigo la vulneración a los principios de equidad, igualdad y reparación integral.

En cuanto al instrumento judicial utilizado para fijar el monto de la reparación pecuniaria que eventualmente pueda ser reconocida, existe una posición fuerte en la jurisdicción civil que aboga por que sea el *arbitrio iudicis* como en efecto es utilizado en la actualidad, mientras que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha optado por un criterio objetivo a fin de brindar seguridad jurídica a los administrados, tales como: topes al *quantum* indemnizatorio, tablas de puntos y presunciones en función de diferentes aspectos como la calidad de la víctima indirecta, su relación con la víctima directa, privación injusta de la libertad, etcétera; aunque se han establecido casos excepciones en lo que dichos topes indemnizatorios pueden ser superados.

Estos criterios dispares mantienen en tensión constante a las jurisdicciones, teniendo en cuenta que subsisten de manera discordante al interior de nuestro ordenamiento jurídico, abriendo paso a los interrogantes sobre la discrecionalidad judicial en la tasación de los perjuicios provenientes de

daños inmateriales, o si eventualmente podría tratarse de una arbitrariedad judicial. Por otro lado, sobre las tablas indemnizatorias utilizadas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo se indaga sobre la idoneidad del instrumento, teniendo en cuenta que a través de un método objetivo se pretenden reparar perjuicios inconmensurables.

La presente investigación corresponde por su naturaleza, y siguiendo las tipologías de investigación, al campo de una investigación jurídica propiamente dicha, de carácter descriptivo bibliográfico, teniendo en cuenta que su objeto de conocimiento es la norma jurídica, la jurisprudencia y la doctrina jurídica. Si bien su objeto de estudio es principalmente lo consignado en el ordenamiento jurídico colombiano, respecto de la tasación de los daños inmateriales en Colombia, la temática no puede sustraerse de la realidad social, puesto que tiene que ver con una figura jurídica que trae implicaciones trascendentales para quienes pretenden el reconocimiento de perjuicios inmateriales dentro de un proceso judicial.

Dado que el diseño metodológico es documental, se pretende recurrir como fuentes primarias, que nutran y den contenido a la presente investigación, a las normas jurídicas que regulan el tema, pero especialmente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil y del Consejo de Estado, ya que de esa forma se ha delimitado el problema objeto de análisis.

Capítulo I

Antecedentes y nociones generales sobre la reparación integral en el ordenamiento jurídico colombiano

Antes de que existieran las normas y las imposiciones que hoy nos aseguran un orden social, la justicia se regía por criterios subjetivos, primaba la venganza privada como forma de reparar o compensar un daño sufrido injustamente; compensación que naturalmente no guardaba

proporción con la magnitud del daño. Recordemos que en la era primaria la población humana se encontraba organizada en clanes que reaccionaban cuando uno de sus miembros era lesionado o perjudicado, su reacción implicaba la mayor expresión de violencia en contra del agresor. Con sus actos carentes de proporción pretendían sentir que la agresión inicial había sido reparada. El uso de la venganza privada como reparación requirió ser organizado, ello significó un avance por cuanto se establecieron reglas de equidad y proporcionalidad en la reacción. En cierta medida se inicia la configuración del derecho primitivo en la conocida “Ley del Talión”, conocida tradicionalmente como “ojo por ojo y diente por diente”; ello conllevó a la desaparición de la venganza desproporcionada y dio paso a los primeros criterios de razonabilidad. Esta ley permitía castigar al agresor u ofensor imponiéndole una pena igual a la del daño cometido.

En el siglo XVIII a.C., surge el Código de Hammurabi que establece sanciones pecuniarias y sanciones dirigidas a la integridad física del victimizador, su fin era castigar a quien causara el daño, tanto que incrementaba la sanción en múltiplos, así:

Si un hombre roba un buey, oveja, o cerdo de un templo o palacio pagará treinta veces lo robado, o si el robo se lo hacían a un hombre libre entonces debía pagar diez veces; o si se vendían artículos perdidos o robados el comprador podía cobrar doce veces el valor al vendedor; o por ejemplo si un mercader es engañado por su agente quien le niega haber recibido la mercadería enviada, será indemnizado con seis veces el valor de los bienes. (Torres, 2012, p.44)

Posteriormente, en el Siglo V a.C. surge la Ley de las XII Tablas, en la cual se dispone que la lesión de un derecho impone la obligación de resarcir el daño injustamente causado, lo que representa para Mazeaud, Mazeaud y Tunc (1977):

Una época de transición entre la fase de la composición voluntaria y de la composición legal obligatoria: la víctima de un delito privado está en libertad, unas veces para satisfacerse mediante el ejercicio de la venganza personal o por la obtención de una suma de dinero, cuyo importe fija libremente, y obligada en otras, a aceptar el pago de la suma fijada en la ley. Pero esa suma sigue siendo esencialmente el precio de la venganza, una composición una pena; es una pena privada. El derecho romano no llegará nunca a librarse completamente de esa idea, es decir, hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización. (p.163)

Como resultado de la evolución del deber de reparar el daño injustamente causado, surge la Ley Aquilia (Siglo III a.C.) y con ella se sientan las primeras bases de la responsabilidad civil extracontractual, la cual incorpora dos características esenciales: la primera, que debe existir una actuación contraria a derecho (*iniuria*), y la segunda, que exista una medida sancionatoria. La finalidad de esta sanción era castigar al ofensor mismo que actuó contra el derecho, imponiéndole la obligación de entregar un valor económico que representara el duplo, el triple y hasta el cuádruplo del valor del daño producido. Con ello se observa que la naturaleza de la responsabilidad civil era netamente sancionatoria, contenedora de medidas ejemplarizantes con el fin que no se repitieran actuaciones generadoras que lesionaran intereses, bienes o derechos protegidos.

La *iniuria* amplió el espectro propio del concepto de daño, es decir, no solo hacía referencia al daño causado cuando se actúa contra un derecho corporal, sino también, al daño que se causaba cuando se omitía una acción o un deber de hacer. De esta manera, el concepto de *iniura* toma relevancia en cuanto a los actos, hechos u omisiones que atentaban contra el interés o derecho de una persona. Durante esta época, no existía en el derecho romano una distinción entre el derecho civil y el derecho penal, los delitos se clasificaban como delitos públicos y delitos privados.

Los denominados delitos públicos, eran aquellos actos ilícitos que afectaban y lesionaban a un colectivo social y por tanto la sanción era pública, bien de naturaleza corporal o pecuniaria; entre tanto los delitos privados como *iniuria* (daño causado a la persona), *furtum* (hurto), rapiña (hurto con violencia); y *damnum iniuria dactum* (daño causado a las cosas, daño injusto), eran actos ilícitos que afectaban intereses o bienes particulares que acarrearían como consecuencia la sanción privada ya mencionada, la cual consistía en estimar un múltiplo de la magnitud del daño para que este fuera resarcido por el ofensor como un castigo por su actuar, el carácter de la sanción era exclusivamente pecuniario y punitivo.

Al no existir dicha distinción en la época clásica del derecho romano la única fuente que permitió comprender el origen y alcance de las fuentes de las obligaciones y el establecimiento de la aplicación de la sanción instituida en la Ley Aquilia fue la jurisprudencia, razón por la cual no existían bases para diferenciar la responsabilidad civil de la responsabilidad penal, los conceptos de indemnización, reparación y pena se confundían, y así mismo el contrato y el crimen como fuente de las obligaciones cuyo incumplimiento representaba una sanción pública o privada.

La jurisprudencia emanada de los pretores bajo las características de cada caso en concreto, representaba la construcción jurídica del período clásico romano, en la que se fundamentaron las primeras bases de la responsabilidad, fue regida en un solo texto por el emperador Justiniano, quien en una compilación de esta jurisprudencia llamada el Digesto¹ dio nacimiento a un sistema jurídico cerrado y dogmático, en el que se observan las primeras bases de la distinción entre el derecho penal y el derecho civil.

¹ Pandectas en griego, Digestum en latín. Fue publicada en el año 533 d.C. por el emperador bizantino Justiniano I

En el Digesto se refleja una clasificación de los delitos privados mencionados, de los cuales: el *furtum*, la rapiña y la *iniuria* son atraídos a la órbita del nascente derecho penal, de manera tal que éstos tienen una naturaleza pública, razón por la que la sanción adquiere visos de la esfera de lo público, como hoy día. Estos delitos se regulan en el Digesto 47 y 48 de la compilación de Justiniano, se acentúa la sanción de carácter público y se configura la comisión de uno de estos delitos.

Por su parte el *damnum iniuria datum* o daño injusto (daños causados a las cosas o a la propiedad ajena), ya contemplaba una especie de principio general de responsabilidad civil pues representaba el daño causado en una cosa ajena, en donde se podía observar una conducta que reflejaba la intención de causar daño o falta de cuidado y diligencia cuya consecuencia era la causación de un daño. El *damnum iniuria datum* se instituye en el Digesto 9 destacando su carácter privado, es decir atraído a la órbita del derecho civil conservando la característica de sanción privada.

Con esta clasificación se observa la evolución de la institución de la responsabilidad civil extracontractual, destacando la desaparición del carácter penal de la Lex Aquilia que hizo posible la formación de un derecho privado común sobre bases romanas que prepara el camino a la unificación del derecho privado, la admisión de la responsabilidad directa del amo por los daños causados por sus dependientes, la atribución de un carácter general a la acción de la Ley Aquilia y la posibilidad de obtener un resarcimiento en naturaleza y no sólo pecuniario (Cruz, 2000). La despenalización del derecho privado contenida en el Digesto, sienta las bases para que la responsabilidad civil se materialice en el siglo XIX con la expedición del Código Civil Francés en 1804.

A inicios del Siglo XIX, con fundamento en la compilación de Justiniano donde se encuentra un derecho absoluto y dogmático, los franceses construyen la teoría de la responsabilidad civil, estableciendo las fuentes de la responsabilidad, transformando la naturaleza sancionatoria de la responsabilidad configurada en la época clásica del derecho romano y fijando las bases de la edad moderna en la que no puede existir una sanción que no guarde proporcionalidad con la magnitud del daño; con ello, el daño, se convierte en el elemento protagonista y esencial de la responsabilidad civil y en una fuente principal de las obligaciones. La institución de la responsabilidad toma una naturaleza resarcitoria y deja atrás aquellas medidas que buscaban sancionar al ofensor. Así lo establece el Código Civil Francés o Código Napoleónico que sirvió de modelo a códigos europeos y a la gran mayoría de códigos en América, entre los cuales se encuentra el Código Civil Colombiano que instituyó la responsabilidad civil extracontractual en su artículo 2341 y subsiguientes.

Desde los nacimientos del derecho romano se establecieron tres reglas de convivencia: no causar daños a los demás, vivir honestamente y dar a cada uno lo suyo; de las tres quizá las más importantes es “no causar daños a los demás” por lo que se convirtió en uno de los principios rectores de toda la sociedad civilizada, de tal manera que todos los ordenamientos jurídicos de una u otra forma lo incluyen como uno de sus principios. Así, desde siempre, el derecho considera la sanción jurídica frente a una conducta lesiva, ello responde a una exigencia de carácter ético. De distintas formas, quien causa un daño tiene el deber legal o por lo menos moral de responder por su conducta, esto es, se encuentra sujeto a una responsabilidad, y en principio, la responsabilidad significa la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a una persona. La obligación de reparar ha sido considerada como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal. (Bustamante, 1997)

Responder es un verbo de raíz latina que tiene muchos significados de acuerdo al diccionario de la Real Academia, es decir, es un término polisémico, pero interesan particularmente dos definiciones que ofrece la Real Academia Española, la que señala que, responder es “Estar uno obligado u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida”; la otra acepción pertinente es más genérica: “asegurar una cosa haciéndose responsable de ella”. Aunque la primera sea un poco más específica, ambas pueden ser subsumidas, en el sentido jurídico, con la que refiere Bustamante Alsina (1998), cuando dice que “responder es dar uno cuenta de sus actos”. (p.16) Henao (1998) define la responsabilidad civil como “la obligación de indemnizar un daño que ha sido causado injustificadamente a una persona y que tiene como objetivo la reparación de los daños antijurídicos o ilícitos”. (p.88) De otro lado, Díez Picazo (1994) desarrolla una definición de responsabilidad civil:

Sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Aunque normalmente la persona que responde es el autor del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en el que se habla de responsabilidad por hechos ajenos, como ocurre, por ejemplo, cuando a los padres se les hace responder de los daños causados por sus hijos, o al propietario del vehículo de los daños causados por el conductor con motivo de circulación. (p. 201.)

Tamayo Jaramillo (2007) conceptúa la responsabilidad como:

La consecuencia jurídica en virtud de la cual quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños que con esa conducta ilícita ha producido a terceros. Todo daño debe tener un responsable y todo riesgo un garante. (p. 128.)

El Código Civil Colombiano en su artículo 2341 establece la responsabilidad civil extracontractual como: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligatorio a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. (Ley 57, art. 2341, 1887)

Existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra. Pues de forma general, la responsabilidad civil es definida como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de un hecho, acto o conducta (Planiol & Ripert, 1936). Para Escobar Gil (2002), la responsabilidad civil es la obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido o el daño causado a un tercero, porque así lo dispone una ley, una convención originaria, lo estipule un contrato o se desprenda de ciertos hechos ocurridos, con independencia de que en ellos exista o no culpa del obligado a subsanar. La Escuela del “Derecho Natural” fue la base de Domat y Porthier juristas franceses para establecer en su país una doctrina específica en materia de responsabilidad civil, así lograron establecer las fuentes de las obligaciones que se refieren a los delitos y a los cuasidelitos, que resultaron en la incorporación de esta doctrina en el Código Civil Francés enfocando la funcionalidad de esta institución jurídica al resarcimiento de daños, funcionalidad que luego fue incluida en nuestro Código Civil por Andrés Bello.

Las normas que introducen la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, fueron incorporadas en el Título XXXIV del Código Civil que regula la responsabilidad común por los delitos y las culpas y específicamente inicia con el artículo 2341 que impone: “El que ha cometido un delito o una culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. (Ley 57, art. 2341, 1887)

Muy a pesar de que la norma civil contemplara el deber de reparar un daño, la Constitución Política de 1886 no señalaba el derecho de los ciudadanos a ser reparados cuando fuese el Estado quien vulnerara derechos. Sólo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se construyeron los cimientos de la responsabilidad del Estado, con fundamento en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

Es necesario recordar que hasta 1964 la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de decisión tuvo competencia para asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado, con la aplicación de normas de derecho privado y la Jurisdicción de lo contencioso administrativo representada por el Consejo de Estado como máximo tribunal, resolvía los asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado mediante normas de derecho público.

Posteriormente, se expide el Decreto 528 de 1964 que asigna la competencia para conocer asuntos sobre la responsabilidad estatal a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En la tarea de separación de jurisdicciones que emprendió el Consejo de Estado con el propósito de separar los fundamentos jurídicos de la responsabilidad del Estado de las normas del derecho civil, se soportó en los artículos 16, 10, 21, 30, 32, 33, 35, 44, 45 y 51 de la Constitución de 1886 con base en la teoría de la responsabilidad por falla del servicio.

Con la Constitución Política de 1991 que consolida en su artículo 90 la responsabilidad del Estado en los siguientes términos:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido

consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Constitución Política de Colombia, art. 90, 1991)

Como se ha esbozado en líneas anteriores, la institución jurídica de la responsabilidad tanto en el ámbito civil como en el contencioso administrativo ha sido adaptada por diversos juristas a nuestro ordenamiento con la función de reparar o resarcir los daños injustamente causados. Sin embargo, la reparación de daños materiales no supone una reparación integral.

La revolución de la constitucionalización del derecho, trajo consigo la ampliación del objeto de la institución jurídica de la reparación. Antes, se enfocaba básicamente en el daño como la lesión en sí misma, el mismo daño marcaba entonces la indemnización, la medida de reparación era pecuniaria y su naturaleza era resarcitoria y no se observaba a la víctima como principal protagonista en los casos de reparación. No obstante, esta situación evolucionó y hoy se han establecido principios que buscan como fin la protección y la reparación de la víctima tanto en la órbita objetiva como en la subjetiva, toda vez que ésta asume el papel principal y a la vez, la reparación busca resarcir el perjuicio causado, hacer cesar los efectos y consecuencias de la violación. Entonces la reparación integral, busca restablecer a la víctima al estado en que se encontraba antes de que produjera el daño, ubicándola en iguales condiciones a las que tenía antes sufrir la lesión.

La responsabilidad enmarcada en el derecho de daños, implica una adecuada equivalencia entre los daños causados y la reparación que se debe otorgar; en este sentido la violación del derecho ajeno o el incumplimiento contractual genera consecencialmente el restablecimiento del equilibrio por la irrupción del daño en que la tranquilidad de que hasta entonces gozaba la víctima:

Así, la afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y sentimental), y sin que exista un fundamento jurídico para ellos, impone devolver al afectado a la misma situación en que se encontraba previo al suceso, tratando de borrar la sombra de lo acontecido (reparación *in natura*) o de compensar a la víctima mediante el equivalente pecuniario tomando en cuenta todos los *chefs* de daños sufridos. (Sandoval, 2013, p.240).

El Principio de Reparación integral fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico con fundamento en los artículos 90 y 93 de la Constitución Política, el Código Civil, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la Ley 975 de 2005, la Ley 1448 de 2011, el artículo 63.1 de la CADH y la jurisprudencia de la CIDH en virtud del bloque de constitucionalidad, finalmente ha sido desarrollado por la jurisprudencia de las Altas Cortes a causa de la falta de regulación legislativa sobre el tema, así lo señaló la Corte Constitucional en su Sentencia C 965 de 2003, en los siguientes términos:

En la medida en que la Constitución Política no define ni precisa el concepto de reparación integral, es al Congreso de la República, en desarrollo de la libertad de configuración política, a quien compete regular técnicamente ese régimen de responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los métodos para cuantificarlo. (Corte Constitucional, Sentencia C-965, 2003)

Por tratarse de una institución jurídica de abierta discusión, cada corporación se ha encargado de sentar precedente sobre el tema de perjuicios y su reparación, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica de los asociados, sobre esto, se ha expresado el Consejo de Estado en sentencia precedida por el magistrado Enrique Gil Botero:

La reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o si los supuestos facticos lo permiten (transgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones (Consejo de Estado, Radicado: 16996, 2007).

En este orden de ideas, la reparación integral debe entenderse como el derecho de la víctima a obtener las condiciones para la transformación y restauración de su condición afectada por el hecho vulnerador, derecho que se expresa en diversas formas, entre ellas las medidas de reparación como indemnización, rehabilitación restitución, satisfacción y garantía de no repetición.

La Corte Constitucional ha señalado con relación a la reparación integral:

El derecho a obtener reparación es de carácter integral. Esto significa que su alcance excede la visión meramente económica de la participación de las víctimas dentro de los procesos llevados contra los responsables del daño, y debe abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima a nivel individual y comunitario. En el plano individual, la Corte ha sostenido que las medidas de reparación se extienden a i) la *restitutio in integrum*, o reposición de la situación a su estado original; ii) la indemnización o reparación por equivalencia en dinero; y iii) la satisfacción o reparación moral. En el plano comunitario, también las víctimas colectivas de violaciones a los derechos humanos o delitos por parte de los grupos armados al margen de la ley tiene derecho a una reparación colectiva que exige por parte del Estado la implementación de medidas económicas y simbólicas de satisfacción colectiva, garantías de no repetición, y acciones orientadas a la reconstrucción

psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia (Corte Constitucional, Sentencia T-458, 2010).

Cuando se pretende estudiar la responsabilidad extracontractual y contractual, desde el resarcimiento de los perjuicios extrapatrimoniales, se propone comprender distintos procesos que dentro del marco social o económico han ido significando una revitalización o una revalorización del concepto de persona y de su representación dentro de un sistema jurídico. De la noción clásica de persona, con atributos para el ejercicio de derechos y obligaciones se ha pasado a dar realce al ser humano reconociendo valor a sus sentimientos, intereses, angustias y a su propio cuerpo.

La persona, ha dejado de ser un simple titular de derechos subjetivos patrimoniales para asumir un papel importante en la defensa de: la intimidad, el honor, la integridad personal y la salud. No parece tratarse de un simple cambio de concepción, sino de una transformación del derecho hacia una visión ampliada en la cual los intereses del hombre en toda su integridad adquieren relevancia, concentrándose ahora en las víctimas.

Capítulo II

Tipología del daño inmaterial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el

Consejo de Estado en Colombia

A la complejidad de la definición de las diferentes tipologías de daños inmateriales, se le suma la marcada diferencia que muestran las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo, donde existen grandes contrastes no solo desde el ámbito cualitativo, es decir, respecto de las posiciones que se adoptan, sino también cuantitativo en cuanto a la forma como se realiza la valoración del daño. Puesto que, los medios probatorios solo llevan certeza al juez de la

ocurrencia del hecho dañoso. Sin embargo, en ningún caso podrá valerse de la suficiencia de una prueba para tasar la compensación del daño sufrido en materia de perjuicios inmateriales.

2.1. Antecedente del perjuicio moral en la jurisprudencia colombiana

El Código Civil Colombiano guarda directa influencia del Código Civil Chileno, el cual a su vez ha sido influenciado en su creación por el Código Civil Francés, así mismo, ambos códigos latinoamericanos han sido redactados por el ilustre jurista Andrés Bello. Esta influencia es palpable al relacionar la redacción del artículo 2341 del código nacional y el artículo 1832 del código francés en cuanto a la inclusión de los perjuicios inmateriales en la jurisdicción nacional:

El código nacional expresa:

Artículo 2341. Responsabilidad Extracontractual: El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido (Ley 57, artículo 1887).

Así mismo, el código francés explicita en su artículo 1382: “Todo hecho del hombre que cause perjuicio a otro, obliga a aquél por cuya culpa haya ocurrido, a repararlo”.

Sobre la naturaleza abierta del artículo 1382 del código francés, se refiere Domínguez (1998) al análisis jurisprudencial del mismo por parte de los magistrados franceses que dieron origen al concepto de daño inmaterial:

Se abrían las puertas a su reparación tras la declaración del procurador general Dupin ante las cámaras reunidas de la Corte de Casación de que “el error capital es creer que no existe sino un perjuicio”...por el contrario, se resolverá que aunque es cierto que los redactores del Código Civil al escribir el capítulo de los delitos y cuasidelitos no vieron el problema

del artículo 1832, por lo general de sus términos, se aplica tanto al daño moral como al daño material. (p.33-34)

En lo que corresponde a los perjuicios de naturaleza no patrimonial en Colombia, su desarrollo ha sido esencialmente jurisprudencial, no existe una regulación normativa (legal) que permita construir lineamientos objetivos para la tasación de perjuicios no patrimoniales o de carácter moral siguiendo la tendencia del derecho francés.

Se ha extendido la aplicación de un texto restrictivo a casos que en principio parecerían estar excluidos de la norma legal, amparándose en la función integradora que a los tribunales les corresponde [...] toda la teoría del daño moral se ha elaborado a partir de ciertas sentencias que por su trascendencia han modificado la concepción estricta del daño...porque en la mayoría de los sistemas, pese a la transformación operada por las sentencias judiciales, las normas relativas a la responsabilidad y al daño extrapatrimonial, en particular, no han sido alteradas (Domínguez, 1998, p.31).

2.2. Inserción Jurisprudencial del daño inmaterial en Colombia.

El perjuicio o daño moral, fue dentro de la calificación de los daños no patrimoniales el primero en ser reconocido por las Altas Cortes dentro del sistema legal colombiano, en un primer momento fue desarrollado y se estableció su importancia gracias a la Corte Suprema de Justicia, al ser este el único alto tribunal dentro de la estructura judicial interna en aquel momento.

La Corte Suprema de Justicia introduce el concepto de daño moral como precedente legal en Colombia, a través del análisis doctrinal presente en el fallo Villaveces del 21 de julio de 1922, con ponencia del magistrado Tancredo Nannetti, en donde se le otorgó al daño moral entidad propia dentro de la esfera del perjuicio y por dicha razón, por primera vez reconoce:

El artículo 2356 del Código Civil extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia e otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, óseo en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es solo una parte del conjunto de elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho. (Corte Suprema de Justicia, 1922)

Sobre lo anterior, expresa Hinestrosa (1983): “se sentó el principio de la existencia y consistencia jurídicas de un daño diferente del económico o patrimonial, igualmente atendible, consistente en la afectación de los sentimientos y afectos de la persona individual” (p.719-720)”. Los hechos que dieron origen al célebre fallo se resumen en que, descuidadamente, el municipio de Bogotá desocupó la bóveda 102 del Cementerio Nuevo Oriental, lugar donde descansaban los restos de la señora Emilia Santamaría de Villaveces esposa del señor León Villaveces, seguidamente los restos fueron erróneamente depositados en una fosa común. La demanda reclamaba principalmente el reintegro de los restos de su esposa a su lugar, la lápida de mármol y el ataúd traídos de Europa, y “todos los daños y perjuicios que he sufrido por haber extraído indebidamente de dicha bóveda (...) los referidos restos” (Corte Suprema de Justicia, 1922).

En primera y segunda instancia fueron negadas las pretensiones del demandante, cuando la sala de casación civil de la Corte asumió la competencia, casó parcialmente disponiendo que a través de examen pericial se fijara la suma que sería reconocida por concepto de daño moral. Como fundamento legal para esta posición sirvieron los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, según los cuales “la reparación se extiende a todo tipo de daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial”

En su momento, la Corte agregó:

[...] El Tribunal violó los artículos 1494, 2341 y 2366 del Código Civil, porque dichos artículos ni limitan el daño de que ellos hablan al solo patrimonio, que se traduce en menoscabo pecuniario, sino que contemplan también los bienes que tienen valor de afección explícitamente reconocidos por el artículo 483 del Código Civil” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 1922)

Finalmente, la Corte ordenó que se construyera un monumento con el fin de “colmarle el vacío que produjo el quebrante moral” al demandante, “estimamos que el mausoleo o monumento en referencia tiene que ser de un costo no menor de tres mil pesos (\$3.000). Por todo lo expuesto avaluamos los perjuicios que se nos ordenó apreciar, en la suma de tres mil pesos (\$3.000) moneda corriente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 1922).

Esta sentencia cobra significado al poner de manifiesto que: es posible la reparación de daños inmateriales aún más allá del daño moral y a su vez materializa la reparación de carácter simbólico a fin de satisfacer el dolor padecido por el señor León Villaveces.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en 1924, expide una sentencia sustitutiva en la cual define los parámetros por los que la corporación debe regirse al momento de abordar lo concerniente al daño moral:

- El daño moral debe ser reparado a la luz de los artículos 2341 y 2354 del Código Civil Colombiano, la extensión de la interpretación de estos configura la existencia del daño en su dimensión extra patrimonial.
- La dificultad para la tasación del daño moral, no debe ser un impedimento para su reparación.

- El objetivo de la indemnización del daño moral, es intentar reparar el dolor sufrido replazándolo por otra cosa que ayude a ser más llevadero la pena, el dolor y la angustia generada por la situación.

A continuación, se detallará la forma en la que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado realizan el ejercicio de determinación del tipo del daño a reparar y la respectiva tasación de su indemnización o monto reconocido a fin de resarcir el daño.

2.3. Tipología de daños inmateriales en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte

Suprema de Justicia

2.3.1. Daño moral subjetivo y objetivo

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de abril de 1941, comienza el desarrollo de las distintas formas del daño inmaterial, en la cual introduce los conceptos de daño moral subjetivo y daño moral objetivo.

Sobre el daño moral subjetivo, la corporación los clasifica como indeterminados o abstractos, que se relacionan con el dolor, la tristeza, la congoja y miedos que afectan o han afectado la dimensión interna o psiquis de la persona. En referencia al daño moral objetivo, se relaciona con los perjuicios económicos que la situación pueda generar, como la pérdida de un crédito o de una inversión por la difamación sufrida, un daño tangible y tasable de manera numérica (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1996). Sobre la aplicación de dicha clasificación, el daño moral objetivo fue ampliamente criticado en cuanto este tenía esencialmente la misma naturaleza de un daño patrimonial. Navarro (Como se cita en Méndez, 2016)

2.3.2. Daño a la vida de relación

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de mayo del 2008, amplía el espectro de los daños inmateriales, diferenciando esta nueva categoría del daño moral, denominándolo perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación, sobre la cual expresa la corte en esa misma sentencia, que se trata de una institución foránea exportada de la jurisprudencia italiana.

Incluso, se trae a colación en la sentencia la definición de la jurisprudencia italiana de la institución del daño a la vida en relación:

[...] el daño que sufre un sujeto a consecuencia de una lesión a su integridad psicofísica o a la salud, consistente en la disminución de las posibilidades de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social [...] (como se cita en Corte Suprema de Justicia 2008).

La corporación, tomando como punto de partida la foránea definición del derecho italiano, realiza una aproximación propia del daño a la vida en relación, la cual define como:

[...] esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil.

2.3.1. Lesión de bienes jurídicos de especial protección.

Sobre el daño a bienes jurídicos de especial protección, esta institución se desarrolla partir de una ampliación del concepto de daño a la vida en relación, sugiere la jurisprudencia que su génesis de sentido se encuentra en la sentencia del 18 de octubre del 2009, en donde la corporación establece que:

El daño a la persona en sus distintas manifestaciones relevantes... ciertamente se proyecta en un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptible de traducirse en consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida en relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2008, M.P Cesar Julio Valencia Copete.)

Sobre lo establecido, se puede derivar que es posible establecer daños que van más allá de los daños que afectan la órbita física o fisiológica del sujeto, sino que existen dentro de esa esfera no material, afectaciones a lo que denominan como derechos de naturaleza personalísimos.

La corte suprema de justicia en sentencia del 9 de diciembre del 2013, desarrolla la idea expresa en la sentencia antes citada, configurando como institución propia el daño a derechos personalísimos, la cual definirá como “daño a bienes de especial protección”, sobre esto la corte en esa misma sentencia expresa:

Se considera que el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional daño moral, pues dentro del conjunto de bienes no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos intereses jurídicos distintos a la aflicción, el dolor, o la tristeza que se produce en la víctima. Así las cosas, son especies de perjuicio no patrimonial – además del moral, el daño a la salud, el daño a la vida de relación

y la lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2013, M.P. Ariel Salazar Ramírez)

En 2014 se expide la sentencia del 05 de agosto (rad.11001-31-03-003-2003-00660-01), que contiene la jurisprudencia más reciente de esa corporación respecto de la tipología y la reparación del daño inmaterial. En ella se concretó el género de los perjuicios inmateriales mediante las siguientes especies: daño moral; daño a la vida de relación; y el daño a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.

El daño a los derechos fundamentales, que también fue denominado ‘daño a bienes personalísimos de especial protección que constituyen derechos fundamentales’, ‘daño a los bienes esenciales de la personalidad, subjetivos o fundamentales’ y ‘daños a los bienes jurídicos esenciales del individuo’ (Sentencia del 5 de agosto de 2014), es definido por la Corte como “el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2014)

Sobre el caso en concreto que dio lugar a estas consideraciones es necesario mencionar que la entidad demandada incurrió en incumplimiento de un contrato de mutuo, “al reversar unilateralmente el alivio que había otorgado al crédito” tomado por los demandantes, y la entidad fue condenada a pagar a cada uno de los demandantes diez millones de pesos por concepto de perjuicios materiales y veinte millones de pesos como compensación al daño causado al buen nombre.

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

En cuanto a la reparación del daño a los derechos humanos fundamentales, señaló:

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

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

Tal protección, sin embargo, para que sea eficaz, presupone que esta clase de daño guarde correspondencia con los valores del ordenamiento jurídico que le imprimen sentido y coherencia al sistema, lo que impone la necesidad de delimitar la extensión del resarcimiento; es decir, que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la

responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas.

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

[...] De igual manera el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Rad: 11001-31-03-003-2003-00660-01, 2014)

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

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

Sobre la reparación del daño moral y el daño al buen nombre se indicó:

Con relación al pago de los perjuicios morales, conviene reiterar que como hacen parte de la esfera íntima o fuero mental del sujeto damnificado, no son susceptibles de tasación por medio de pruebas científicas, técnicas o directas, toda vez que su esencia originaria y puramente espiritual obliga al juez a estimarlos, pues es por medio de la equidad y del derecho más no del saber teórico o razón instrumental, que pueden llegar a ser apreciados.

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

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

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

la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio, entre otras condiciones que el juez, logre advertir para la determinación equitativa del monto del resarcimiento. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Rad: 11001-31-03-003-2003-00660-01, 2014)

2.4. Tipología de daños inmateriales en la jurisprudencia del Consejo de Estado

En lo que corresponde a los daños de carácter inmateriales, el daño a la salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido el que más cambios a nivel conceptual y aplicativo han presentado dentro el aparato jurídico Colombiano:

2.4.1. Daño fisiológico

Para algunos juristas este daño se introduce en el ordenamiento jurídico a partir de la Sentencia del 14 de febrero de 1992 identificada con el número de expediente: 6.477, con ponencia del Consejero Carlos Betancour Jaramillo, en este fallo se reconoce la existencia del ‘perjuicio fisiológico’ como un nuevo daño inmaterial distinto del daño moral. Es necesario precisar que, el avance definitivo se hizo por medio de Sentencia del 06 de mayo de 1993 identificada con el número de expediente: 7.428, Consejero Ponente Julio César Uribe Acosta, oportunidad en la que el Consejo de Estado precisó que su finalidad:

Exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia [...] A quienes sufren pérdidas irremediabiles es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. (Consejo de Estado, Exp:7.428, 1993)

El fundamento doctrinal de la sentencia mayormente apoyado en la postura del tratadista Tamayo Jaramillo (1986) advierte que: “la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción síquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la indemnización por perjuicio

fisiológico repara la supresión de las actividades vitales” (p.56). Seguidamente a manera de conclusión y resaltando la importancia del nuevo tipo de daño, el Consejo de Estado agrega:

Al logro de este renacimiento, de esta especie de resurrección del hombre, abatido por los males del cuerpo, y también por los que atacan el espíritu, se orienta la indemnización del daño fisiológico o daño a la vida de relación. (Rueda, 2013, p. 15)

La adecuación del *nomen iuris* ‘perjuicio fisiológico’ generó dudas y confusiones desde su introducción. Mediante Sentencia del 25 de septiembre de 1997 del Consejo de Estado Sección Tercera identificada con el número de expediente: 10.421, el Magistrado Ricardo Hoyos Duque señala: “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, etcétera)” Así, concluye la Corporación que el término ‘fisiológico’ corresponde a una errada traducción de una sentencia de 1985 de la Corte de Casación Francesa en la que se referían al ‘perjuicio de placer’ de origen francés.

Señala Felipe Navia Arroyo que el concepto de daño fisiológico usado inicialmente por el Consejo de Estado correspondió al ‘perjuicio de agrado’ del Derecho francés, el cual es menos extensivo que el daño fisiológico, y que equivale al daño a la vida de relación elaborado por la doctrina italiana, que abarca las repercusiones de las lesiones en el ámbito laboral y de existencia de la persona, sin reducirse a su capacidad de gozar de la vida. (Navia, 2000)

Hasta este punto es necesario precisar que la sentencia de septiembre de 1997 corrigió un error que se venía cometiendo, sin embargo desencadena en otro error y es que la sentencia define el daño fisiológico con el concepto que en realidad corresponde al daño a la vida de relación (o

perjuicio de agrado según la doctrina francesa, como fue expresado en líneas anteriores el Consejo de Estado se refiere a ambos tipos como sinónimos.

Al respecto, la jurista Milagros Koteich quien realiza una comparación de la reparación del daño en Francia, Italia y Colombia, señala que el adjetivo ‘fisiológico’ no alude a la “disminución o pérdida del placer de la vida” sino las funciones fisiológicas y orgánicas que son las que permiten el desarrollo de actividades tanto cotidianas como de placer.(Koteich, 2012). Esto, en otras palabras, significa que lo que debe indemnizar bajo este concepto es sólo el primer aspecto, de manera que pueda tasarse de manera objetiva; pues la segunda parte corresponde al análisis dinámico del daño a la salud que es propio del Derecho italiano y que ha sido igualmente acogido en Colombia desde 2011.

2.4.1. Daño a la vida de relación

Sólo desde el 19 de julio del 2000, a través de sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera identificada con número de expediente: 11.842, con exposición del Magistrado Alier Hernández Enríquez, la jurisprudencia colombiana cambia el *nomen iuris* de ‘perjuicio fisiológico’ e introduce en el transito jurídico el ‘daño a la vida de relación’ proveniente de la Corte Italiana, al que realmente se hacía referencia desde 1993, el Consejo de Estado puntualizó:

Por lo que resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría de 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.

[...] 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 este estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones a las condiciones de existencia de una persona. (Consejo de Estado Sección Tercera, Rad: 11.842, 2000)

Por tratarse de un concepto mucho más comprensivo el Consejo de Estado señaló a manera de ejemplo los eventos en que sería procedente el reconocimiento del daño a la vida de relación por razones distintas a lesiones corporales:

[...] como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona [...] o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que –al margen del perjuicio material que en sí misma implica- produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas. (Consejo de Estado Sección Tercera, Rad: 11.842, 2000)

2.4.2. Alteración a las condiciones de la existencia

Posteriormente, a través de Sentencia del 15 de agosto de 2007 del Consejo de Estado identificada con número de expediente: AG 2003-385-01, CP. Mauricio Fajardo Gómez, se

introduce el término ‘Alteración a las condiciones de la existencia’ como imposición de reemplazo al daño a la vida de relación; entendiendo este tipo en particular como:

El sufrimiento padecido por la víctima de un daño, consistente en la modificación anormal del curso de su existencia, es decir de sus ocupaciones, sus hábitos y sus proyectos. Un daño puede entonces producir perjuicios, que desbordan la lógica de aquellos materiales, e incluso de los morales, cuando logra alterar el devenir cotidiano del comportamiento humano, no por comprometer su integridad física, ni sus sentimientos, sino por alterar sus condiciones de existencia, que no son otra cosa que sus costumbres relacionadas con su proyecto de vida. (Consejo de Estado Sección Tercera, Exp: AG 2003-029-01, 2007)

Cabe resaltar que la anterior definición a pesar de no aclarar el panorama en cuanto a la diferencia entre el daño a la vida en relación y la alteración a las condiciones de existencia, sí especifica que se trata de un perjuicio distinto al fisiológico, (cuando afirma que “no por comprometer su integridad física”) y al moral (al establecer que no se trata de los sentimiento de la víctima). Sin embargo, por la definición dada en las sentencias es evidente que sólo se trató de un cambio de nombre que ha mutado desde el ‘perjuicio fisiológico’, pasando por el ‘daño a la vida de relación’ y en últimas la ‘alteración a las condiciones de existencia’ que en síntesis se refieren a la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce un daño en el sujeto manifestado en sus relaciones con el entorno. No obstante, posteriormente la doctrina y la jurisprudencia concluyeron que en ningún momento se trató de un avance en las tipologías de perjuicios, sino de un simple cambio de nombre de un rubro que desde el principio le brindó protagonismo a las consecuencias de una lesión, sin existir en el ordenamiento un medio o tipo para reparar la lesión en sí misma. Sobre esto, expresa Gil Botero:

Se puede afirmar que se presentó una entropía que se generó con la asimilación del daño biológico, fisiológico o a la salud con el perjuicio 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, que se traduce en que el sujeto no puede realizar las actividades a las que está acostumbrado. (Gil Botero pág. 68)

2.4.3. Daño a la salud

En 2011 mediante Sentencia de Unificación del 14 de septiembre, expedientes 19.031 y 38.222 la Sección Tercera del Consejo de Estado delimita y sistematiza las tipologías de perjuicios inmateriales distintos al moral, con el propósito de dotar de seguridad jurídica a los administrados y para estructurar criterios concretos de compensación con base en la igualdad y la objetividad, a fin de satisfacer la máxima “a igual daño, igual indemnización”. Consecuencialmente, se adopta el concepto de ‘daño a la salud’ como perjuicio inmaterial distinto al moral que puede ser decretado en los casos que el daño provenga de una lesión corporal. El mismo, está encaminado a resarcir una vulneración al derecho a la salud de la víctima, supone una afectación a la integridad psicofísica e incluye daños estéticos, sexuales y psicológicos. El concepto de este *nomen iuris* proviene del Derecho italiano, donde es conceptuado en los siguientes términos:

[...] el daño psicofísico en sí mismo, es decir, la lesión a los valores de la integridad física y psíquica del individuo, prescindiendo de sus consecuencias (daño biológico en sentido estático): y al mismo tiempo es el perjuicio a la fruición del ambiente natural o social dependiente de un evento lesivo de la salud (daño biológico en sentido dinámico). (Sordini, 2002, p. 79, 92)

2.4.4. Daños por vulneración a bienes convencional y constitucionalmente amparados

Por último, mediante sentencias del 18 de mayo de 2010 expediente 32.651 y 01 de noviembre de 2012 se reconoció la afectación del derecho constitucional a la familia (Artículo 42 C.N.) y afectación a los derechos de intimidad familiar, recreación y utilización del tiempo libre, respectivamente, abriendo campo al denominado ‘perjuicio por violación de bienes jurídicos constitucionales’.

Bajo esta categoría el Consejo de Estado se dispuso a ir más allá de la protección de los bienes y derechos constitucionales para proteger en la misma medida los amparados por la Convención Americana de Derechos Humanos, al respecto la Corporación indicó:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado de internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta que no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”
(Consejo de Estado, 2.012)

Las anteriores anotaciones nos permiten señalar que, la tipología de perjuicios inmateriales para la Sección Tercera del Consejo de Estado se puede sistematizar en: perjuicio moral, daño a la salud (perjuicios fisiológicos o biológicos) y cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de ‘daño

corporal o afectación a la integridad psicofísica' y jurídicamente tutelado, como por ejemplo: el buen nombre.

Dedicadamente la Sección Tercera del Consejo de Estado con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados elaboró el Acta 23 del 25 de septiembre de 2013, documento aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014, fecha en la que fueron expedidas 08 sentencias de unificación jurisprudencial (expedientes 26251, 27709, 28804, 28832, 31170, 31172, 32988 y 36149) en las que fueron aplicados en cada caso concreto los criterios concretados mediante el Acta.

En el cuerpo del documento, el Consejo precisa a manera de regla general el rango de la cuantía en la que deben ser tasados individualmente los perjuicios antes mencionados y el criterio principal para su reconocimiento, tratándose de víctimas indirectas son relaciones afectivas propias de los grados de consanguinidad desde el primero hasta el cuarto y los terceros damnificados no familiares, abriendo paso a la siguiente clasificación:

- Nivel 1: Relaciones afectivas propias de esposos o compañeros permanentes o estables, y relaciones paterno filiales y, en general, del primer grado de consanguinidad.
- Nivel 2: Relaciones afectivas propias del segundo grado de consanguinidad o civil.
- Nivel 3: Relaciones afectivas propias del tercer grado de consanguinidad o civil.
- Nivel 4: Relaciones afectivas propias del cuarto grado de consanguinidad o civil.
- Nivel 5: Relaciones afectivas que se tienen con terceros damnificados o familiares.

En cuanto al perjuicio moral, siendo el único del que ofrece una definición, indica que “se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación,

congoja, desasosiego, temor, zozobra, etcétera, que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo” (Consejo de Estado Sección Tercera, Exp: 32422, 2015).

Para su reconocimiento se distingue de tres manifestaciones del mismo en situaciones fácticas concretas: en caso de muerte, en caso de lesiones personales y en casos de privación injusta de la libertad. La compensación para cada caso en términos generales fue establecida así:

- En caso de muerte, se fijan cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y los perjudicados indirectos, tasando la indemnización que le correspondería a cada uno en salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo los 100 smlmv como tope indemnizatorio. Respecto de la prueba de la relación afectiva es necesario acreditar el estado civil o la convivencia en los niveles 1 y 2. En los niveles restantes deberá la parte solicitante valerse de cualquier medio de prueba idóneo y pertinente para demostrar la relación que tuvo con quien ha fallecido.
- En caso de lesiones personales, se emplean los mismos cinco niveles pero el primero incluye a la persona directamente afectada y las tasas indemnizatorias corresponderán al porcentaje de gravedad de la lesión reconocido por la ciencia médica.
- En los casos de privación injusta de la libertad, la cuantía de la indemnización depende de los meses que haya estado privada de la libertad la víctima directa. Siendo el término mayor 18 meses calendarios o más, que como se ha venido indicando corresponderían a los 100 smlmv.

Apesar del señalamiento, se aclara que en los casos que constituyan “graves violaciones a los derechos humanos” la indemnización podrá ser mayor siempre y cuando “existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos señalados”. En este caso

la cuantía deberá ser fijada por el juez y ésta debe ser proporcional a la intensidad del daño que resulte probada en el proceso respecto de cada uno de los reclamantes.

Sobre el daño a la afectación relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se establecen los siguientes criterios:

- Se reconocerá a petición de parte.
- Se privilegia su compensación por medio de medidas reparadoras no indemnizatorias en favor de la víctima directa y de su núcleo familiar más cercano. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y la de crianza.
- Las medidas reparadoras no indemnizatorias “operarán teniendo en cuentas la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas , reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.”

Este tipo de daño cuenta con la excepcionalidad de “cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral, podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 smlmv” (Consejo de Estado Sección Tercera, Acta: 28 de agosto, 2014), indicando que la decisión en términos de reconocimiento y cuantía deberá ser motivado por el juez y deberá ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

En cuanto al daño a la salud, se reitera la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011 (exp. 19031) y se complementa con los siguientes criterios:

- La indemnización está sujeta a lo probado en el proceso.
- La indemnización se reconocerá única y exclusivamente para la víctima directa.
- La indemnización “no podrá exceder de los 100 smlmv.
- La gravedad de la lesión se refiere a la gravedad de la afectación corporal o psicofísica, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Como por ejemplo: la anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.

En casos excepcionales, es decir, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada (...) sin que en tales casos el monto total de la indemnización por ese concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 smlmv”. El reconocimiento de esta reparación excepcional deberá ser motivada y tasada por el juez.

De la información contenida en el documento, resalta el Alto Tribunal que “Ningún daño o perjuicio inmaterial podrá ser indemnizado doblemente”.

Sobre los conceptos antes referidos, a continuación se presenta un cuadro de realización propia, en donde se describe explícitamente la reflexión realizada por el Consejo de Estado en cuanto al concepto de daño a la salud como perjuicio, desde el 2012 hasta el 2016.

Sentencia Identificación	Decisión	Condena	Análisis daño a la salud:
Consejo de Estado – Sentencia 29 de Marzo del 2012. Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.	Condena	400	En la sentencia se establece que las lesiones que produzcan una alteración física, el afectado tiene derecho a una indemnización adicional al daño moral causado, la corporación a través de la jurisprudencia lo ha definido como daño a la salud. Este daño en cuanto a su tasación, en el caso de la presente sentencia cuando la capacidad laboral perdida es del cien por ciento,

			la corporación ha reconocido una indemnización equivalente a 400 salarios mínimos
Consejo de Estado-Sentencia 9 de Abril del 2012. Magistrado Ponente: Stella Conto Díaz.	Condena	400	La sentencia analizada cita el pronunciamiento realizado por el magistrado expediente 19031, C.P. Enrique Gil Botero), se sostuvo que la indemnización del perjuicio fisiológico se estructura “sobre la necesidad de resarcir la órbita de la salud del ser humano, entendida esta última, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como ‘el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades’”. Así mismo, se aborda la naturaleza autónoma del perjuicio a la salud, en el sentido que si el daño a la salud afecta derechos fundamentales se debe determinar el grado de afectación de los mismos, para determinar una propia de ese aspecto, sin que fuera procedente otro tipo de indemnización.
Consejo de Estado-Sentencia 9 de Mayo del 2012. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio	Condena	20	En la sentencia se establece que para definir el daño a la salud y su alcance se deben definir dos puntos esenciales con los cuales se desarrollaran los test por los que se define la tasación del perjuicio: i) responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”, y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.”
Consejo de Estado-Sentencia 1 de Noviembre del 2012. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.	Condena	100	Se establece que si bien la situación que se señala como perturbadora al derecho a la salud no es determinante (malos olores) si afecto las actividades diarias de las personas (familia) afecto su derecho a la libre circulación e intimidad, esta relación constituye sustento del fallo analizado.
Consejo de Estado-Sentencia de 13 de febrero de 2013 Olga Melida Valle De La Hoz.	Condena	400	Esta sentencia define el 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 compensación por la aflicción o el

			<p>padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente -como quiera que empíricamente es imposible- una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo (...) En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona</p>
<p>Consejo de Estado-Sentencia de 24 de abril de 2013. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa</p>	Condena	100	<p>Se define el daño a la salud bajo concepto ya adoptados por la corporación en Sección Tercera en providencias de 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222 en donde se dispone: se entiende por daño a la salud, la afectación a la integridad psicofísica de una persona.</p>
<p>Consejo de Estado-Sentencia de 24 de abril de 2013. C.P. E. Gil Botero.</p>	Condena	165	<p>Esta sentencia define que los daños a nivel sexual se deben indemnizar a la luz del concepto de daño a la salud, en cuanto la tasación se retoma el marco general en cuanto a tasación: Conforme a lo anterior, debe señalarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Se definen los elementos propios del daño a la salud: La incapacidad funcional derivada de la alteración de la función sexual y, por lo tanto, de la capacidad para realizar el acto sexual consecuentemente, obtener placer. El sufrimiento o padecimiento psíquico, derivado de la pérdida de la vida sexual. La incapacidad para desarrollar de manera armónica una vida afectivo-familiar y la vida de pareja. La alteración estética si la hay.</p>
<p>Consejo de Estado-Sentencia 3 de Mayo del 2013. Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth.</p>	Condena	20	<p>Esta sentencia define que uno de los elementos esenciales de prueba para tener bases de tasación es el dictamen de medicina legal.</p>
<p>Consejo de Estado-Sentencia 8 de Mayo</p>	Condena	100	<p>En la sentencia estudiada, se define que los valores fallados en torno al daño a la salud, no</p>

del 2013. Magistrado Ponente: Olga Melida Valle.			puede ser modificado en virtud de un accionante único, en cuanto la situación del mismo no puede ser más gravosa.
Consejo de Estado-Sentencia de 29 de Enero de 2014. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincon.	Condena	50	Reitera la sentencia a la luz de sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, que la tasación de los perjuicios a la salud está basado en el principio del arbitrio iuris, además que se configura por medio de los elementos objetivo (estático) y subjetivo (dinámico).
Consejo de Estado-Sentencia de 30 de Abril de 2014. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz.	Condena	100	Precisa la corporación en la presente sentencia la improcedencia de los conceptos de daño a la vida de relación o a la alteración a las condiciones de existencia para obtener la reparación de daño a la salud, pues la falta de objetivación e imprecisión conceptual no es posible que a través de ellos se pueda concretar dicha indemnización.
Consejo de Estado-Sentencia de 23 de Julio de 2014. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Zambrano	Condena	80	Se reafirma que el concepto “alteración a las condiciones de existencia” no será propio para exigir perjuicios relacionados con el daño a la salud, en su lugar se reconocerá bajo la categoría de “daño a la salud”, la cual se reconoce como un categoría autónoma: que resulta adecuada para indemnizar los perjuicios cuando el daño provenga de una lesión corporal, toda vez que dicha denominación comprende toda la órbita sicofísica del sujeto y está encaminado a resarcir económicamente una lesión o alteración a la unidad corporal de las personas.
Consejo de Estado-Sentencia de 12 de Diciembre de 2014. Magistrado Ponente: Stella Conto Díaz	Condena	100	En esta sentencia se expresa la necesidad de ampliar el concepto de “daño a la salud”, no solo se debe entender dicho concepto no solo en el campo componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano, y aplicarla también a las alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima.
Consejo de Estado-Sentencia de 26 de Febrero de 2015. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón	Condena	10	Esta sentencia la corporación reafirma los conceptos adoptados por la Sección Tercera, la cual expresa la autonomía del perjuicio a la salud desplazando denominaciones abiertas y abstractas.
Consejo de Estado-Sentencia de 25 de	Condena	40	Esta sentencia reitera los lineamientos expuestos en la sentencia del 28 de Agosto de 2014

Julio de 2015. Magistrado Ponente: Melida Valle de la Hoz			radicado: 3117° MP: Gil Botero, además define que si el daño a la salud se presenta con una mayor gravedad e intensidad, se puede definir una indemnización mayor a la motivada.
Consejo de Estado-Sentencia de 31 de Agosto de 2015. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz.	Condena	40	Se refiere la sentencia al daño a la salud como un perjuicio que se concreta en dimensiones como: la psicofísica, la cual se compone de los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc. Se establece que este daño se debe contrastar con el artículo 49 constitucional y determinar el grado de afectación, para diferenciar así este daño de otros: Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación, debidamente probados; además de los perjuicios morales, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.
Consejo de Estado-Sentencia del 10 de Diciembre de 2015. Magistrado Ponente: Guillermo Sánchez Luque	Condena	100	Se expresa en la sentencia que los perjuicios pedidos bajo el concepto daño a la vida en relación, ahora son entendido bajo el concepto de daño a la salud, o bajo la afectación grave a bienes e intereses constitucional y convencionalmente amparados, relacionando así, esta última categoría como una expansión del daño a la salud.
Consejo de Estado-Sentencia del 29 de Febrero del 2016. Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth	Condena	400	Sobre la autonomía del concepto de daño a la salud como perjuicio, expresa la corporación: Posteriormente, para referirse a todas las consecuencias de carácter inmaterial que conllevan las afectaciones a la unidad sicofísica de la persona, la Sección Tercera optó por estipular el perjuicio inmaterial del daño a la salud, de allí que, en esa materia específica, se excluyera la posibilidad de invocar y reconocer otras tipologías de perjuicios inmateriales como el fisiológico, el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia. Se establece también que cuando la vulneración a la salud se relaciona con derechos o intereses constitucionales y convencionales de interés, generalmente se realiza una indemnización de carácter no pecuniaria (simbólica) y solo se otorgara valor dinero cuando esta afectación se refleje de manera grave en el individuo.

Consejo de Estado-Sentencia del 30 de Junio del 2016. Magistrado Ponente:	Condena		Esta sentencia describe la evolución conceptual de los daños inmateriales distintos al daño moral: La Sala considera necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000 se reformuló el concepto de daño fisiológico por el de daño a la vida de relación; sin embargo, más adelante, en la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007, se abandonó dicha denominación y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia. Posteriormente, la Sala cambió de nuevo la denominación de dicho perjuicio por el de daño a la salud, mediante providencia del 14 de septiembre de 2011. Define que el daño a la salud como perjuicio autónomo se desarrolla en relación a la salud como un derecho fundamental, por lo que expresa la corte, que es posible indemnizar por concepto de violación de otro derecho fundamental.
Consejo de Estado-Sentencia 29 de Septiembre del 2016. Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero	Condena		La sentencia enfatiza en la evolución conceptual antes mencionada del daño a la salud, se especifica que se debe diferencial el daño a la salud del daño a bienes y derechos constitucionalmente protegidos, con el fin de evitar una doble indemnización.
Consejo de Estado-Sentencia de 6 de Diciembre del 2016. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz	Condena		Se vuelve a reafirmarla la directriz jurisprudencial en la cual el concepto de daño a la salud en calidad de perjuicio autónomo reemplaza los conceptos de “alteración a las condiciones de existencia” y “vida de relación”, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona.

Se entiende entonces, a la luz de lo antes expuesto, que el concepto de daño a la salud como perjuicio autónomo se ha ido especializando, primeramente como un concepto que convivía en cierto sentido con otras formas de perjuicio extra-morales, posteriormente, ha reemplazado dichos conceptos y del mismo se han creado otras categorías de daño como lo es el de los bienes protegidos de carácter especial, el daño a la salud ha ido evolucionando ampliando su protección pero al mismo tiempo variando las formas mismas de indemnización.

Capítulo III

Paralelismos y divergencias entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado: análisis de tipologías y su reparación.

Se ha establecido en desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que esta reconoce tres daños extra-patrimoniales de carácter autónomo:

1. Daño moral
2. Daño a la vida de relación
3. ‘Daño a los derechos humanos fundamentales’ o ‘Daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales’ o ‘Daño a los bienes esenciales de la personalidad, subjetivos o fundamentales’ o ‘Daño a los bienes jurídicos esenciales del individuo’

En lo que corresponde a la actual tipología de daños desarrollada en la jurisprudencia del Consejo de Estado se reconocen tres categorías de daño autónomo extra-patrimonial:

1. Daño moral
2. Daño a la salud
3. ‘Daño a bienes constitucionales y convencionales’ o ‘Daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados’

Sobre el daño a la vida de relación, en lo que corresponde a la jurisprudencia del Consejo de Estado esta categoría ya fue superada y se ha remplazado por el concepto de daño a la salud, además, que la categoría de bienes convencionales y constitucionalmente protegidos provienen de una ampliación del daño a la salud, que al afectar directamente facetas propias de derechos fundamentales se le asignó una característica propia.

3.1. Daño moral como concepto unificado en la jurisdicción civil y contenciosa administrativa Corte Suprema De Justicia-Consejo De Estado

En lo que se refiere al concepto de daño moral a nivel jurisprudencial, las Altas Cortes en lo civil y de lo contencioso administrativo han coincidido en la conceptualización del mismo, expresa la Corte Suprema de Justicia en fallo de 5 de agosto del 2014 y el Consejo de Estado que en sentencia de unificación de ese mismo año; que el daño moral se relaciona esencialmente con la afectación de la dimensión interna del sujeto (psiquis).

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes citada expresa sobre el concepto de daño moral:

[...] está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, ‘que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo’ (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos”, que se concretan “en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Exp: SC10297-2014, 2014).

Así mismo, expresa el Consejo de Estado en sentencia antes citada en relación con el mismo concepto:

El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima

directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Acta: 28, 2014)

Lo anterior, expone el paralelismo conceptual de ambas jurisdicciones en cuanto a la naturaleza del daño moral, respecto de los sentimientos y dimensión en la cual este daño de naturaleza no patrimonial se manifiesta.

3.2. Tasación del perjuicio moral la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en la Jurisprudencia del Consejo de Estado

En lo que corresponde a los procesos de tasación de daño inmaterial en su dimensión moral, el alto tribunal de la jurisdicción civil y el alto tribunal de lo contencioso administrativo difieren radicalmente. El primero, basa el proceso en un ejercicio de carácter subjetivo denominado *arbitrio iudicis* realizado por el administrador de justicia, el cual depende esencialmente de los elementos particulares del caso analizado, por lo que no es posible crear “parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio” (M’Causland, 2015, p.73). El segundo, basa tal cálculo en un proceso de construcción de niveles, un ejercicio que se dirige a un intento de objetivación de tal calculo.

En jurisprudencia reciente, la Corte Suprema de Justicia ha mantenido la idea primaria que la tasación de perjuicios morales, es esencialmente subjetiva:

Criterio de la Corte que descansa en la concepción jurídica del daño moral, que no tiene una valoración pecuniaria, en sentido estricto, pues al pertenecer a la siquis de cada persona es inviable de valorar al igual que una mercancía o bien de capital, justamente porque los sentimientos carecen de apreciación monetaria. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Exp: AC-2923, 2017)

Así mismo, expresa la corporación sobre los topes indemnizatorios en sentencia del 3 de mayo del 2017:

El Consejo de Estado ha fijado como pauta un tope máximo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cual, al igual que el establecido en pronunciamiento de la Sala de Casación Civil, como ya se indicó, comporta un criterio de orientación, pues en todo caso el monto de la indemnización por daño moral subjetivo depende de la acreditación de la intensidad del perjuicio. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Rad: 36784, 2017)

Sobre lo anterior, se entiende que la tasación del monto por el daño moral es esencialmente subjetivo, dependiendo enteramente del arbitrio del administrador de justicia, que al mismo tiempo se orienta por criterios aparentemente sistémicos u objetivos en cuanto un monto a priori, pero que no es necesariamente obligatorio.

Por otro lado, el Consejo de Estado, ha establecido una serie de niveles relacionados con la tasación del daño moral, los cuales responden a niveles de relación de cercanía con el afectado, los cuales varían dependiendo del perjuicio causado: muerte, lesión y privación de la libertad.

Luego entonces, resulta pertinente profundizar sobre el tecnicismo que el Consejo de Estado ha desarrollado para tasar el daño moral, teniendo en cuenta que se hace estrictamente necesario aportar prueba del parentesco, mientras que en la Corte Suprema de Justicia el juez se sirve de cualquier medio de prueba idóneo que puedan llevarlo a construir una firme convicción sobre la relación afectiva que existe entre el demandante y la víctima. Además de ello, no existe tarifa legal para demostrar ninguna categoría de perjuicios inmateriales por tratarse de creación y desarrollo jurisprudencial.

Se debe resaltar la tarea realizada por el Consejo de Estado al respecto de establecer antecedentes jurisprudenciales firmes sobre el tema, a fin brindar a los administrados seguridad jurídica y en función de la equidad como criterio auxiliar en la praxis judicial. Ahora bien, es necesario cuestionar sobre la aplicación de los topes indemnizatorios, toda vez que, no es correcto suponer el nivel de afectación y sufrimiento que podría llegar a padecer el reclamante teniendo como único referente el tipo de relación afectiva que tenía con la víctima o el grado de consanguinidad, ya que eso haría estrictamente obligatorio que por ejemplo los hermanos sean indemnizados con un mayor monto que los amigos o las parejas sentimentales que no constituyen una unión marital de hecho, en vista de que sólo basta la demostración del perjuicio y la prueba de parentesco o de la relación afectiva para hacerse merecedor del reconocimiento y la consecuente reparación del perjuicio, sin que el juez haya tenido oportunidad de valorar las circunstancias particulares de cada caso y de cada víctima para fundar sus decisiones. Se hace indispensable el arbitrio del juez, cuando se trata de reparar perjuicios inmateriales, inicialmente por el vacío legal que existe sobre el tema, seguido de la autorización legal para reparar integralmente el perjuicio contenida en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y aunque con el propósito de subsanar el vacío legal, no es dable a la jurisprudencia suprimir la facultad del juzgador de evaluar la gravedad del sufrimiento padecido por el reclamante sin que el monto la indemnización dependa estrictamente del vínculo que lo relacione con la víctima.

3.3. Prejuicios extrapatrimoniales referentes a la salud

3.3.1. Daño a la vida de relación como perjuicio autónomo frente al daño a la salud

La Corte Suprema de Justicia reconoce el daño a la vida de relación como un perjuicio autónomo de daño extrapatrimonial, al contrario sensu, el Consejo de Estado ya no considera este

tipo como un daño autónomo, en el desarrollo de su actividad lo ha remplazado por el denominado daño a la salud.

En el desarrollo de esta investigación, en cuanto a los daños relacionados con la vida de relación y a la salud como perjuicios autónomos, nos aborda la impresión si esa “evolución” que realiza el Consejo de Estado del daño a la vida de relación a daño a la salud es esencialmente necesario o al menos si representa una superación del mismo.

Recordemos que la categoría que hoy reconoce el Consejo de Estado como daño a la salud es el daño corporal o fisiológico reconocido en Francia y el perjuicio biológico del Derecho Italiano, cuyas figuras fueron accidentalmente sobrepuestas a los conceptos del perjuicio de agrado y el de alteración a las condiciones de existencia.

Ambas corporaciones compartieron en un lapsus temporal el mismo concepto de daño a la vida de relación, esto se afirma en la sentencia del Consejo de Estado del 2000 identificada con el expediente: 11842 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2008 identificada con el radicado: 006-1997-09327-01, en donde ambas cortes definen el daño a la vida de relación como una afectación a la vida exterior de una persona provocada por un perjuicio o de carácter psicofísico o patrimonial.

Así mismo, comparten la noción de que es un daño que no solo afecta al individuo que sufre directamente, sino que puede ser padecido por terceros:

Este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que - además del perjuicio patrimonial y moral -

puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. (Consejo de Estado Sección Tercera, Rad: 11842, 2000)

Según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquélla y éstos. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Exp: 11001-3103-006-1997-09327-01)

Posteriormente, en sentencia del Consejo de Estado del año 2011 identificada con el expediente: 38222, la categoría autónoma de daño a la vida en relación es sacada del tránsito jurídico y es remplazada por el concepto de daño a la salud, pero que en su aplicación como nueva categoría genera un conjunto de falencias comparado con la categoría anterior con relación a la integralidad de la indemnización, como en próximas líneas se mostrará.

El concepto de daño a la salud, esencialmente es el mismo que configuraba el daño a la vida de relación, pero este solo se configura cuando la lesión a la vida exterior del sujeto proviene directamente de una lesión de carácter psicofísica, pero en este caso, solo es posible indemnizar al sujeto víctima del daño de manera directa, y no aquellos terceros que comparten relaciones afectivas de naturaleza familiar o social, esta limitación conceptual parece reducir el ámbito de protección de dicho daño, por lo que se niega la reparación en su carácter integral.

3.3.2. Sobre la reparación del daño a la salud en el Consejo de Estado

Esta tipología solo se repara en favor de la víctima directa, en dinero, de acuerdo con la gravedad de la lesión, en una cuantía no mayor a 100 SMLMV, a menos que “existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud”, en

ese caso no podrá ser mayor a los 400 SMLMV. Al respecto de esta “orden” debe decirse que en cuanto a las seis categorías que clasifican las lesiones de acuerdo a su gravedad, dada en porcentajes, el documento del 28 de agosto del 2014 no permite comprender cómo se determinan los porcentajes, y por ende cómo determinar la gravedad de las lesiones. Por lo tanto, tampoco resulta claro en qué eventos debe darse aplicación a la regla de superar el tope de los 100 SMLMV toda vez que de una deducción lógica se tiene que este monto sólo es aplicable cuando la lesión corresponda al 100%. De ser así, es difícil comprender cómo una lesión podría superar el cien por ciento y si ello tendría sentido, teniendo en cuenta que sólo es posible reparar a la víctima directa. Lo anterior, evidencia que la jurisprudencia fue un poco descuidada al ofrecer pautas que carecen de coherencia.

3.4. Sobre la categorización de los derechos fundamentales y derecho humanos como categoría autónoma en ambas jurisdicciones.

Más allá de las variaciones nominales en cada jurisdicción, es claro que ambas reconocen como tipología autónoma de los perjuicios inmateriales el daño a los derechos fundamentales. La Corte indica que dicha tipología consiste en “el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual”. Ahora bien, en revisión de lo estudiado podría afirmarse que desde la Corte Suprema de Justicia por regla general el daño en ambas jurisdicciones se clasifica por las consecuencias que produce y no por las causas que lo generan. No obstante, en la corporación esta categoría es resarcible aunque no genere consecuencias en el patrimonio, la esfera interior o la vida de relación de la víctima. Como fundamento de lo anterior, se tiene en sentencia del 5 de agosto de 2014 que para la Corte el daño al buen nombre se configura “cuando se demuestra la violación culposa de ese bien jurídico, sin

que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia... porque el daño resarcible se configura con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional”.

Desde el Consejo de Estado, esta tipología “no se concreta solo con la verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos de la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial, los cuales son injustamente padecidos por la víctima”. De las definiciones transcritas es evidente la diferencia conceptual de cada jurisdicción que incurre directamente en el espectro o alcance de protección que cada Corporación pretende darle al perjuicio autónomo que aquí se reconoce. Debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado no es claro en dar una verdadera definición de la categoría pero sí hace énfasis en que es procedente su reparación no por la lesión en sí misma sino por las consecuencias que esta genere. Con todo y haber plasmado la anterior salvedad del análisis de las consideraciones resolutivas en las sentencias de unificación de los expedientes 26.251, 28.804, 28.882, 32.988 se avizora la violación a múltiples daños constitucionales y ordena su reparación en medidas de carácter no pecuniario sin que se especifiquen las consecuencias que han sido valoradas para ordenar su reparación.

Específicamente en la sentencia 28804, el Consejo de Estado afirma que “la deficiencias en la atención gineco obstétrica evidencia una actitud de invisibilidad e indiferencia frente a la atención propia de la salud sexual y reproductiva, rezago de un modelo patriarcal y de discriminación por motivo de género” y agrega que dichas conductas deben alertar sobre la persistencia del menosprecio histórico hacia lo femenino, que se compagina con la dignidad de la mujer y resulta lesivo para los derechos del ser humano esperado y recién nacido. En este caso, se ordena la reparación a través de medidas no pecuniarias sin entrar en reparo sobre las consecuencias que se produjeron en virtud de la violación de los derechos de la mujer y del recién

nacido, es decir, fue procedente la reparación sin especificar las consecuencias objeto de reparación.

Con respecto a la sentencia del expediente 32988, el Consejo reconoce la violación a los derechos constitucionales fundamentales y convencionales a la familia, la verdad, el recurso judicial efectivo y el desplazamiento forzado de algunos demandantes. Como medida de satisfacción para resarcir el daño a “la dignidad, la honra, el buen nombre y la reputación de las familias” se ordenó publicar los apartes pertinentes del fallo y rectificar sobre la verdadera identidad de las víctimas. Ello permite realizar dos afirmaciones: la primera es que evidentemente se repararon las consecuencias de la vulneración de varios derechos constitucionales, de ahí que la vulneración del derecho a la verdad generó la vulneración de la dignidad, el buen nombre y la reputación de los demandantes, llevando consigo el reconocimiento al daño moral cuya reparación se ordenó en el mismo fallo de manera autónoma. La segunda es que analizadas las consideraciones para reconocer la vulneración a los derechos fundamentales se tiene que encajan en la desaparecida (para el Consejo de Estado) categoría de daño a la vida de relación. Seguidamente, sobre la violación al recurso judicial, se expresó que los hechos no fueron investigados y que su correspondiente reparación como garantía de no repetición se dispone enviar copias a la Fiscalía General de la Nación para estudiar la posibilidad de iniciar proceso penal correspondiente contra los responsables; Ahora bien, si se pretendía reparar la violación al recurso judicial efectivo, su protección se encuentra íntimamente estrecha a la del derecho a la verdad y cuya reparación fue reconocida de manera autónoma y cuyas consecuencias coinciden con lo que en algún momento se reconoció como daño a la vida de relación.

De las observaciones hechas, es dable poner en duda la afirmación del Consejo de Estado con respecto a que la categoría de daño a derechos fundamentales no se refiere a la lesión en sí

misma sino a las consecuencias y ello tiene repercusiones importantes, toda vez que no es adecuado obviar las consecuencias de la violación del derecho constitucional porque ello implica que su reparación no se realice de manera íntegra o en su defecto que el perjuicio sea reparado parcialmente o simplemente quede sin reparación.

Este tipo de situaciones que se muestran son el desenlace de crear categorías autónomas sin antes haber realizado un concepto claro que permita determinar los parámetros y alcance de protección de tal tipología, que además significa la imposibilidad de una correcta reparación, toda vez que, como se expuso, en repetidas ocasiones se llega a confundir con otras tipologías impidiendo que se repare el perjuicio padecido y solamente el perjuicio o inclusive hace parecer innecesaria la creación de esta nueva categoría. Además de ello, su errada aplicación evidencia la separación de la función esencial de las tipologías de daños inmateriales que es reparar, pues se indaga en las causas que generan el daño y no en las afecciones padecidas por la víctima a causa de éste, debe recordarse que el fundamento de esta medida se encuentra en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que el Consejo de Estado cita en repetidas ocasiones para proceder con el reconocimiento del perjuicio y ordenar su reparación y mencionada norma prevé que en casos de violación de un derecho o libertad protegido por aquella, se dispondrá que se le garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad, y también, si fuere procedente, que se reparen “las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

3.5. Tasación de daños en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en cuanto a normas de especial protección.

En cuanto a la naturaleza de los procesos de tasación de perjuicios no patrimoniales, se explicita una gran diferencia en cuanto al alcance de dichas indemnizaciones. En ese sentido, la

tasación y aplicación de la indemnización por parte de la Corte Suprema de Justicia es esencialmente económica, la cual es fijada en un ejercicio de cálculo subjetivo realizado por el magistrado en relación con las características del caso abordado. Sobre la indemnización de normas de especial protección en el caso del Consejo de Estado, en jurisprudencia referida a la indemnización de derechos humanos, este ha sido mixto en cuanto a la naturaleza de las mismas, por un lado se han establecido sumas de dinero a las víctimas directas como a su círculo familiar, y por otro, se han adoptado medidas de carácter no pecuniario dirigidas a la reparación integral, las cuales buscan públicamente el reproche de las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

Conclusiones

1. Desde las primeras organizaciones sociales los hombres han buscado formas de resarcimiento de los daños sufridos por otros individuos, en su génesis, fue la venganza privada el primer modelo para resarcir daños, posteriormente, se ha intentado a través de normas de carácter objetivo limitar tales acciones de resarcimiento de daños.

2. En Colombia, el daño moral es introducido como institución legal por la Suprema Corte de Justicia en 1922, seguidamente, en 1924 la misma corporación configura los lineamientos aplicativos de dicho perjuicio.

3. La Corte Suprema de Justicia, desde la introducción en 1922 del daño no patrimonial como precedente jurisprudencial, ha desarrollado tres categorías ligadas a esta forma de perjuicio: daño moral, daño a la vida de relación y el daño a derechos fundamentales y constitucionales.

4. El Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es la corporación que más ha innovado en cuanto a la creación de tecnicismos para la tasación de los perjuicios inmateriales, pretendiendo principalmente la regla de equidad y reparación integral a las víctimas. Sin embargo, de los tecnicismos desarrollados por el Alto Tribunal, en su aplicación muestran falencias y faltas de coherencia.

5. Ambas corporaciones comparten el mismo concepto de daño moral pero en cuanto a su tasación difieren sustancialmente en sus criterios, mientras que la Corte aplica un sistema subjetivo de tasación, el Consejo aplica una tabla de valores predeterminados que se relaciona con arquetipos casuísticos.

6. En algunos lapsos temporales, ambas corporaciones han compartido la misma tipología de daños, pero es en la actividad del Consejo de Estado en donde se desarrollan nuevas formas de indemnización, apelando a la tecnificación del lenguaje jurídico.

7. La jurisprudencia del Consejo de Estado no es clara en argumentar la reparación privilegiada o diferencial de del daño por violación a derechos fundamentales cuyo resarcimiento se prevé con medidas no pecuniarias, que de acuerdo a lo estudiado dicha indeterminación deriva de la falta de definición y parámetros de la categoría.

8. La categoría autónoma de daño a los derechos fundamentales presenta en ambas jurisdicciones confusiones en su determinación e individualización, que se manifiesta en el reconocimiento del daño sin ordenar su reparación.

9. El vacío legal que existe sobre el tema de perjuicios inmateriales ha generado la vulneración del Principio a la Reparación Integral que merecen las víctimas, y más que el vacío legal la disparidad de tipologías y métodos de reparación entre las jurisdicciones.

Recomendaciones

Durante el transcurso del presente ejercicio de investigación, es posible realizar algunas propuestas dirigidas a la superación de algunos problemas conceptuales propios de la temática tratada:

1. Las Altas Cortes deben realizar un esfuerzo para homogenizar los conceptos referentes a la categorización del daño inmaterial, esto con el fin de poder definir estrategias claras de determinación e individualización de los daños, una vez se encuentren los conceptos claros establecer parámetros de tasación a los que debe ceñirse el juzgador a manera de referencia.
2. Se debe limitar la sobre especialización del lenguaje jurídico, esto referido a conceptos de los daños inmateriales, algunos de estos son ampliaciones de categorías anteriores que bien pueden conservar su denominación, evitando así una compleja construcción semántica que puede afectar la concreción de los derechos de los asociados.
3. Es necesario dentro de la Corte Suprema de Justicia el pronunciamiento unificado sobre el tema, a fin de evitar discusiones jurídicas sobre categorías que se consideran superadas.

Referencias Bibliográficas

Leyes y Códigos

Código Civil. (1887). Ley 57

Constitución Política. (1991)

Convención Americana de Derechos Humanos

Decreto 528. (1964)

Decreto 2591. (1991)

Ley 446. (1998).

Revistas Especializadas

CRUZ, A. (2000). La responsabilidad civil en el Código de Napoleón. Las bases de su estructura dogmática. *Revista de Derecho Privado UNAM No. 11*. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr2.htm>

DOMÍNGUEZ, C. (1998). La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25. No. 1.

GUERRA MORENO, D. (2016). *Principio de Reparación Integral: Objetivo de la responsabilidad del Estado colombiano por la violación de derechos humanos y su tendencia en los procesos de reparación directa* (tesis doctoral). Universidad de Salamanca. Salamanca, España.

KOTEICH KHATIB, M. (2010). La indemnización del daño extrapatrimonial (Derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés. *Revista de Derecho Privado No. 18*. Universidad Externado de Colombia. 159 - 202.

MÉNDEZ, E. (2016). Daño moral en las personas jurídicas y su tratamiento en Colombia. Cuadernos de Maestría en Derecho No. 5. Universidad Sergio Arboleda. Recuperado de: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/download/993/830/>

RUEDA, D. (2013). *La reparación del daño a la salud en la jurisdicción de lo contencioso administrativo* (tesis de maestría). Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.

SANDOVAL, D. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado No. 25*. Universidad Externado. 235-271.

TORRES BENITO, M. (2012). La responsabilidad civil: origen, evolución, definición y funciones. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 44.

Libros

ALEXY, R. (2002). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BUSTAMANTE, A. (1998). El daño moral colectivo es un daño resarcible. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

DE CUPIS, A. (1970). El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. 2da edición. Barcelona, España: Casa Editorial Bosch.

DIEZ, P. (1998). Sistema de derecho civil. Madrid, España: Tecnos.

- ESCOBAR GIL, R. (1989). Responsabilidad contractual de la administración pública. Bogotá, Colombia: Temis.
- FERRAJOLI, L. (1999). Derecho y razón. Madrid, España: Trotta.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2004). Curso de Derecho Administrativo. Thomson. Civitas.
- GIL, E. (2013). Responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá, Colombia: Temis.
- GIL, E. (2014). La constitucionalización del derecho de daño. Bogotá, Colombia: Temis.
- HENAO PÉREZ, J. (2003). El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- HINESTROSA, F. (1983). Escritos Varios, Apreciación sobre el daño moral. Bogotá, Colombia (Universidad Externado de Colombia).
- KOTEICH KHATIB, M. (2012). La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales. Bogotá, Colombia: Universidad del Externado.
- LE TORNEAU, P. (2003). La responsabilidad civil. Bogotá, Colombia: Legis.
- LÓPEZ HERRERA, E. (1998). Introducción a la responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina:
- M'CAUSLAND, M. (2008). Tipología y reparación del daño no patrimonial. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- M'CAUSLAND, M. (2014). Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- MASSIMO, B. (1994). Diritto Civile, V. La responsabilità. Milano, Italia: Giuffrè.

- MAZEAUD, H. MAZEAUD L y TUNC A. (1977). Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa América.
- NADER, R. (2010). Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia. Advocatus.
- NAVIA, F. (1979). Estudio sobre daño moral. Bogotá, Colombia: Anif.
- NAVIA, F. (2000). Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real? Bogotá, Colombia: Universidad del Externado.
- PEIRANO, J. (1981). Responsabilidad extracontractual. Bogotá, Colombia: Temis.
- PIETRO SANCHIS, L. (1998). Diez argumentos a propósito de los principios. Madrid, España: Dykinson.
- Luna, F. (2018). El mito del cientificismo en la valoración de la prueba científica. *Jurídicas cuc*, vol. 14, no. 1, pp. 119-144. Doi: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.6>
- PLANIOL, M & RIPERT, G. (1936) Tratado práctico de derecho civil francés, t. sexto, “Las Obligaciones”. La Habana, Cuba: Cultural.
- ROJAS, S. El daño a la persona y su reparación. Ibáñez.
- ROZO, P. El daño biológico. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- SANTOFIMIO, J. BREWER, A. (2013). Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. (1962). El daño moral. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- SORDINI, P. (2002). El daño biológico. Bogotá., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- TAMAYO, J. (1986) De la responsabilidad civil, Tomo II. Bogotá, Colombia: Temis.

- TAMAYO, J. (2007) Tratado de responsabilidad civil. Bogotá, Colombia: Legis.
- VICENTE, Elena. (1994). Los daños corporales: tipología y valoración. Barcelona, España: Bosch Casa Editorial.
- VIGO, R. (2012). Constitucionalización y judicialización del derecho. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- VINEY, G. (2007). Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- ZAGREBELSKY, G. (2003). El derecho dúctil. Madrid, España: Trotta.
- Arteaga, S. (2018). ¿Cómo funciona el cerebro político? Guía de comunicación política para entender a los votantes y a la opinión pública. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 10 (20): 187-212. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.20-2018-2155>
- Bechara, A. (2015). Aproximación teórica al concepto de estado: distinciones en torno a Heller, Jellinek y Carré de Malberg. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 7, (14): 72-84. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.7-num.14-2015-1518>
- Campiz Jiménez, G. (2018) Incongruencias de las sanciones a grupos armados ilegales contemplados en los acuerdos de la Habana con los modelos de justicia restaurativa actuales. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 10 (19): 178-203. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2139>
- Caro, K. (2018). Hermenéutica Judicial para la protección de los segundos ocupantes en el proceso de restitución y formalización de tierras. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, X (19):250-270. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2142>
- Ferrer, J. (2017). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 9, (18): 150-169. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2059>
- Kalach, G. (2016). Las comisiones de la verdad en Colombia (2016) Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. VIII, (16): 106-124. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.8-num.16-2016-1534>
- Petro González, I. (2016). El juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, VIII, (16): 125-134. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.8-num.16-2016-1535>

- León Vargas, G. (2018). Diáspora Venezolana: Cartagena, más allá de las cifras. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 10 (20): 111-119. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.20-2018-2150>
- Luna Salas, F., & Nisimblat Murillo, N., (2017). El Proceso Monitorio. Una Innovación Judicial Para El Ejercicio De Derechos Crediticios. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9 (17):154-168. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.17-2017-1546>
- Payares, J. (2017) Restitución de tierras, paso clave para el posconflicto: estudio de fallos. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9 (18): 31-40. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2052>
- Salgado, A. (2017). Constitución y Derechos Humanos. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*. 9, (18):21-30. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2051>
- Vázquez, C. (2017). El perito de confianza de los jueces. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9, (18): 170-200. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2060>

Jurisprudencia Corte Constitucional

Sentencia C – 965. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. (Corte Constitucional 2003)

Sentencia T – 458. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. (Corte Constitucional 2010)

Jurisprudencia Consejo de Estado

Acta 23. Sección Tercera. (Consejo de Estado 25 de septiembre de 2.013)

Sentencia No. 76001-23-25-000-1996-04058-01 (16996). C.P. Dr. Enrique Gil Botero. (Consejo de Estado 19 de octubre de 2007)

Sentencia Exp. 6.477. C.P. Carlos Betancour Jaramillo. (Consejo de Estado 14 de febrero de 1992)

Sentencia Exp. 7.428. C.P. Julio Uribe Acosta. (Consejo de Estado 6 de mayo de 1993)

Sentencia Exp. 10.421. C.P. Ricardo Hoyos Duque. (Consejo de Estado 25 de septiembre de 1997)

Sentencia Exp. 11.842 C.P. Alier Hernández Enríquez. (Consejo de Estado 19 de julio de 2000)

Sentencia Exp. AG 2003-385-01. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. (Consejo de Estado 15 de agosto de 2007)

Sentencia Exp. AG 2003-029-01. C.P. Enrique Gil Botero. (Consejo de Estado 18 de octubre de 2007)

Sentencia de Unificación Exp: 19.031 y 38.222. (Consejo de Estado 14 de septiembre de 2.011)

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia

Sentencia Caso Villaveces. M.P. Tancredo Nannetti. (Corte Suprema de Justicia 21 de julio de 1922)

Sentencia Rad: 006-1997-09327-01. (Corte Suprema de Justicia Sala Civil 1 de mayo de 2008)

Sentencia Rad: 88001-31-03-001-2002-00099-01. (Corte Suprema de Justicia Sala Civil 9 de diciembre de 2013)

Sentencia Rad: 11001-31-03-003-2003-00660-01. (Corte Suprema de Justicia Sala Civil 5 de agosto de 2.014)