

**EL DAÑO MORAL Y A LA VIDA DE RELACIÓN, Y SU APLICACIÓN EN EL
SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO**

**CRISTIAN EDUARDO GARCÍA VARGAS
GILBERTO AUGUSTO PARRA DÍAZ**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA
2007**

**EL DAÑO MORAL Y A LA VIDA DE RELACIÓN, Y SU APLICACIÓN EN EL
SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO**

**CRISTIAN EDUARDO GARCÍA VARGAS
GILBERTO AUGUSTO PARRA DÍAZ**

**Trabajo de grado presentado como requisito
Para optar al título de ABOGADO**

**Director
Dr. HÉCTOR ELÍAS HERNÁNDEZ VELASCO
Profesor Titular Escuela de Derecho y Ciencia Política**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA
2007**

“A Dios Padre, mi eterno ayudador, a mis padres, a mi familia, a mis amigos y todos aquellos que hicieron posible la realización de este trabajo

Cristian Eduardo García Vargas

“A Dios, Nuestro Señor y a mi mamá, a quienes les debo todo. A mis familiares y amigos, por su apoyo constante en el desarrollo de este trabajo”

Gilberto Augusto Parra Díaz.

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos a:

La Doctora Francy del Pilar Pinilla, Magistrada del Tribunal Administrativo de Santander.

El Doctor Julián Hernando Rodríguez, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga.

El Doctor Avelino Calderón Rangel, Magistrado de la Sala Civil y de Familia, Presidente del Tribunal Superior de Bucaramanga.

El Doctor Eduardo Fernández Carlier, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga.

La Doctora Ingrid Johana Mantilla, Relatora del Tribunal Superior de Bucaramanga.

La Doctora Sonia Jaimes, Relatora del Tribunal Administrativo de Santander.

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	12
ABSTRACT	13
INTRODUCCIÓN	14
1. ORIGEN DEL DAÑO Y DEL PERJUICIO EN EL DERECHO	16
1.1. EL DERECHO ROMANO	17
1.2. EL DERECHO FRANCÉS	20
1.3. EL DERECHO ITALIANO	25
1.4. DERECHO ALEMÁN	27
2. GENERALIDADES DEL DAÑO Y DEL PERJUICIO (Perjuicios Materiales, Morales, Daño Fisiológico y Daño Biológico)	33
2.1. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD	33
2.1.1. Responsabilidad Jurídica Penal	35
2.1.2. Responsabilidad Jurídica Civil	37
2.1.3. Responsabilidad Jurídica Administrativa	40
2.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD	48
2.2.1. El Daño	48
2.2.2. La Culpa	50
2.2.2.1. La Culpa en el Derecho Administrativo	53
2.2.3. El Nexo de Causalidad	57
2.2.4. El Perjuicio	61

2.2.4.1. Características del perjuicio	62
2.2.4.1.1. Carácter cierto	63
2.2.4.1.2. Carácter personal	64
2.2.4.2. Tipos de perjuicio	65
2.2.4.2.1. Perjuicios Patrimoniales y Extrapatrimoniales	65
2.2.4.2.2. Perjuicio Material	67
2.2.4.2.2.1. Daño Emergente y Lucro Cesante	67
2.2.4.2.3. Perjuicio Moral	69
2.2.4.2.3.1. Daño Moral Objetivo u Objetivado	70
2.2.4.2.3.2. Perjuicios Morales No Objetivados o Subjetivos	72
2.2.4.2.3.3. Pretium Doloris	76
2.2.4.2.3.4. Clasificación de los Daños Morales	78
2.2.4.2.3.5. El Indicio como Presunción Judicial en los Perjuicios Morales	85
2.2.4.2.4. Daño Fisiológico	86
2.2.4.2.5. Daño Biológico	89
3. LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	92
3.1. LOS PERJUICIOS MORALES EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	92
3.1.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	93
3.1.1.1. Perjuicios Morales Objetivados y No Objetivados	98
3.1.1.2. Dictamen Pericial	100
3.1.1.3. Presunción de los Perjuicios Morales por la muerte de un hijo	102
3.1.1.4. Perjuicios morales – Culpa contractual	103
3.1.1.5. Perjuicios morales – Perjuicio futuro	103
3.1.1.6. Perjuicios morales para personas de corta edad	104

3.1.1.7. Perjuicios morales – Modificación de la Doctrina que aplicaba el Artículo 95 del Código Penal	104
3.1.1.8. Perjuicios morales – Prueba	107
3.1.1.9. Perjuicios morales – Requisitos para que se les reconozcan a Personas jurídicas	109
3.1.1.10. Perjuicios morales – Fijación a justo criterio del juez (civil)	110
3.1.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional	112
3.1.2.1. Límite de la Indemnización de Perjuicios en el proceso penal	112
3.1.3. Jurisprudencia del Consejo de Estado	113
3.1.3.1. Perjuicios morales – No se conceden al padre que abandona a su hijo	114
3.1.3.2. Perjuicios morales – Hermanos de la víctima	116
3.1.3.3. Perjuicios morales – Suegros de la víctima	118
3.1.3.4. Perjuicios morales por daños al patrimonio económico	119
3.1.3.5. Perjuicios morales – Transmisibilidad	120
3.1.3.6. Perjuicios morales – Lesiones físicas	122
3.2. LA EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE PERJUICIO FISIOLÓGICO Y DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	123
3.2.1. Indemnización por concepto de Perjuicios Fisiológicos	124
3.2.2. Características del Perjuicio Fisiológico	126
3.2.3. Perjuicios Fisiológicos – Se pueden solicitar en la demanda	130
3.2.4. El Perjuicio Fisiológico debe llamarse Perjuicio del Placer	133
3.2.5. Sustitución del concepto de <i>Perjuicio Fisiológico</i> por el de <i>Daño a la vida de relación</i>	134
3.2.6. La reparación por el <i>daño a la vida de relación</i> es transmisible a los herederos	137

3.2.7. Perjuicios a favor del hijo póstumo por <i>daño a la vida de relación</i>	138
3.2.8. Diferencias entre el <i>daño a la vida de relación</i> y el <i>perjuicio moral</i>	139
3.2.9. El <i>daño a la vida de relación</i> genera indemnización especial	140
3.2.10. Perjuicios por <i>daño a la vida de relación</i> en lesiones físicas	140
4. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER EN MATERIA DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES	142
4.1. TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA	142
4.1.1. Sala Penal	142
4.1.2. Sala Civil y de Familia	146
4.2. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER	153
5. DESARROLLO Y POSIBLES PERSPECTIVAS DEL CONCEPTO DE DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN EN COLOMBIA	156
BIBLIOGRAFÍA	169
ANEXOS	179

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
ANEXO 1. ENTREVISTA AL DOCTOR JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ, MAGISTRADO DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA	179
ANEXO 2. SENTENCIA 2003-351 DE 10 DE ABRIL DE 2007 PROFERIDA POR LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA (M.P. DR. EDUARDO FERNÁNDEZ CARLIER)	184
ANEXO 3. SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2005 PROFERIDA POR LA SALA CIVIL Y DE FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA (EXP. 2005-308, M.P. DR. AVELINO CALDERÓN RANGEL)	209
ANEXO 4. ENTREVISTA AL DOCTOR AVELINO CALDERÓN RANGEL, MAGISTRADO DE LA SALA CIVIL Y DE FAMILIA, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA	218
ANEXO 5. SENTENCIA 99-0025 PROFERIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER (M.P. DRA. FRANCY DEL PILAR PINILLA)	222
ANEXO 6. ENTREVISTA A LA DOCTORA FRANCY DEL PILAR PINILLA, MAGISTRADA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER	259

RESUMEN

Título: “El Daño Moral y a la Vida de Relación y su Aplicación en el Sistema Jurídico Colombiano”¹

Autores: Cristian Eduardo García Vargas
Gilberto Augusto Parra Díaz²

Esta monografía busca examinar los presupuestos y conceptos de los términos sobre los que se ha desarrollado la teoría sobre perjuicios inmateriales en el sistema jurídico colombiano, como son el *Daño Moral* y el *Daño a la Vida de Relación* a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como realizar un análisis del desarrollo de ambas figuras a lo largo de su existencia a partir de los elementos anteriores y del criterio desarrollado por los Tribunales Administrativo de Santander y Tribunal Superior de Bucaramanga (Salas Civil-Familia y Penal) en su aplicación.

Los conceptos estudiados en el desarrollo de este proyecto han surgido a través de adaptaciones de institutos jurídicos provenientes de legislaciones extranjeras, como la francesa o la italiana, generando en la mayor parte de los casos, un desarrollo particular, semejantes en su forma a los de las legislaciones originarias, pero adaptados a las distintas circunstancias del sistema jurídico colombiano.

El estudio del *Daño Moral* y del *Daño a la vida de relación* se analiza pues, a partir de distintos puntos de vista, como son el histórico, a partir de su origen, adaptación y desarrollo desde el Derecho Romano, el Derecho Francés, Alemán e Italiano, así como el Derecho Colombiano; conceptual, a partir de los conceptos de responsabilidad, daño, perjuicio, entre otros, así como la responsabilidad administrativa (objetiva o subjetiva) y de aplicación, desde la doctrina, pasando por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia hasta los criterios de los Tribunales Administrativo de Santander y Superior de Bucaramanga.

Palabras clave Responsabilidad extracontractual, Perjuicio Inmaterial, Daño Moral, Perjuicio Fisiológico, Daño a la vida de relación.

¹ Proyecto de grado

² Facultad de Ciencias Humanas; Escuela de Derecho y Ciencia Política; Director: Héctor Elías Hernández Velasco

ABSTRACT

Title: "Moral Damages, Damages on Relationships of Life and their application on Colombian Legal System"³

Authors: Cristian Eduardo García Vargas
Gilberto Augusto Parra Díaz⁴

This thesis wants to examine bases and concepts of theory about unmaterial damages on Colombian legal system, as *Moral Damages* and *Damages on relationships of life* through jurisprudence made for Colombian Supreme Court of Justice and the State Council, with an analysis about their respective developments, starting from previous elements and the criterion from Administrative Court of Santander and the High Court of Bucaramanga (Civil-Family and Criminal Courts).

The concepts developments in this Project has been arise from adaptations of juridical institutes of foreign laws, like French or Italian law, producing in most part of cases, a particular development of the definitions, making similar in their form and name to the original legislation concept, but adapted to different circumstances of Colombian legal system.

The study of *Moral Damages* and *Damages on relationships of life* is analyzed from different points of view, like historical, since their origin, adaptation and development from Roman Law, French Law, German Law and Italian Law as well as Colombian Law; conceptual since the definitions of responsibility, damage, and others, as well as the definition of administrative responsibility (objective and subjective); and their application, since national and foreign doctrine to jurisprudence of State Council and Supreme Court of Justice until the criterion from Administrative Court of Santander and the High Court of Bucaramanga.

Key words Extracontractual responsibility, Unmaterial damages, Moral Damages, Physiological Damages, Damages on relationships of life

³ Grad project

⁴ Faculty of Human Sciences, School of Laws and Political Science; Director: Héctor Elías Hernández Velasco

INTRODUCCIÓN

La existencia del daño y del perjuicio es una constante en la historia del hombre como ser social. A través de ellos se establecen vínculos obligacionales que afectan no solamente la esfera jurídica y pecuniaria sino también distintos campos de la persona como son sus afectos o sus relaciones. La evolución de las concepciones acerca del daño y del perjuicio es la misma evolución de las relaciones sociales y económicas, cuyo paso más significativo ha sido la transición de la reparación natural a la reparación pecuniaria, acorde a la monetarización propia de las relaciones económicas capitalistas.

Los modernos ordenamientos jurídicos, como el Código Civil francés o el B.G.B. alemán, al igual que el Código Civil colombiano se encuentran dentro de la influencia de la reparación pecuniaria a partir del valor de cambio que permite reparar y compensar los perjuicios causados por un hecho dañoso, sobre los bienes y las personas.

Así, pues, se ha hecho necesario establecer una clasificación que permita determinar los tipos de perjuicios causados, así como la forma más adecuada de indemnizarlos, determinándose en primer término aquellos sobre los bienes y rendimientos patrimoniales (perjuicios materiales), y posteriormente los perjuicios referidos a los sufrimientos causados (perjuicios morales).

Posteriormente a la formulación de estas clases de perjuicios y frente a la evolución de la carta de derechos y de las relaciones económicas, se ha hecho necesario abrir nuevos campos en materia de reparación de perjuicios inmateriales. Por tal razón ha hecho carrera dentro de los distintos ordenamientos jurídicos la exploración de nuevos tipos de perjuicio, entre los cuales se incluye, en

nuestro sistema jurídico el anteriormente llamado *perjuicio fisiológico*, hoy conocido como *daño a la vida de relación*.

Dichos conceptos, adaptados de legislaciones extranjeras al sistema jurídico colombiano, han abierto posibilidades de resarcimiento imposibles de pensar con anterioridad a 1993. Su fundamento ha venido junto a la evolución de conceptos de la responsabilidad de particulares, y especialmente, la del Estado. Sin embargo, a pesar de la existencia de este nuevo tipo de perjuicios, ha habido una evolución singular al respecto que hace que sea necesario buscar el análisis de los perjuicios inmateriales, así como la necesidad de concreción respecto de la figura de *daño a la vida de relación*.

Existe pues, la necesidad de plantear un estudio acerca de los perjuicios inmateriales (perjuicio moral y daño a la vida de relación) que pretenda analizar tanto su planteamiento conceptual como su aplicación en los Tribunales, máxime de ámbito regional, como son el Tribunal Superior de Bucaramanga (Salas Civil y Penal) y el Tribunal Administrativo de Santander. Con ello es posible examinar y analizar la forma como han sido planteados doctrinalmente y definidos por la jurisprudencia colombiana, en la medida en que se plantea la obligación de reparación integral contenida en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

El estudio de la evolución conceptual y la aplicación del *daño a la vida de relación*, es una muestra de la riqueza de corrientes doctrinales existente en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, así como también de la necesidad de brindar límites claros dentro del mismo en materia de la reparación de perjuicios sufridos por las distintas personas. Su análisis plantea la necesidad de abrir espacios delimitados para las distintas clases de perjuicios sufridos, ya que sin esa delimitación es imposible reparar adecuadamente, así como garantizar la seguridad jurídica que garantice la igualdad entre todos los ciudadanos.

CAPITULO 1

ORIGEN DEL DAÑO Y EL PERJUICIO EN EL DERECHO

Las instituciones jurídicas son productos históricos, como tales, son susceptibles de cambio y evolución en la medida en que son dependientes de las transformaciones sociales. El uso del lenguaje jurídico, si bien, estamos hablando de fenómenos con consecuencias sobre las personas y las cosas, ha poseído diversas interpretaciones a lo largo de las distintas etapas de la historia, acorde a las necesidades fácticas y conceptuales de cada momento.

Estudiar el origen del concepto del Daño y del Perjuicio en el Derecho, nos lleva a examinar el uso de distintas categorías y procedimientos que pretenden determinar la existencia de una afectación, así como también el ejercicio judicial de la cuantificación de la misma. Podemos hablar entonces, de una transformación en el concepto, acorde a las necesidades y a las relaciones susceptibles de reforma, las cuales por su variabilidad histórica, son las causantes de dicha mutación.

Empezaremos pues, por estudiar el desarrollo histórico de estas categorías dentro del Derecho Romano, directo antecedente de nuestras instituciones jurídicas, así como el Derecho Francés y el Derecho Alemán, para ir culminando en el desarrollo conceptual producido por el Derecho Colombiano.

1.1. EL DERECHO ROMANO

Dentro de las instituciones jurídicas del Derecho Romano, la primera que consagró específicamente la posibilidad de obtener el resarcimiento del Daño como tal fue la *Lex Aquilia de Damno*, promulgada por Aquilio Galo en el año 688 de la fundación de Roma (65 a.C.), aprobada bajo un plebiscito cuya fecha es incierta.⁵ Sin embargo, se tiene conocimiento de que Ley de las XII Tablas no desconocía la existencia de daños causados por algunos hechos ilícitos.

La *Lex Aquilia* entró a reglamentar los daños causados por hechos ilícitos de forma más profunda que la Ley de las XII Tablas. Consagraba la reparación del daño mortal o no mortal causado al patrimonio de una persona, fuera en el cuerpo del esclavo o un animal vivo en rebaño (*pecus*); por lo cual, el infractor debía pagar al afectado por concepto de indemnización una cantidad equivalente al mayor valor alcanzado por la cosa en el año anterior a la ocurrencia del daño, si este fuera mortal. En el caso de daño no mortal, el infractor estaba condenado a pagar el valor más alto de la cosa dentro de los 30 días precedentes a la ocurrencia del hecho.

No obstante, debía configurarse una serie de elementos a saber: en primer lugar, que el daño consistiera en la destrucción o degradación material de una cosa corporal (*Corpus Laesum*) y que fuera causado *córpore*, es decir, por el cuerpo o el contacto del autor del delito. El segundo elemento radicaba en la *iniuria*, lo que significa que el daño debía ser causado sin derecho o dolosamente. El último elemento implicaba que el daño proviniera de un hecho del hombre.

⁵ PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la Novena Edición Francesa y Aumentado con Notas Originales por José Ferrández González. México, Editora Nacional, 1971, p. 460.

Ya configurados los elementos que daban lugar a la existencia del daño, la Ley, en principio sólo tenía en cuenta el valor intrínseco de la cosa perjudicada. Sin embargo, posteriormente los jurisconsultos señalaron, por interpretación, todo el daño causado al propietario, como en el caso del asesinato del esclavo heredero, en el que se tenía en consideración no solamente el valor del esclavo, sino también el de la sucesión.

De igual forma, la Ley Aquilia se extendió la legitimación por activa de la acción a personas que se encontraban interesadas en la conservación de la cosa (*utilitatis causa*) debido a ser poseedores de buena fe, o por poseer el derecho de usufructo y uso. Esto significaba igualmente la misma condena que en el caso del propietario como accionante.

La extensión de la Ley Aquilia también se llevó a cabo en la realización de hipótesis que contaban con la falta de alguno de los elementos exigidos por la Ley, como por ejemplo, la falta de la causa *corpore*, siendo necesaria la existencia de la lesión material (*corpus laesum*), como el caso del esclavo encerrado y muerto por inanición provocado por el autor del daño sin mediar el contacto.

En la hipótesis del daño *corpore* que no consistiera con la destrucción o deterioro del objeto material, es decir, que no hubiese *corpus laesum* no sería aplicable la Ley Aquilia, sino una acción *in factum*, que implicaba solamente la reparación exacta del perjuicio. Un ejemplo de un daño de este tipo es el caso del esclavo amarrado por su dueño y dado a la fuga por intervención y ayuda de un tercero.

Más adelante, y complementando la Ley Aquilia se consagró también la *Acción de Dolo*, por obra también de Aquilio Galo y que consistía en el ejercicio de una acción con miras a obtener una reparación del daño del cual se ha sido víctima. La *Acción del Dolo*, por ser infamante, sólo la concedía el Pretor después de un

riguroso examen y sólo en determinadas condiciones: sólo se concedía contra el autor del dolo y sus herederos, siempre y cuando se ejerciera durante el primer año posterior a la realización del daño. Esta Acción se concede únicamente a falta de otro recurso, como lo era la *Acción In Factum* antes mencionada.

De existencia anterior a la *Acción del Dolo*, encontramos la *Acción Metus Causa* o *Formula Octaviana* (en honor a su creador, el pretor Octavio entre 675 y 683 de la Fundación de Roma o 78 – 70 a.C.), que estipulaba la posibilidad de obtener una reparación a una persona lesionada por un acto realizado bajo el imperio de la violencia. Podía ejercitarse no solamente contra el autor del daño, sino también contra cualquiera que se hubiere valido de esa circunstancia, aún de buena fe. El accionante se encontraba legitimado solamente con el hecho de haber sufrido un perjuicio con aprovechamiento de la violencia, sin necesidad de enunciar el autor específico. En la *Intentio* (Demanda) no se incluía el nombre del demandado, por lo cual era, *In Rem Scripta* y era el Juez quien ordenaba la reparación del perjuicio causado, variable según la naturaleza del acto.

En el campo de las obligaciones no delictuales, la institución de la *Indemnización de Perjuicios*, surge por la necesidad de resarcir los daños por el incumplimiento o mora en el cumplimiento de obligaciones contraídas. En ambos casos (mora e incumplimiento) la indemnización implicaba el pago de una suma de dinero equivalente al perjuicio sufrido a consecuencia de estos.

Dada la necesidad de diferenciar y cuantificar el perjuicio causado, aparecen los dos elementos constitutivos del mismo llamados *Damnum Emergens* y *Lucrum Cessans* (Daño Emergente y Lucro Cesante). Al respecto, Carlos Medellín señala que el primero es “la pérdida que representa para el acreedor el verse privado del

objeto propio de la obligación”⁶, representando éste el dinero de la contraprestación y el segundo como “la ganancia que el acreedor había reportado de este objeto en suponer, y que no ha podido percibir a consecuencia del incumplimiento de la mora del deudor”⁷, representando la utilidad no recibida.

Para efectuar la reparación de este tipo de perjuicios se consagraban tres formas de cuantificación y estipulación de los mismos: *judicial*, consistente en la evaluación que al arbitrio del juzgador, quien una vez probada la existencia del perjuicio fijaba en la sentencia el monto de la indemnización a discreción, la cual por Constitución de Justiniano⁸ no podía exceder del doble de su valor cuando la obligación tenía por objeto la entrega de una cosa determinada; *legal*, fijada por la Ley en caso de mora en el pago de una obligación consistente en una cantidad de dinero; y por último, la tercera clase de indemnización fijada por las partes como acuerdo previo de voluntades en la que se obligaban a pagar una determinada cantidad de dinero en el incumplimiento de la obligación, llamada la *Stipulatio Poene*.

La *Stipulatio Poene* ha tenido desde el Derecho Romano el carácter de una obligación accesoria y condicional. Es equiparable a la actual Cláusula Penal (Art. 1592 del Código Civil).

1.2. EL DERECHO FRANCÉS

Influenciado por el Derecho Romano y por una técnica propia de codificación, establecida a partir del Código Civil de 1804, el Derecho Francés, así como la

⁶ MEDELLÍN ALDANA, Carlos y Otros. Lecciones de Derecho Romano. 14ª Edición. Santafé de Bogotá, Temis, 2000, p. 206.

⁷ Ibid.

doctrina de él derivada ha sido generadora de desarrollos conceptuales que lo convierten en referente obligado de los sistemas jurídicos que basan sus instituciones en el Derecho Latino Continental, como el caso particular de la legislación civil colombiana.

La doctrina francesa ha hecho grandes y amplios aportes en las distintas ramas del Derecho, no siendo menos importante, los referidos a la Responsabilidad. Sin embargo, es necesario para el propósito de este trabajo ocuparnos minuciosamente del desarrollo doctrinal, legal y jurisprudencial de los Perjuicios, procurando no profundizar el tema de la Responsabilidad, por ser éste demasiado amplio para ser abarcado dentro del mismo capítulo.

En palabras de Michel Paillet “La noción de perjuicio raramente se analiza en doctrina, por cuanto su aprehensión parece ser propia del sentido común en el campo jurídico. El perjuicio por lo demás se suele confundir con el daño, pero esta confusión no puede inducir al desconocimiento de sus linderos.”⁹

Para el Derecho Francés, se entiende como *Daño* al hecho negativo causado por la incidencia o existencia de un acontecimiento (acto o hecho jurídico) “que es el hecho dañino que produce el daño”¹⁰. Siguiendo este análisis tenemos que el *Perjuicio* no puede confundirse conceptualmente con el *Daño*, pues el primero es una consecuencia del segundo, teniendo una relación causal profunda que hace que la doctrina los use indistintamente como sinónimos.

Para la jurisprudencia francesa solo existía el daño y por ende el perjuicio, en la medida en que una persona sufriera efectivamente un menoscabo o lesión en sus

⁸ Ibid.

⁹ PAILLET, Michel. La Responsabilidad Administrativa. Traducción y Estudio Introductorio de Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 255.

derechos jurídicamente protegidos, lo que implica, que para obtener de la justicia un fallo favorable en materia de indemnización de perjuicios, no bastaba con tener un interés, sino que además se hacía estrictamente necesario probar la lesión efectiva de un derecho.

Esto convertía la indemnización de perjuicios en un problema estrictamente probatorio; de ahí que se acuñara la máxima “sin interés no hay acción” a la cual se le agregó luego “sin situación jurídica protegida por la ley, no hay acción”, lo cual se debía a que en un principio la jurisprudencia francesa y gran parte de sus doctrinantes consideraban solo la existencia de los perjuicios de índole material o patrimoniales (entendían al daño “**dommage**” como exclusivamente el daño patrimonial), como susceptibles de ser condenados e indemnizados por el juzgador, pues insistían en que solamente podían tasarse los daños realmente causados y probados, derivados de los delitos y cuasidelitos, dejando por fuera toda clase de daño inmaterial considerando innecesaria su indemnización, que se entendía cubierta por la de los perjuicios patrimoniales.

Posteriormente y con ayuda de la jurisprudencia se incluyó dentro de la Indemnización de Perjuicios la reparación del *Daño Moral* en la sentencia del Tribunal de Apelación de París, del 26 de junio de 1894, en la que se revocó la decisión del Tribunal de primera instancia que condenó al demandado a indemnizar daños patrimoniales por valor de 818 francos, 35 céntimos y abonarle la cantidad global de 500 francos por gastos generales¹¹, incluyendo entre estos, el *Daño Moral* en razón de que no se apreció con seriedad la evaluación del mismo de acuerdo con el concepto de los juristas franceses, como se ve en lo irrisorio de la indemnización y en la confusión del *Daño Moral* con todos los demás perjuicios insignificantes.

¹⁰ Ibid.

Los Tribunales franceses reconocieron la obligación de amparar el *Daño Moral* en los casos de la muerte culpable de un pariente próximo (padre, hermano o cónyuge) sin oponerse a que el perjuicio moral concurriera con un perjuicio de índole material, y en cuanto a la extensión y cuantía del daño y su reparación se atendía exclusivamente al caso concreto.

Fueron reconocidas también la obligación de indemnizar daños morales por el hecho de recoger a un niño menor de edad contra la voluntad de sus padres y en los casos de bigamia y adulterio, caso último en el cual no se hacía necesario tan siquiera probar el hecho de un modo concluyente, sino que bastaba con que el marido sufriera los perjuicios inmateriales con la sola presunción del adulterio despertada por la conducta de su mujer.

En sentencia del Tribunal Superior francés sobre el *Daño Moral* transcrita en Sirey en la que los demandantes quedaron obligados a abonar además de las costas y en virtud de la ley del 20 de abril de 1810 (Art. 7) la indemnización del *Daño Moral* y *Material* inferido al demandado por impedirle el ejercicio de su derecho a explotar una mina en terreno de ellos¹².

En cuanto a indemnizar solamente las situaciones jurídicamente protegidas el Fallo Savelli del Consejo de Estado francés¹³ (18 de Noviembre de 1960) concluyó frente a una disputa en la que se pretendía indemnizar por *Daños Morales* al esposo que sufrió la muerte de su concubina, consideró el Juzgador que aunque fuera cierto que vivieran juntos para la fecha de la muerte de ella no eran casados,

¹¹ LÓPEZ MORALES, Jairo. Perjuicios Morales. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1997, p. 234.

¹² Ibid. p. 236.

¹³ HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 89

por cuanto negó la indemnización aduciendo que no se encontraban frente a una situación jurídicamente protegida, continuando con el principio señalado anteriormente de “*sin situación jurídica protegida por la ley, no hay acción*”.

Juan Carlos Henao explica el origen de esta providencia señalando que “el Consejo de Estado francés echó mano de la analogía con la obligación alimentaria considerando que el demandante podía beneficiarse de la acción alimentaria su situación era *jurídicamente protegida y en consecuencia su derecho a reparación*.¹⁴ Pero que en el caso inverso el demandante no tenía tal derecho”.¹⁵

De otra parte, y no menos importante el Fallo Lasalle-Barrère del Consejo de Estado francés (25 de Enero de 1952) estableció que podía solicitarse simplemente por el hecho de la muerte o de la invalidez de un tercero su indemnización cuando el demandante probara que dicha muerte o invalidez le causaban un perjuicio personal sin mediar los nexos de parentesco con la víctima, lo cual es extensión de la *situación jurídicamente protegida*.

De igual forma, la jurisprudencia administrativa francesa ha señalado la exigencia que para invocar un perjuicio se requiere y estima que éste debe ser además de *Real, Cierto, Directo, y Personal*. No se considera como un *Perjuicio Real*, la consecuencia de un hecho que no tiene repercusiones nocivas para el reclamante. La *certidumbre* del Perjuicio implica que éste sea susceptible de concreción en el tiempo, ya que el problema no involucra su actualidad sino su existencia cuando su realización es futura.

El Perjuicio se considera *Directo*, al existir un nexo de causalidad entre el mismo y el daño causante, lo cual implica que “el demandante debe probar que cada uno

¹⁴ La cursiva es nuestra. (Nota de los Autores)

de los elementos del perjuicio pro el cual demanda reparación es una consecuencia directa del daño alegado”¹⁶. De igual manera, el carácter *Personal* del Perjuicio concierne a la víctima inmediata dentro del perjuicio experimentado personalmente.

Existe, además, desde antiguo y paralelamente a la Teoría tradicional francesa sobre los perjuicios morales una corriente doctrinal adversa que ha influenciado inclusive la opinión de muchos autores y jurisconsultos en nuestro país y que señala la imposibilidad de resarcir e indemnizar perjuicios morales debido a la inexistencia de una vía que permita evaluarlos y tasarlos pecuniariamente a satisfacción de la víctima, teniendo en cuenta que el daño moral al poseer un carácter psíquico, de orden afectivo e inmaterial no es susceptible de reparación. De lo contrario, alegan sus defensores estaríamos frente a una actuación inmoral y debe entenderse reparado el perjuicio con tan sólo la sentencia condenatoria del Juzgador.

1.3. EL DERECHO ITALIANO

La doctrina y jurisprudencia italiana se ha limitado en gran parte a seguir la tradición francesa, y en lo que atañe a reparación de daño moral, doctrinantes como *Chironi* se apartan un poco de esta tendencia y retoman la postura de los críticos de la misma, asumiendo que no deben repararse los daños morales, sino que debe bastar con la condena del delito por el juzgador para darse por resarcido el daño y observando la imposibilidad de tasar el dolor pues dice, el dolor y las lagrimas no deben tasarse o pagarse pues se convierte en un dilema ético y moral el hacerlo.

¹⁵ Ibid. p. 89 y 90.

Sin embargo esta no es la postura de la jurisprudencia italiana que como ya se anotó al igual que la francesa ha establecido en fallos, como es el caso del emitido en sentencia por el Tribunal de Apelación de Turín¹⁷ que atempera una indemnización de daños determinada por un accidente ferroviario del cual se produjeron lesiones físicas a la víctima, consagrando en ciertos casos la posibilidad de resarcir los daños morales en cuanto sean consecuencia de un hecho lesivo, pues hace depender la existencia del daño de la violación de un derecho.

En el código italiano de 1942, se establece siguiendo un poco los lineamientos del derecho francés, que el daño moral solo es reparable en los eventos de lesión física de la persona y de atentados contra la libertad y el honor de una mujer; en estos casos para el éxito de la pretensión se exigía la demostración del dolo o culpa del victimario. Quedando excluida toda acción de reparación en razón de responsabilidad por riesgo o actividades peligrosas, que por lo general son los de mayor ocurrencia.¹⁸

A este mismo respecto el profesor Bianca cita “la jurisprudencia (Italiana) se orienta en el sentido de admitir que para los fines del resarcimiento, es suficiente que subsista el supuesto de hecho material del delito, es decir, un hecho lesivo de un interés tutelado penalmente (reputación, honor, etc.). Bajo la perspectiva procesal debe tenerse presente que no se requiere de una sentencia penal. Por vía incidental y para los fines del resarcimiento, el juez civil puede precisar la ocurrencia del supuesto de hecho del delito, siempre que no se presente una

¹⁶ PAILLET, Michel. Op. Cit. Pág. 261.

¹⁷ NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral al daño fisiológico. Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 20 - 21

¹⁸ Ibid.

situación de “preeminencia jurisprudencial penal” que se da cuando un delito se investiga de oficio ya es objeto de un juicio penal (prejudicialidad).”¹⁹

El código civil italiano en el caso de lo que a responsabilidad contractual se refiere considera resarcible el daño que puede ser previsto al momento de la celebración del contrato (art. 1225) pero como anteriormente lo explicamos, la regla general es que el daño debe ser producto o consecuencia inmediata y directa del hecho lesivo.

En cuanto al daño moral el código civil italiano consagra “el daño no patrimonial debe resarcirse solo en los casos determinados por la ley” dejando a la tarea del legislador el desarrollo legal para establecer los límites de la tasación del daño moral, sin embargo y a falta de una ley clara sobre este punto, la jurisprudencia ha entendido o ha identificado este artículo como una referencia al artículo 185 del código penal italiano, indicando que dicha clase de daño solo puede resarcirse en relación directa con la comisión de un ilícito.

1.4. DERECHO ALEMÁN

Podemos hablar en principio de dos períodos en la formulación del planteamiento sobre la naturaleza del Perjuicio, en la historia alemana: antes y después de la expedición del Código Civil (o B.G.B.), expedido con la ocasión de la unificación alemana.

¹⁹ Ibid. p. 23.

Régimen Anterior a la Expedición del Código Civil.

Con anterioridad a la unificación alemana, el Derecho de los distintos Estados (*länder*), poseía distintas bases, lo cual implicaba la inexistencia de un principio general a aplicarse en materia de reparación. Sin embargo, en las leyes de todos estos países predominaba por regla general el régimen de reparación natural, explicable por la escasez de sistema monetario y las dificultades propias de la evaluación y tasación. De todas maneras, la existencia de diversas normas de carácter casuístico implicaba la subsistencia de numerosos casos en los que se ocasionare daño, especialmente de lesiones, muertes, o sustracciones de ganado (sean voluntarias o no), recurriéndose a entregar otro animal sano y del mismo valor. De manera semejante se operaba con el resarcimiento de frutos y viñas.

Durante el régimen de reparación natural, la indemnización en dinero era posible únicamente en los casos en los que la destrucción o el deterioro de la casa fuera sobre un objeto no fungible, o cuando su restauración sea imposible, o el obligado a indemnizar tuviera dificultades para indemnizar.

Los Códigos alemanes anteriores al B.G.B., mantuvieron el Principio de Reparación Natural, encontrando como única restricción al mismo la existencia de imposibilidad material o económica de su aplicación. Este principio fue ordenado por el Código General Prusiano que rezaba de la siguiente forma:

“Cuando se irroque un daño, deberán restaurarse las cosas, dentro de lo posible, volviéndolas al estado que tuviesen antes de ocurrir aquél”²⁰.

²⁰ FISHER, Hans Albert. Los Daños Civiles y su Reparación. Traducción de Wenceslao Roces. Bogotá, Leyer, 2005, Pág. 126.

Esta disposición, aunque con algunas modificaciones y restricciones fue adoptada por el Código Civil francés, lo mismo que por el austriaco y el sajón. De igual forma, fue motivo de numerosas disputas doctrinales entre la idea del resarcimiento pecuniario y la de la reparación natural, teniendo como único criterio la necesidad de restauración de cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño, a excepción de los resarcimientos en dinero, lo cual dependía del caso concreto.

En los casos en los que el acreedor reclamaba la reparación natural del perjuicio, en vez de su equivalente pecuniario, el Juez tomaba como base para su estimación la equidad y la situación subjetiva del perjudicado, causantes de que muchas veces se resarciera de forma natural, a diferencia de lo planteado por el Derecho Romano.

Durante el planteamiento del Proyecto de Código Civil alemán, se defendió igualmente el Principio de Reparación Natural, aduciendo que en “este principio se basan las principales disposiciones de las leyes modernas sobre indemnización”²¹. Dicho proyecto continuaba con la aplicación subsidiaria del resarcimiento pecuniario en los casos de la imposibilidad del resarcimiento natural, levantando críticas acerca de las distintas dificultades del régimen de reparación natural primaria, así como las falencias de este Principio relativas a la diferenciación de derechos de cumplimiento, reparación de daños y restitución, así como la distinción entre las acciones de indemnización y enriquecimiento injusto.

A pesar de estas objeciones, el Segundo Proyecto y en el Código Civil se sostuvo el Principio de Reparación Natural como derecho primario y el resarcimiento pecuniario con carácter secundario.

²¹ Ibid.

Régimen del Código Civil.

El Código Civil Alemán en su § 249 señala la manera de la reparación de daños de la siguiente forma:

“El obligado a reparar el daño, deberá restablecer el estado de cosas que existiría a no haber ocurrido el hecho que origina aquella obligación”²²

El anterior planteamiento continuó con las tendencias del Código Civil prusiano, elevando el Régimen de Reparación Natural al carácter de régimen primario de indemnización. A diferencia del Derecho Francés, el resarcimiento se basa en principio sobre la obligación de *hacer*, a diferencia de la de *dar*, que para Fischer, “tiene un contenido positivo, puesto que obliga a crear un estado de cosas que de momento no existe”²³.

Dicha restauración del estado de cosas, se basa en la afectación al estado patrimonial del acreedor, especialmente cuando el daño ha sido causado por un acto ilícito positivo, razón por la cual, la jurisprudencia usa los términos “*restauración del estado anterior de cosas*”, “*restitución natural*” o “*reparación efectiva*”. Sin embargo, la obligación de indemnizar inscrita en el Código aplica para todos los daños susceptibles de indemnización, incluyendo la disminución del patrimonio existente por el daño (conocido para nosotros como *daño emergente*) así como las perspectivas favorables de lucro (contemplado en nuestro ordenamiento jurídico como *lucro cesante*).

Diversas interpretaciones de esta norma han generado la posibilidad de la dualidad de la reparación material y la económica, a diferencia de criterios más

²² Ibid. p. 129.

centrados en el aspecto pecuniario como son el Derecho francés y el italiano. Esta dualidad permite que no sea permisible en un caso concreto la “restauración económica”, cuando ésta se vuelve insuficiente para poder compensar adecuadamente el daño causado, teniendo en cuenta que el objetivo de la legislación es “*garantizar al perjudicado la misma situación económica que ocuparía sin el acaecimiento dañoso*”²⁴.

Este objetivo busca efectivamente la protección amplia y adecuada del lesionado, basándose en la necesidad de compatibilizar la reparación material, junto a la reparación pecuniaria; aplicándose ésta última de forma exclusiva en los casos en que sea imposible reparar de forma material.

De igual forma, se plantea la necesidad de reparar los llamados *perjuicios morales* en nuestro ordenamiento jurídico, en los cuales, en la medida de lo posible, el causante del daño tiene que buscar en primer lugar la restauración o restitución del objeto afectado, y en su defecto, en caso de que sea imposible, es necesario pagar la indemnización en dinero (Ver §251 apartados 1 y 2 del B.G.B.). De igual forma, si el objeto afectado con el daño es imposible de reparar pecuniariamente (honra o buen nombre, por ejemplo) es necesaria la indemnización en efectivo²⁵, pues así no se desee por parte del lesionado este tipo de indemnización, no es posible plantear otra manera de acceder a ella, y este tipo de resarcimiento es mejor que ninguno, a juicio de la doctrina alemana.

Así, pues, encontramos la interrelación entre dos regímenes de resarcimiento correspondientes no sólo a la existencia específica de un daño y su respectiva afectación, sino también a la coexistencia de dos regímenes económicos y

²³ Ibid.

²⁴ Citado por Ibid. p.131.

²⁵ Ver §252 del B.G.B. alemán. Citado por Ibid.

jurídicos basados en una interpretación de la estricta reparación del daño causado, como son la reparación material y subsidiariamente, la pecuniaria.

CAPÍTULO 2
GENERALIDADES DEL DAÑO Y DEL PERJUICIO
(Perjuicios Materiales, Morales, Daño Fisiológico y Daño Biológico)

2.1. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD

Hay distintas definiciones de Responsabilidad, acorde al tipo de relación existente entre los individuos. Es pues, necesario aclarar el concepto y significado del término Responsabilidad, por cuanto a partir de allí se define a su vez la obligación de indemnizar y de definir cuáles son las afectaciones (daños) que causan los detrimentos en los atributos de la persona (perjuicios), las cuales son objeto de estudio de este texto.

En primer lugar, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al término de la siguiente manera²⁶:

Responsabilidad.

1. f. Cualidad de responsable.
2. f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.
3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.
4. f. *Der.* Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

²⁶ Real Academia de Española. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima Tercera Edición. [artículo de Internet]. <http://buscon.rae.es>

A pesar de las distintas acepciones del término, relacionadas entre sí, por cuanto la complejidad de los distintos tipos de responsabilidad, dependiendo de las acciones que realizan las personas y las distintas esferas donde se afectan. Sin embargo, hay un rasgo común en la polisemia del concepto de Responsabilidad consistente en la existencia de un nexo entre dos personas, que son la causante de una afectación (o daño) y la otra, quien lo sufre.

Se asume pues un concepto general de Responsabilidad, entendido como la obligación de cada persona de asumir las respectivas consecuencias de sus actos o hechos imputables a ella. Este concepto posee a su vez varios matices, como es el caso de la *Responsabilidad Moral*, en el caso en que las consecuencias que tienen que tratarse son de índole moral y subjetiva, la cual surge de la violación de normas conductuales de carácter moral o espiritual, razón por la que la conciencia es la única manera de exigir el cabal cumplimiento de sus actos.

Este carácter subjetivo de la Responsabilidad Moral, hace difícil de delimitar su esfera de influencia, la cual opera en muchos aspectos, a los que el Derecho, dada su función social, es imposible acudir y regular.

Un tipo intermedio entre la Responsabilidad de carácter moral y la jurídica, es la *Responsabilidad Ética*, exigida en el cumplimiento de las normas y postulados del ejercicio profesional acorde a su rol social, como ocurre en aquél. El incumplimiento de estas normas, del rol acorde a la profesión origina una responsabilidad ética, producida por hechos subjetivos y objetivos, la cual a su vez, puede ser declarada por organismos autónomos encargados de determinar las normas y protocolos del ejercicio profesional, como es el caso del Tribunal de Ética Médica, o el Consejo Superior de la Judicatura, en el ejercicio de la abogacía.

La otra clasificación del concepto de Responsabilidad es aquella de carácter *Jurídico*, dimensionado en la afectación de la acción del sujeto en su entorno. Son esas acciones sociales las que originan la responsabilidad, mediante la afectación

de la esfera de acción de otros individuos y/o grupos, y de las regulaciones sociales contenidas en las normas jurídicas. Así,

“La responsabilidad jurídica supone, pues, necesariamente la existencia de un perjuicio. Pero los perjuicios que perturban el orden social pueden ser de naturaleza muy diversa. Ora hieren a la sociedad, ora a una persona determinada, y a veces también afectan con el mismo golpe a la una y a la otra. Así el problema de la responsabilidad jurídica habrá de dividirse: se distinguen la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.”²⁷

2.1.1. Responsabilidad Jurídica Penal

Si bien, como vimos anteriormente, los hermanos Mazeaud hacen la distinción entre responsabilidad jurídica penal y responsabilidad jurídica civil, dicha diferenciación se clasifica según la afectación al orden social (responsabilidad penal), a una persona o grupo de personas en particular (responsabilidad civil), al igual que el tipo de acción que genera la fuente de la obligación de indemnizar. Así, encontramos en primer lugar, que el delito es fuente de responsabilidad civil y penal; mientras que las demás fuentes obligacionales (contrato, cuasicontrato, ley) son susceptibles de resarcimiento por la vía civil.

Sin embargo, otros doctrinantes, como el caso de Gilberto Martínez Rave, clasifican a la responsabilidad jurídica acorde a la norma o tipo de afectación. Así, distingue entre la Responsabilidad Contravencional, entendida como “la obligación

²⁷ MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, León. Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. T.1. Traducción de Carlos Valencia Estrada. México, Editorial Colmex, 1945, p. 4.

de asumir las consecuencias previstas en estatutos preventivos²⁸; junto a la Responsabilidad Penal y la Civil.

Es pues, necesario delimitar claramente los límites de la *Responsabilidad Penal*, a partir de su fuente y sus efectos, así como la realización de las respectivas sanciones (pena) susceptibles de producirse una vez haya sido declarado este tipo de responsabilidad.

La fuente de la responsabilidad penal, es pues, el delito, entendido como una afectación a un bien jurídico tutelado por la norma jurídica, lo cual implica la efectiva violación de derechos, especial y específicamente protegidos por las normas penales, en los cuales se establecen como requisitos el establecimiento explícito de la conducta a sancionar (tipicidad), la intención de realizar la conducta (culpabilidad) y la afectación al bien jurídico tutelado por la norma (antijuridicidad) con la realización de la conducta. De igual forma, la explicitud de la conducta punible en la norma penal, permite a su vez explicar las consecuencias o penas a imponer a quien cometa la conducta punible.

La responsabilidad penal, se basa pues, en el accionar individual, que genera la afectación de derechos. Sin embargo, una de las consecuencias de la comisión del delito, al juicio de ciertos doctrinantes es la existencia de un perjuicio a la sociedad, en la cual, la víctima con el delito no es solamente el individuo afectado (como en el caso de ciertos delitos como son los que afectan la vida e integridad personal, o el patrimonio económico, por ejemplo), sino también la sociedad en general. Por cuanto "(...) poco importa que ese acto, que la ley penal prohíbe por

²⁸ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Aspectos Sustanciales y procesales. 9ª Edición. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1996, p. 10.

cuanto perjudica a la sociedad, haya o no ocasionado un perjuicio a un particular. Es la sociedad la que hiere, y no se ocupa sino del perjuicio que ella ha sufrido.”²⁹

La responsabilidad penal se ocupa en nombre de la sociedad, la defensa de sí misma y por tal razón el delito posee una función social, más allá de las distintas teorías penalistas y criminológicas que pretenden establecer el origen y dimensiones de dicha función.

2.1.2. Responsabilidad Jurídica Civil

Junto a la responsabilidad penal, y a diferencia de aquella, encontramos otro tipo de responsabilidad correspondiente en el ordenamiento jurídico, la cual es de carácter *civil*, consistente en la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales producidas por un hecho o acto que lesiona un patrimonio o cualquier otro atributo de la personalidad. Dicho tipo de responsabilidad como ya mencionamos establece en primer lugar el vínculo obligacional entre un acreedor y un deudor, de forma independiente a la fuente que da origen al vínculo.

Así, acorde a su fuente, tradicionalmente la doctrina ha clasificado a la responsabilidad civil como *contractual* y *extracontractual*. Se entiende pues, por *responsabilidad contractual*, la surgida por un daño con el incumplimiento, demora o desconocimiento de las obligaciones adquiridas por medio de un contrato. Por otro lado, la *responsabilidad extracontractual* es comprendida como el daño patrimonial suscitado sin la existencia de ningún nexo contractual, y en el que no media relación jurídica anterior. Esta responsabilidad posee fundamento legal comprendido en el artículo 2341 del Código Civil, que reza así:

²⁹ MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Leon. Op. Cit., p. 6.

Art. 2341 C.C. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, y obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

A su vez, la responsabilidad extracontractual, ha sido clasificada doctrinalmente en *directa* e *indirecta*, acorde al grado de mediación del sujeto activo en la realización del daño. Por una parte, la *responsabilidad extracontractual directa* es la que se produce contra la persona que directamente comete el daño; mientras que la *responsabilidad indirecta* o *compleja*, como es conocida por otros doctrinantes, surge por la vinculación del sujeto responsable con una persona o cosa que ocasionó el daño. Así, la responsabilidad indirecta puede surgir por las conductas de terceras personas que están bajo el cuidado de quien se exige la responsabilidad (como el caso de interdictos, pupilos, hijos de familia, trabajadores, etc.) y por los hechos cometidos por cosas (sean animadas o inanimadas)³⁰.

³⁰ Ver Artículos 2346 a 2355 Código Civil.

Art. 2346 C.C. Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o elementos si a tales personas pudiera imputárseles negligencia.

Art. 2347. Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que por su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Art. 2348. Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir.

Art. 2349. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes.

Art. 2350. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias o por haber faltado al cuidado de un buen padre de familia.

No habrá responsabilidad si la ruina acaeciére por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.

Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.

Art. 2351. Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniere de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2360.

Art. 2352. Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de estas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa, según el artículo 2346.

Art. 2353. El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aún después que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal.

Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia, debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento.

Art. 2354. El daño, causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.

Art. 2355. El daño causado por una cosa que cae o sea arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola.

En el caso particular de la responsabilidad civil causada por hechos relacionados con cosas inanimadas, es necesario ahondar en la clasificación de aquellas cosas utilizadas en *actividades peligrosas*, las cuales constituyen un régimen especial en el que se ha desarrollado la doctrina de la responsabilidad extracontractual; todo ello debido al surgimiento y necesidad de regulación de diversas actividades útiles socialmente (como el caso de las modalidades de transporte), en las cuales hay un alto grado de potencialidad de realización de daños sobre las personas y bienes, así como gran variedad de derechos objetivos y subjetivos. En ello, este régimen busca la forma de impedir, reglamentar o atribuir aquellos efectos patrimoniales de los hechos dañosos derivados probablemente del ejercicio de dichas actividades.

2.1.3. Responsabilidad Jurídica Administrativa

La responsabilidad del Estado se basa en el deber del mismo hacia sus asociados, deberes limitados estructuralmente por el ordenamiento jurídico, desde la Constitución y las normas del Bloque de Constitucionalidad, pasando por las Leyes y Decretos, hasta llegar a las Providencias Judiciales y los Actos Administrativos. Dicho deber se encuentra violentado por los actos, hechos u omisiones que afectan a sus asociados.

De esta forma, la responsabilidad del Estado, en particular, la de la función administrativa, se establece por cuanto el mismo Estado se fundamenta en el principio de solidaridad social, así como en el concepto de servicio público, que

Si hubiere alguna cosa que de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción.

permiten a su vez, limitar la acción arbitraria del Estado, sustentada a su vez en el ordenamiento jurídico constitucional y legal.

Se habla generalmente de responsabilidad administrativa, en la medida en que dicha función es aquella en la que de forma más directa y especial afecta las cargas de los asociados. Así, a diferencia de la responsabilidad penal, la responsabilidad administrativa posee un fin restitutivo semejante al de la responsabilidad civil, aunque pueda tener una función sancionatoria, como el caso de la Acción de Repetición, y se deriven tipos de responsabilidad penal y disciplinaria, en algunos casos.

Ahora bien, el origen de la responsabilidad estatal, y en particular la administrativa se sustenta en que:

“Toda actividad que desarrolle el Estado puede ser fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde el punto de vista teórico, pues en cada una de sus gestiones es posible causar perjuicios a los asociados. No obstante cuando se habla de esta clase de responsabilidad, la tendencia tradicional ha sido asociada con la función administrativa porque en comparación con la legislativa y judicial, es la principal fuente de la obligación indemnizatoria.”³¹

El fundamento de la responsabilidad del Estado colombiano es el Artículo 90 de la Constitución Política que reza:

Artículo 90. Constitución Política. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por 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.

La base de dicho artículo es el concepto de *lesión* definido como la existencia de un detrimento patrimonial que afecta a una persona, que no tiene el deber jurídico de soportarlo. De igual forma, este artículo se cimienta en el concepto de *daño antijurídico* comprendido como aquel detrimento patrimonial sin un título jurídico válido que excede las cargas que una persona soporta normalmente en el ejercicio de su vida.

El uso del concepto de *antijuridicidad* como base constitucional de la responsabilidad del Estado fundamenta una teoría objetiva de la misma, a diferencia de una teoría subjetiva, logrando ampliar el rango de imputabilidad por responsabilidad al ente estadual.

De igual forma, el artículo 90 de la Constitución señala las fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado como son: *la falla en el servicio, la expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra, el daño especial, el riesgo excepcional, el enriquecimiento injusto, la función legislativa y la función jurisprudencial.*

El artículo 90 de la Carta, así como el espíritu de la norma constitucional, determinan que el cimiento de la responsabilidad estatal es el deber que posee el mismo Estado de proteger y garantizar la existencia y efectividad de los derechos reconocidos a los asociados, los cuales no pueden vulnerarse, ya que afectan la igualdad que tienen los ciudadanos frente a las cargas públicas, razón por la cual,

³¹ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá,

dichas afectaciones, la mayoría de las veces con efectos patrimoniales, son antijurídicas en sí mismas.

Ahora bien, para que el Estado sea declarado responsable, es necesario que haya ocurrido una actuación imputable a la administración, como es el caso de *un acto, un hecho, una operación, una vía de hecho o una omisión*, los cuales generan el vínculo obligacional que brinda la posibilidad de reparación del daño producido. Sin embargo, para que se genere dicho vínculo, es necesario que la actuación estatal sea de carácter irregular, pues es posible la existencia de daños causados por la administración de carácter previsible, fruto del cumplimiento de sus funciones determinadas legalmente. De esta manera, para el Consejo de Estado se deben probar:

“a) la acción u omisión o sea la conducta que se afirma causó el perjuicio a una persona; b) que esa conducta es imputable a una autoridad pública (la administración en un sentido genérico; y c) que esa conducta imputable a la administración produjo un daño o un perjuicio a quien no tenía por qué soportarlo”³²

De igual forma, junto a la existencia del daño, considerado antijurídico, por superar el conjunto de las cargas³³ que los asociados sostienen en forma normal, y no tiene a su vez título jurídico que legitime dicha situación; encontramos la *imputación* del daño, consistente en la atribución de la responsabilidad sobre el daño.

Leyer, 1999, p. 29.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 9 de Julio de 1992. Exp. 7078. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³³ “La noción de carga pública, que presenta en su comienzo un origen fiscal (art. 13 Declaración de 1789), implica al menos que un sacrificio sea voluntario y regularmente impuesto por la Administración Pública en nombre del interés general”. Ver PAILLET, Michel. Op. Cit. p. 145.

Esta imputación, se clasifica a su vez, en la *imputación fáctica*, consistente en la existencia del daño antijurídico; y la *imputación jurídica*, consistente en el título que fundamenta el tipo de falta producida por el Estado. Así, pues, la declaración de responsabilidad requiere en primer lugar una actuación del Estado generador de una imputación jurídica (como por ejemplo, la falla del servicio) causante de un daño y la existencia de un nexo de causalidad entre uno y otro³⁴

La imputación jurídica permite establecer dos regímenes dentro de los cuales, es posible atribuir la responsabilidad administrativa por sus distintas actuaciones administrativas, los cuales son el régimen de *responsabilidad objetiva* y el de *responsabilidad subjetiva*.

El régimen de *responsabilidad subjetiva* se basa en el desarrollo de una falta proveniente del ejercicio de las funciones del Estado, por ello su título de imputación es la *falla del servicio*. Dicha *falla en el servicio* consiste en “la inobservancia o incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado”³⁵, las cuales son determinadas por la Constitución y la ley, sea de forma expresa o genérica.

La falla en el servicio es un incumplimiento imputable al desarrollo de una actividad pública causante de un daño. Es pues, una falta anónima, la cual depende de la acción u omisión de un agente determinado del Estado.

El título de imputación jurídica de la *falla del servicio* se subdivide a su vez en dos clases, dependiendo de diversos factores, como la carga de la prueba, y la

³⁴ HENAO, Juan Carlos. Op. Cit., p. 35.

³⁵ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia de 29 de Noviembre de 1990. C.P. Antonio José Irrisarri.

actividad pública sobre la que se realiza la falla. Estas dos clases son: la *falla probada del servicio* y la *falla presunta*.

Se habla de *falla probada* en el caso en que el perjudicado, quien opera como demandante de la Acción, tiene la carga de la prueba de la falla del servicio, así como demostrar la existencia del daño y el nexo de causalidad entre la falla del servicio y el daño. La administración puede ser exonerada de responsabilidad probando, a su vez el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima, la imputabilidad del hecho a un tercero o la inexistencia de la falla del servicio.

Se habla de *falla presunta*, en el caso en que el demandado (Estado) tiene que probar la inexistencia de la falla, desvirtuando la premisa base de la presunción, así como en el caso de la fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero. Sin embargo, la sola prueba del caso fortuito no exime a la administración, por cuanto no es suficiente la ausencia de culpa como elemento eximente.

Por otro lado, junto al régimen de responsabilidad subjetiva, en el cual, el incumplimiento es imputable al desarrollo u omisión de una actividad funcional del Estado, se encuentra el régimen de *responsabilidad objetiva*, surgida por el desequilibrio de cargas mayores a las previstas asumidas por los asociados frente a una acción del Estado. Así, pues, la declaración de responsabilidad pretende restablecer el equilibrio de cargas alterado por el accionar estatal.

El desequilibrio de las cargas a asumir por los asociados posee carácter excepcional, por cuanto si fuera asumido por la totalidad de los administrados sería una carga habitual, y es precisamente, su excepcionalidad la que muestra la desproporción y exhibe el desequilibrio que obliga al Estado a indemnizar.

La responsabilidad objetiva del Estado opera a los siguientes títulos, como son: el *daño especial*, el *riesgo excepcional*, la *expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra*, la *ocupación por trabajos públicos* y los *bodegajes especiales*.

El *daño especial* ocurre cuando el Estado actuando de forma legítima, causa un daño especial, de carácter anormal y superior al que normalmente soportan los asociados en el desarrollo de las funciones estatales.

La responsabilidad por *riesgo excepcional* ocurre cuando en la prestación de un servicio, o en el cumplimiento de sus funciones, la administración sea mediante la consecución de medios o el uso de recursos que ponen a los asociados frente a un “riesgo de naturaleza excepcional”³⁶ que excede las cargas de los administrados frente a los beneficios que aparecen como contraprestación por la ejecución de las funciones estatales.

La responsabilidad por la *expropiación de inmuebles en caso de guerra* aparece definida en el artículo 59 de la Constitución Política que reza:

Art. 59 Constitución Política. En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el gobierno nacional sin previa indemnización.

En el expreso caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra o para destinar a ella sus productos.

³⁶ Consejo de Estado. Sentencia de 20 de Febrero de 1989. Exp. 4655. C.P. Antonio José Irrisarri.

El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el gobierno haga por sí o sus agentes.”

Es a la víctima quien corresponde acreditar el título que sustenta la reclamación, así como la ocupación y expropiación del inmueble. El Estado se puede exonerar en el caso en que se pueda demostrar la acción de un tercero en el daño causado.

La responsabilidad por *ocupación por trabajos públicos* se presenta cuando una entidad pública ocupa un inmueble para realizar un trabajo público y con ello causa un daño al inmueble. El Estado se puede exonerar si demuestra el rompimiento o inexistencia del nexo causal sea por fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima.

El Estado asume responsabilidad por *bodegajes oficiales*, cuando la mercancía almacenada en bodegas oficiales sufre un deterioro, pérdida o entrega equivocada durante el tiempo en que es recibida hasta que es retirada del almacén de forma legal. El Estado se exime de responder en estos casos, en caso de fuerza mayor, evaporación del producto, deterioro material, empaque defectuoso o empaque inadecuado así como la poca consistencia de la mercancía a almacenar.

Tras haber señalado los diversos títulos que dan origen a la responsabilidad administrativa, que surgen de una culpa (elemento subjetivo) o de falla funcional, que permite atribuir el origen de la responsabilidad directamente a la administración en vez de un funcionario específico.

Ahora bien, tras haber descrito los distintos tipos de responsabilidad y los diferentes títulos que justifican la imputación en ella, especialmente en los casos de la responsabilidad civil y la administrativa, se analizarán a continuación los

elementos de la responsabilidad en forma general, así como posteriormente las clasificaciones de los perjuicios.

2.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

La existencia de la Responsabilidad, sea civil o administrativa, requiere de una serie de elementos que configuran la existencia de un hecho (o acto) causante de una serie de alteraciones, así como una relación causal que permita la imputación del sujeto activo como causante del hecho dañoso y de los perjuicios, como consecuencias de aquél a que da lugar. Son estos elementos los que serán estudiados detalladamente, pues a partir de ellos es que se comprende la teoría y conceptualización de los tipos de perjuicio, en especial, los inmateriales o extrapatrimoniales (como han sido tratados tradicionalmente) que son objeto de nuestro estudio. Dichos elementos son:

2.2.1. El Daño

Tradicionalmente el concepto de Daño ha sido usado indiscriminadamente en el lenguaje cotidiano y en la doctrina como sinónimo de perjuicio, más aún acorde al principio que asume que “no puede haber responsabilidad sin perjuicio”, asumiendo la condición necesaria de que para “reparar, debe haber algo que reparar”³⁷. Sin embargo, hay diversos doctrinantes como Juan Carlos Henao o Michel Paillet que separan la existencia del daño y del perjuicio, señalando al primero como precedente del segundo. La existencia de este presupuesto es necesaria, no tanto por la separación usual que hacen respecto de él dentro del Derecho Administrativo, donde prima la existencia de un daño antijurídico causado

³⁷ MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Leon. Op. Cit., p. 108.

por el Estado, como del Derecho Civil donde para distintos doctrinantes daño es sinónimo de perjuicio.

Al respecto, Fernando Hinestrosa señala que:

“(…) el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de operar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se pudo determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil.”³⁸

Así, entonces, la existencia de un hecho dañoso causa pues un menoscabo patrimonial o una afectación de otro tipo a la persona que define pues al perjuicio. El daño, es pues, un hecho o acto negativo causante de un menoscabo o afectación en los distintos intereses de una persona, es decir, que el daño es la causa de la existencia de los perjuicios. Por tal razón, todo proceso por responsabilidad, sea civil o administrativa se desarrolla a partir de la necesidad de probar el daño. Sin embargo, para declarar la responsabilidad es imprescindible la existencia del perjuicio imputado a una persona en particular. Es así, pues, que la inexistencia del perjuicio implica la imposibilidad de declarar la responsabilidad determinada de una persona, por lo cual el carácter necesario del daño es útil cuando va enlazado con la existencia de un perjuicio.

De igual forma, existen casos en los que la existencia del daño no implica la declaración de responsabilidad, como es el daño que no se puede atribuir al demandado, sea por cualquiera de las causales de exoneración (fuerza mayor,

³⁸ Citado por HENAO, Juan Carlos. Op. Cit. P. 36.

caso fortuito, culpa de la víctima, hecho de un tercero); así como en el caso específico de la responsabilidad administrativa en el que el daño existe y es imputable, pero no es de carácter antijurídico, razón por la cual debe ser soportado por quien lo sufre.

En la mayor parte de los casos, la existencia del daño debe ser probado por quien lo sufre, a excepción de la responsabilidad administrativa por falla presunta del servicio, donde la carga de la prueba, la posee la administración, quien debe desvirtuar la responsabilidad presunta por la existencia del daño. Sin embargo, la existencia de los perjuicios, debe ser probada siempre por el demandante-afectado.

2.2.2. La Culpa

El único consenso que ha habido doctrinalmente sobre el concepto de culpa es la existencia de ésta como un factor subjetivo. Sin embargo, su estatus dentro de la determinación de responsabilidad ha sido bastante discutido por distintos doctrinantes, quienes la defienden o la critican. Así, pues, hay una teoría subjetivista de la responsabilidad que plantea un principio aparente que es el de “Sin culpa, no hay responsabilidad”, determinante para la determinación de la responsabilidad.

El origen de los debates acerca de la definición de culpa se plantea a partir de la falta de definición que las normas establecen al respecto, así como la variedad interpretativa que ha ofrecido la jurisprudencia. Dicha falta de definición se encuentra tanto en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés, como en el artículo 2341 y siguientes del Código Civil colombiano, donde a pesar de precisarla como un elemento constitutivo de la responsabilidad civil, no se define detenidamente ni se especifican sus características.

El vacío existente a la hora de definir el concepto de *culpa* ha generado numerosas veces la confusión entre la culpa civil y la culpa de carácter penal, así como también se ha permitido la confusión con otros elementos de la responsabilidad como son el daño, el perjuicio o el nexo de causalidad.

La culpa, tradicionalmente comprendida, es establecida de forma abstracta, mediante la comparación de la conducta causante del daño con una conducta modelo. Así, pues, se establece una equiparación de circunstancias externas como tiempo y lugar, para efectuar dicha comparación abstracta entre lo que el hombre modelo determinado como “hombre prudente” y el causante del daño. Sin embargo, las distintas circunstancias internas (estado de ánimo, capacidad intelectual, etc.) no interfieren en la realización de esta comparación, debido a que se pretende generalizar el proceder de cualquier individuo frente a una situación particular. Esta teoría de la culpa denominada objetiva³⁹, se contrapone pues, a la teoría subjetiva de la culpa, la cual examinaba las circunstancias internas del causante del daño, la cual, para efectos de demostrar la responsabilidad era impracticable.

Así, la teoría objetiva de la culpa es definida por los hermanos Mazeaud como un “error de conducta que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas condiciones eternas del autor del daño”⁴⁰. El examen comparativo que establece esta definición de culpa, adoptada por las legislaciones francesa y colombiana, presenta entonces distintas problemáticas al momento de establecer la responsabilidad de distintas clases de individuos, como el caso del ebrio, o del drogadicto, quienes a diferencia del menor de 10 años y de los dementes

³⁹ No se debe confundir la teoría de la *culpa objetiva*, con la teoría de la responsabilidad objetiva.

⁴⁰ Citado por MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Op. Cit. P. 184.

interdictos (art. 2346 C.C.), son responsables civilmente, a pesar de estar enajenados de su razón total o parcialmente.

Por otra parte, el artículo 63 del Código Civil, divide la culpa civil en tres categorías: la *grave* (asimilada al dolo), la *leve* y la *levísima*. Esta clasificación opera en el caso de la responsabilidad contractual, mientras que en la responsabilidad extracontractual, en la cual sólo se exige la culpa. Así, mientras en la responsabilidad contractual, el incumplimiento de las obligaciones de resultado presupone la existencia de culpa, así como en el caso de las obligaciones de medio, la existencia de la culpa debe probarse.

En materia de la responsabilidad civil extracontractual, el concepto de la culpa es un concepto sujeto a las variaciones de la jurisprudencia y la doctrina, llegando a juicio de Martínez Rave a acudir al concepto de culpa en el Derecho Penal, lo cual ha generado inseguridad jurídica a la hora de sustentar distintas demandas con este presupuesto⁴¹.

A diferencia del Derecho Penal, donde la culpa es personalísima, la culpa civil es transmisible, ya que los herederos tienen la obligación de responder de los perjuicios causados por el *de cuius*. De igual forma, la culpa penal no admite grados, a diferencia de la clasificación civil (en *grave*, *leve* y *levísima*); así como en el campo civil es posible la compensación de culpas y la reducción, casos que no operan en el campo penal.

Dentro de la legislación civil, algunas veces no se utiliza el vocablo culpa, usando otros que señalan falta de diligencia y de cuidado, señalando por ejemplo, “negligencia” (art. 2346 C.C.), “falta de cuidado de un buen padre de familia” (art.

⁴¹ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Op.Cit. p.187.

2350), “mediano cuidado o prudencia” (art. 2353), disparo imprudente “sin las precauciones necesarias” (art. 2356), “se expuso a él imprudentemente” (art. 2357). Es pues, el uso de estos términos el que demuestra la diferenciación existente entre los tipos de culpa penal y civil, así como la adopción por parte del Código a la teoría objetiva de la culpa.

Sin embargo, a pesar de la dificultad existente en la determinación de culpa y su delimitación, el concepto ha ido evolucionando, admitiendo determinadas circunstancias, en las que era necesario invertir la carga de la prueba y exonerar al demandante/perjudicado de la prueba del daño, creando las *presunciones de culpa*, reconocibles en determinados casos.

Sin embargo, en distintas normas, sean del orden civil o administrativo, la teoría de la responsabilidad objetiva, que señala la existencia del daño como origen de la responsabilidad sin existencia de elemento subjetivo, la cual ha modificado especialmente el concepto de la responsabilidad administrativa, al plantear la noción de daño antijurídico, así como la falla presunta del servicio.

2.2.2.1. La culpa en el Derecho Administrativo

La culpa que puede ser imputable al Estado o la administración surge por distintas situaciones que son fuente de responsabilidad, las cuales, en nuestro ordenamiento jurídico, sustentan el título jurídico de *falla del servicio*, frente a la responsabilidad objetiva, y frente a la *falla presunta del servicio*. Ahora bien, a continuación, examinaremos pues, a la luz de la doctrina, en particular de la de Michel Paillet, las situaciones causantes de la culpa proveniente de la administración.

En primer lugar, se encuentra la *culpa de la administración como atentado a los derechos de los perjudicados*, comprendida como “el atentado que comete la administración contra los derechos de un administrado”⁴², la cual puede ocurrir de distintas formas como son: la *ruptura de la igualdad de las cargas públicas*, la *ruptura de la igualdad de los servicios públicos* y la *violación del derecho al correcto funcionamiento del servicio público*.

La culpa como *ruptura de las cargas públicas* consiste en el tratamiento desfavorable que la administración otorga a la víctima en desarrollo de una actividad pública frente al desarrollo de la misma actividad respecto de los demás administrados. Este tratamiento desfavorable supone también la desigualdad entre las cargas, lo que a su vez implica un comportamiento contrario a derecho, así como trae como consecuencia la existencia de un perjuicio, originado de forma anormal y especial, ya que estas características son las que demuestran la existencia de dicha desigualdad, y en el caso en que el daño fuera parte de las cargas, no sería indemnizable.

La culpa como *ruptura de la igualdad ante los servicios públicos*, se entiende teniendo en cuenta que si la violación del principio de igualdad ante los servicios públicos es de carácter culposo, es posible señalar que toda culpa del servicio es una ruptura de igualdad ante los servicios públicos.

La culpa como la *violación del derecho al correcto funcionamiento del servicio público* hace de la noción de servicio público “el instrumento de medida de la culpa”⁴³, ya que la administración tiene el deber de brindar “las garantías o las prestaciones que ella debía normalmente prestar”⁴⁴, frente a la cual, cualquier

⁴² PAILLET, Michel. Op. Cit. p. 144.

⁴³ Ibid. p. 146.

⁴⁴ Ibid.

violación a dicho deber configura la falla del servicio. Sin embargo, dicha concepción al señalar que la culpa configura la falla del servicio desplaza la dificultad conceptual de la culpa, pues por regla general, el juzgador busca determinar por regla general la existencia de una obligación por parte de la administración, dependiente de la normatividad, frente a la cual, no opera la existencia de un elemento subjetivo como es la culpa. De esta forma, este concepto queda circunscrito a ser aplicado adecuadamente en el caso de la culpa contractual, pero en los casos de responsabilidad extracontractual su explicación resulta confusa, y difícilmente se puede reclamar la responsabilidad de la administración de otra forma y en otras situaciones.

En segundo lugar, se encuentra la definición de la culpa como *comportamiento irregular de la administración*, comprendiendo a la falla del servicio como un comportamiento contrario a las normas que regulan el funcionamiento de la administración. De esta definición es posible definir a la falla del servicio como *omisión o inobservancia de las leyes del servicio, comportamiento anormal* y como *sustracción a las obligaciones administrativas*.

La *omisión o inobservancia de las leyes del servicio* surge, pues, por el funcionamiento imperfecto de la administración, debido al desconocimiento o inobservancia de sus leyes reguladoras; situación que presupone el origen de la falla en una errónea aplicación de dichas leyes, en materia organizativa por parte de la administración. Para Paillet:

“Este análisis tiene el mérito de la simplicidad y en cierto modo es incontestable. Pero es claro, sin embargo, que permanece impreciso en extremo pues la cuestión de saber dónde comienzan las disfunciones

permanece íntegra y se percibe fácilmente que esta definición es frustrante⁴⁵.

Otra definición de culpa de la administración por falla en el servicio se radica en la existencia de un *comportamiento anormal*, en la cual, lo anormal es lo imprevisto y excepcional, que se aleja de todo lo que habitualmente se encuentra o sucede, y que con ello se contrarían las exigencias de seguridad, afectando a los administrados. Es, pues, la definición de anormalidad una noción subjetiva, basada en la equidad, la cual depende del observador-juzgador, lo cual no otorga, a ciencia cierta, el rigor que restrinja el concepto y lo especifique.

Igualmente, se encuentra la definición de la culpa como la *sustracción a las obligaciones administrativas*, semejante a la definición de la culpa civil dada por Planiol, donde la última consiste en la violación de una obligación preexistente. Así, la culpa en la falla del servicio opera por la violación de una obligación administrativa. Esta aproximación conceptual entre la culpa civil y la administrativa, se basa en el hecho de que la responsabilidad pecuniaria administrativa, es una responsabilidad civil, cuya única diferencia, conceptual, es el sujeto activo del hecho dañoso. En esta misma forma, la existencia de la obligación administrativa, permite analizar el origen del incumplimiento-falla proveniente de la administración y la afectación causada, ya que no habría falla o responsabilidad alguna, si en efecto la administración hubiera cumplido las obligaciones a su cargo.

Así, pues, tras haber examinado el origen de la culpa civil y la forma como se conceptúa la culpa en el régimen de responsabilidad administrativa subjetiva, continuaremos con el examen de los siguientes elementos de la responsabilidad.

⁴⁵ Ibid. p. 148.

2.2.3. El Nexo de Causalidad

El tercer elemento constitutivo de la responsabilidad, ya sea civil o administrativa, independiente de la culpa, del hecho o del perjuicio, es la existencia de un nexo de causalidad, el cual se comprende como el vínculo existente entre el hecho y el daño que causa. Así, como la existencia del hecho dañoso es un presupuesto necesario, la presencia del nexo de causalidad es un presupuesto indispensable para declarar la responsabilidad.

Según los doctrinantes seguidores de la teoría subjetiva, defensores de la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad, la existencia del nexo causal radica en el vínculo entre la culpa-intención y el hecho. Sin embargo, para los defensores de la teoría subjetiva, el enlace causal es el existente entre el hecho y el daño, ya que para ellos no hay lugar para el elemento subjetivo como origen de la responsabilidad.

El nexo causal debe ser señalado por el demandante en su Acción y verificado por el juez. Se tiene en cuenta, que al momento de probarse el hecho dañoso (o la culpa) así como el perjuicio, se presume de especie tácita la existencia de ese vínculo, el cual, no ocurre necesariamente en todos los casos, pues es posible la pluralidad de causas, así como es necesaria la verificación expresa por parte del juez para declarar la responsabilidad. De esta forma, la prueba de la relación causa-efecto es difícil, teniendo en cuenta que esta relación se establece por todos los medios, incluyendo las presunciones, en especial aquellas que afectan al orden administrativo, como la falla presunta del servicio. Se entiende pues, que la duda en la demostración del nexo causal beneficia al demandado.

Sin embargo, a pesar de la relativa facilidad teórica que existe para comprender el nexo causal, éste debe relacionarse directa y de forma específica con el daño. Así,

pues, se concibe el nexo de causalidad dependiendo de las distintas teorías sobre la responsabilidad; en el caso de la teoría objetiva, el nexo causal es el existente entre el hecho y el daño, el cual llevaría a especificar la causalidad actuante en la realización del daño, máxime cuando se encuentra la dificultad concerniente a la pluralidad de causas, tema que analizaremos más adelante.

Por otro lado, la teoría subjetiva, plantea la existencia del nexo causal como la relación entre la culpa y el hecho, premisa que no logra delimitar el radio de acción del concepto de culpa y su distinción con el de causa, así como añade otra serie de problemáticas en la determinación del nexo causal, como es la determinación propia del elemento subjetivo.

El planteamiento del nexo causal puede considerarse sencillo, en el caso en el que hubiera una única causa determinante del hecho. Sin embargo, en la existencia de distintos hechos actuantes que le dan origen al daño, es necesario analizar cuál de ellas es la imputable o no al demandado en una acción de reparación, razón por la cual, sobre la *pluralidad de causas* existen distintas teorías para validar jurídicamente qué tipo de causa es el que genera jurídicamente la imputación.

En este caso se han presentado dos teorías que pretenden hallar una solución al problema que la pluralidad de causas encierra como son la teoría de la *equivalencia de las condiciones* y la de la *causalidad adecuada*.

La teoría de la *equivalencia de las condiciones*, plantea que la existencia de cualquier causa que interfiera en el resultado dañoso genera responsabilidad, lo que implica que si el demandado participó en la realización de alguna de las causas o concausas, hay pues, elemento suficiente para ser considerado responsable, extendiendo como se puede comprobar el ámbito de aplicación del

concepto de causa así como también la responsabilidad. Esta hipótesis recibe tal nombre, debido a que pretende equivaler todos los fenómenos, circunstancias o hechos que afectan el resultado, poniéndolos al nivel de causas-condiciones del daño.

Así, la teoría de la *equivalencia de las condiciones*, puede ser suficiente a la hora de determinar un daño único e inmediato sobre la responsabilidad fundada sobre la culpa, teniendo en cuenta su aplicación preferente por los doctrinantes de la teoría subjetiva de la responsabilidad. Para Philippe Le Tourneau:

“(…) para la determinación del nexo causalidad entre el hecho dañino y sus consecuencias mediatas, necesarias para calificarlas directas, la equivalencia de las condiciones conduce a considerar que permanecen directos y reparables los daños demasiado alejados del hecho generador y, para decirlo de una vez, cuyo nexo con éste es puramente hipotético. *El problema mayor de la teoría explota aquí: ésta no permite fijar cómodamente un límite a la extensión de la responsabilidad.*”⁴⁶

Por otro lado, la teoría de la *causalidad adecuada*, plantea que los fenómenos que participan en la realización de un resultado tienen un nivel mayor o menor de determinación en la ejecución del mismo. Así, los fenómenos que son determinantes en la elaboración del resultado son contemplados como *causas* y aquellos de menor determinación e influencia son nominados como *condiciones*. En el proceso lógico, se excluyen las *condiciones*, quedando las *causas*, las cuales son sometidas a evaluación mediante las variantes de *causa próxima*, *causa eficiente* o *causa determinante*, las cuales permiten establecer la existencia de la causa más adecuada al resultado dañoso.

De esta forma, hay *causalidad* adecuada, cuando una causa “es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado”⁴⁷. Este proceso requiere un estudio más complejo, en la medida en que concurren distintas personas con distintas causas que pueden afectar la existencia del resultado.

De igual forma, en el seno de la doctrina francesa, proclive a la teoría subjetiva de la responsabilidad se han encontrado distintas objeciones a la hipótesis de la *causalidad adecuada*, seguida por los partidarios de la teoría del riesgo o de la *responsabilidad objetiva* según las cuales:

“El carácter totalmente artificial y abstracto del examen retroactivo debería bastar para no admitir esta teoría si no es con prudencia y con circunspección. Sin embargo, hoy en día la doctrina es muy favorable al respecto, seducida por su apariencia científica y reforzada por la simplicidad de la equivalencia de las condiciones.”⁴⁸

De todas formas, la exploración de la existencia del nexo de causalidad implica la aplicación de un proceso lógico en cabeza del juzgador que permite determinar la causa real del daño causado, haciendo extensivo el análisis en el establecimiento de la responsabilidad.

El nexo de causalidad se rompe en los casos en que el hecho no tenga relación con el demandado-imputado, como es el caso de la culpa (también llamada hecho) de la víctima, fuerza mayor, caso fortuito, o el hecho de un tercero, casos en los que se exime al demandado de la supuesta responsabilidad por el hecho.

⁴⁶ LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá, Legis, 2004, p. 81. La cursiva es nuestra (Nota de los Autores).

⁴⁷ Ibid. p. 82.

2.2.4. El Perjuicio

El perjuicio es el fundamento de la responsabilidad, y de igual forma, no es posible legitimar una acción sin la existencia de perjuicio⁴⁹. En materia de responsabilidad civil, el perjuicio puede ser probado por el demandante. El mismo caso ocurre generalmente en los distintos regímenes de la responsabilidad administrativa, a excepción de la responsabilidad por falla presunta del servicio.

Para Michel Paillet “hay que comprender por perjuicio todo incidente negativo (y se le será valuable en dinero) sobre los derechos, los intereses o las prerrogativas de una persona (física o moral). Este incidente deriva de un acontecimiento (acto o hecho jurídico) que es el hecho dañino, que produce el daño”⁵⁰.

Hay pues, acorde a esta definición distinguir el perjuicio del daño, con el cual, comúnmente en el lenguaje y la doctrina, es confundido, teniendo en cuenta que el perjuicio es la consecuencia del hecho dañoso que produce aquel menoscabo señalado anteriormente por el tratadista. Esta confusión entre los conceptos que los hace casi sinónimos hace que los juzgadores y doctrinantes empleen indiscriminadamente el término y sólo se procure distinguirlo desde un nivel meramente teórico.

En vista de esta sinonimia de común uso entre los conceptos, ha hecho que numerosos tratadistas definan al perjuicio de forma semejante al daño señalando que es “simple y llanamente la lesión, o menoscabo que se ocasiona a un interés lesionado, esté o no consagrado como un derecho como un derecho real u

⁴⁸ Ibid. p. 83.

⁴⁹ Ibid. p. 60.

⁵⁰ PAILLET, Michel. Op. Cit. p. 255.

objetivo”⁵¹. Sin embargo, sólo hay un caso en el que es posible la existencia de la responsabilidad sin la existencia del perjuicio, como es el caso de la cláusula penal, en la que las partes eximen al acreedor de la prueba del perjuicio, así como se debe pagar la suma fijada, en los casos de incumplimiento, aún con la ausencia de perjuicios.

Así, pues, es necesario aclarar las situaciones en las que existe el perjuicio, que a juicio de los Hermanos Mazeaud⁵² son: *cuando es cierto, cuando no ha sido reparado, cuando afecta personalmente al demandante, cuando afecta contra un derecho adquirido*; de los cuales se derivan las dos características del perjuicio que son su *carácter cierto* y su *carácter personal*, que serán descritos a continuación

2.2.4.1. Características del Perjuicio

Para la mayor parte de los doctrinantes, el perjuicio a reparar tiene que ser *cierto* y de carácter *personal*. Sin embargo, hay concepciones divergentes acerca de las características del perjuicio. Así, para otros doctrinantes es posible la existencia de otras características aparte del carácter personal y cierto, como el caso de Le Tourneau para quien el perjuicio debería ser *directo, actual, legítimo*, además de ser *cierto*.

“El carácter *directo* se refiere en realidad al *nexo de causalidad*. La exigencia de la *actualidad del perjuicio* (a menudo afirmada) es errónea: el perjuicio futuro es indemnizable. Así mismo, la acción no puede ser rechazada bajo pretexto de que el interés es *ilegítimo*: el perjuicio es un hecho bruto que se aprecia fuera de toda consideración moral y de todo

⁵¹ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Op.Cit. p. 221.

juicio de valor sobre la situación anterior a su nacimiento, salvo tal vez si se invoca para ello el principio de coherencia.”⁵³

2.2.4.1.1. Carácter Cierto

La certeza del perjuicio es considerada respecto a su existencia palpable. El término certeza, tradicionalmente se ha visto contrapuesto al de futuridad. Sin embargo, la certeza del daño no importa que el mismo sea pasado, presente o futuro, sino que sea previsible. Es pues, la certeza, un juicio de probabilidad.

Para determinar si un perjuicio *cierto* es posible, es necesario que sea altamente probable. Así, pues, es posible determinar con certeza un perjuicio ya producido o presente al momento de la sentencia. Sin embargo, el juicio de probabilidad opera a la hora de determinar la existencia de un perjuicio futuro, es decir, con posterioridad a la sentencia judicial.

Así, pues, tenemos un perjuicio *actual*, presente o pasado al momento de la sentencia, y hacia futuro podríamos examinar el *perjuicio virtual*⁵⁴, existente en potencia al momento del daño causado (como la disminución de la capacidad de trabajo en la víctima, fruto de las lesiones o la incapacidad permanente de la misma) determinable por las circunstancias consecuenciales de desarrollo del daño; así como el *perjuicio eventual*, consistente en una expectativa hipotética.

De esta forma, tenemos hacia futuro dos tipos de perjuicio plausibles, diferenciados en la probabilidad de su ejecución y su relación con el daño causado. Considerándose al final, admisibles como *ciertos* tanto el *perjuicio actual*

⁵² MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Leon. Op. Cit., p. 111.

⁵³ LE TOURNEAU, Philippe. Op. Cit. p. 67.

⁵⁴ Ibid. p. 68.

(por encontrarse ya causado, en tiempo pasado o presente) como el *perjuicio virtual*, por encontrar una alta probabilidad de desarrollo; mientras que la mera expectativa o *perjuicio eventual* no puede ser considerado como tal.

2.2.4.1.2. Carácter Personal

El perjuicio tiene que ser propio, es decir, tiene que estar referido a la persona afectada, razón por la cual, no se puede reclamar el derecho a la indemnización cuando el daño es causado a otra persona, salvo en el caso en que se use el derecho de representación, como el caso del apoderado, quien procesalmente reemplaza al afectado que intenta la acción.

De igual forma, hay casos en los que la lesión indirecta también otorga titularidad del daño, como en el caso de los herederos de la víctima. De igual forma, esta lesión indirecta ocurre cuando los perjuicios de terceros ocasionan un daño propio, como la afectación a la cabeza de familia, de la cual dependen una serie de miembros (cónyuge, hijos, padres, etc.), caso en los cuales, la afectación en su forma de vida, dinero dejado de percibir, dolor causado, puede ser objeto de indemnización.

El carácter personal del daño supone que el daño puede afectar a cualquier persona, a quien no se le puede impedir la demanda, a excepción de una situación no válida a los ojos del juez, como el caso de las solicitudes de indemnización de bienes originados por recursos ilegales del demandante o la participación del demandante en actividades ilegales. Así, pues, la legitimación personal del demandante, depende del título legítimo en cuanto a la afectación sufrida por la acción de un tercero, o particularmente en estos casos, la del Estado.

Comúnmente el carácter personal del perjuicio y la legitimación por activa en la causa se confunden, dado el hecho de que la última es “la identidad del derecho subjetivo con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo”⁵⁵. Así, la carencia del carácter personal, produce igualmente la legitimación por activa en el proceso, lo cual genera un impedimento sustancial que no permite que el juzgador falle la sentencia de fondo.

Así, pues, el daño es *personal*, cuando el demandante es la persona que efectivamente lo sufrió, de forma independiente en que se encuentre en una situación protegida jurídicamente protegida (como el caso de la compañera permanente), con la única excepción de que el derecho que fundamenta la solicitud de indemnización sea ilegal.

2.2.4.2. Tipos de Perjuicio

A la hora de clasificar los distintos tipos de perjuicio, también ha habido siempre distintas clasificaciones, obedeciendo a la afectación producida por el daño. Así, pues encontramos la clasificación tradicional que los divide en Perjuicios Patrimoniales y Extrapatrimoniales, dependiendo del tipo de afectación sufrida.

2.2.4.2.1. Perjuicios Patrimoniales y Extrapatrimoniales

La definición de *perjuicios patrimoniales* engloba todos los perjuicios que modifican y perturban los bienes de contenido económico (patrimonio), ya sea originado por un daño moral (como es el caso de la lesión contra el buen nombre o la reputación de una empresa o comerciante), o un daño material o corporal. En él

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 13 de Febrero de 1996. Exp. 11213. C.P. Dr. Montes Hernández. Citado por: HENAO, Juan Carlos. Op. Cit. P. 103.

se encuentra la clasificación del *perjuicio material*, identificándose comúnmente ambos conceptos.

La definición de *perjuicio extrapatrimonial* surge por exclusión de la delimitación del concepto de *perjuicio patrimonial*. Este tipo de perjuicio se origina por la lesión al bienestar de la víctima, originado por un daño moral (que puede ser producido por una afectación a los derechos de la personalidad), así como un daño corporal y la lesión a la afección de la víctima (como en el caso de la pérdida de un ser querido).

En él quedan englobados los perjuicios morales, el daño a la vida de relación (anteriormente conocido como perjuicio fisiológico), así como el daño biológico (manejado por diversas legislaciones, como la italiana), al igual que otras clases de perjuicios manejados por las distintas doctrinas y legislaciones como el caso del perjuicio estético o el perjuicio sexual.

Si bien en principio, la naturaleza de esta clase de perjuicios, está mayormente encaminada hacia la *compensación*, que a la *reparación*, dado que en circunstancias como el dolor o la afección es imposible reparar o restituir el estado anterior, frente a lo cual, al decir de ciertos doctrinantes⁵⁶, la tendencia a la especialización de los perjuicios extrapatrimoniales obedece a la lógica mercantil que lleva a la multiplicación de los bienes, incluyendo los afectos, además de la naturaleza de los mismos daños y perjuicios que permiten la utilización de otra clase de bienes. Así, pues, a juicio de Le Tourneau, aparte de la aplicación del principio de reparación integral, que fundamenta la especialización de esta clase de perjuicios “la ideología de la reparación se nutre así de mercantilismo (más que

⁵⁶ LE TOURNEAU, Philippe. Op. Cit. P. 73.

de humanismo”⁵⁷, un aspecto importante a la hora de analizar la influencia de estas nuevas clasificaciones.

2.2.4.2.2. Perjuicio Material

Se entiende como perjuicio material, aquel que modifica la situación pecuniaria del perjudicado-demandante. A su vez, este tipo de perjuicio reconoce dos variantes establecidas en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil⁵⁸, las cuales son: el *daño emergente* y el *lucro cesante*, sea en materia contractual o extracontractual, en la legislación colombiana.

2.2.4.2.2.1. Daño Emergente y Lucro Cesante

Para Javier Tamayo Jaramillo “Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima”⁵⁹, lo cual implica que en el daño emergente haya una especie de desembolso, un detrimento patrimonial.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Los artículos 1613 y 1614 del Código Civil rezan así:

ARTICULO 1613. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

ARTICULO 1614. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

⁵⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. T. 2. Bogotá, Temis, 1986, p. 117.

De igual forma, para Philippe Le Tourneau, el daño emergente consiste en una “disminución del patrimonio, sea como consecuencia de un desfallecimiento contractual⁶⁰ (ejemplo, el bloqueo del sistema informático suministrado que conduce a la empresa a no cumplir con los pedidos de sus clientes) o de un hecho delictual dañino (la depreciación del valor de una marca por su utilización sin derecho por un tercero).”⁶¹ De esta forma, es posible definir al daño emergente como el menoscabo directo del patrimonio originado en el daño sufrido.

El daño emergente, no se relaciona solamente con el daño del bien o de la persona en sí mismo, sino también de todas aquellas erogaciones patrimoniales acontecidas como consecuencia de su afectación, como el reemplazo o reparación del bien, o la contratación de un médico especialista.

En el caso del daño causado a las personas, el daño emergente comprende todos los gastos encaminados a evitar, curar o superar las consecuencias del hecho dañoso (gastos médicos y farmacéuticos, psicológicos, psiquiátricos, entre otros); así como en el caso de muerte, comprende no sólo los gastos realizados para atender la enfermedad sufrida (en caso de que la enfermedad haya sido consecuencia del hecho dañoso), sino también los gastos de los servicios funerarios, dada su condición consecencial respecto del hecho dañoso.

Por otro lado, “Hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará al patrimonio de la víctima”⁶², es decir, que el *lucro cesante* puede ser comprendido como la

⁶⁰ Hay que aclarar que si bien el Lucro Cesante y el Daño Emergente son susceptibles de reclamación por responsabilidad contractual como extracontractual en el ordenamiento jurídico colombiano, exclusivamente lo son por responsabilidad contractual en el Derecho Francés. Ver HENAO, Juan Carlos. Op. Cit. p.196.

⁶¹ LE TOURNEAU, Philippe. Op. Cit. p. 70.

⁶² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. p. 117.

frustración o privación de un aumento patrimonial, originado sea por la falta de rendimiento, de productividad, causada por el hecho dañoso.

En la afectación producida a los bienes, se comprende como lucro cesante, la falta de productividad o de servicio prestado por los mismos. En el caso de dinero, o demás bienes que desaparecen, se toma en cuenta el rendimiento perdido, es decir, el interés o productividad, en el caso en que no se puede demostrar un rendimiento concreto superior. En el caso de las afectaciones a las personas, es lucro cesante, el dinero que dejó de percibir la persona al encontrarse incapacitada en el caso de las lesiones personales. En el caso específico de la muerte, corresponde a lo que el afectado ha dejado de percibir económicamente a raíz de la falta de la persona que colaboraba en su manutención (alimento, vivienda, estudio, etc.).

2.2.4.2.3. Perjuicio Moral

El Daño se divide principalmente y según la mayoría de autores y legislaciones existentes en dos clases: el daño patrimonial y el daño no patrimonial o extrapatrimonial. La legislación colombiana, sin embargo, no consagra en norma alguna la diferencia entre estas dos clases de Daño, de ahí que haya que recurrir a la Doctrina para establecer esta distinción.

Encontramos entonces, dentro del *daño patrimonial*, todo Daño, menoscabo o lesión de los bienes e intereses que hacen parte del patrimonio de una persona, entendiendo al patrimonio como el conjunto de los bienes que pertenecen a un sujeto de derecho en un determinado momento histórico⁶³.

⁶³ PALTÍ. *Il Danno Patrimoniale. Estratto del Digesto*. 4ª. Edición. Turín, 1989, p. 10.

Por otra parte, el *daño no patrimonial o extrapatrimonial* constituye ya los daños patrimoniales ni de la persona física, sino la personalidad moral del damnificado⁶⁴, es decir, todos aquellos daños que se le causan a un sujeto y que no pueden atribuirse a daños en sus bienes o daños estrictamente patrimoniales.

Así, tenemos que el *daño no patrimonial* es equivalente al *daño moral*. Sin embargo, más específicamente, es similar al *daño moral subjetivo*, ya que dentro de los daños, encontramos que el *daño moral* a su vez, se subdivide en *daño moral objetivo o daños morales objetivados* y *daño moral subjetivo*; siendo éste último materia de interés en este estudio.

2.2.4.2.3.1. Daño Moral Objetivo u Objetivado

Existen dos tipos de *Daño Moral*, unos, los que pueden determinarse de forma concreta o exacta, y aquellos que por sus características abstractas e indeterminables no son susceptibles de objetivación.

De esta manera, encontramos dentro de los daños al patrimonio moral propiamente dicho, los daños de la parte social del patrimonio, que son los atentados contra el honor, la reputación o la imagen de un sujeto dentro de la sociedad o su entorno social, los cuales, al ser violados, injuriados o dañados, conllevan consecuencias del orden material y por lo tanto repercusiones objetivas del daño moral, manifestadas no sólo de forma psíquica, sino en el caso de un comerciante, ejecutivo, empresario, o figura pública con menores rendimientos en su negocio debidos a la inhibición que en él provocan para realizar normalmente sus actividades laborales y además la pérdida de oportunidades negociales causadas por dicha difamación.

⁶⁴ LÓPEZ MORALES, Jairo. Op. Cit. p. 15.

Tenemos, pues, que el *daño moral objetivado* puede repararse fácilmente, ya que su cuantificación es más sencilla debido a la incidencia pecuniaria del daño, que afecta de forma tangible y estimable que tiene este tipo de daño sobre el patrimonio material de la persona; situación que no ocurre con el daño moral subjetivo o subjetivado.

Las repercusiones que trae el daño moral objetivado han de indemnizarse; de ahí que, aplicando los criterios empleados para evaluar el daño material, se lleva por esta vía al resarcimiento o reparación debidos.

Según la Doctrina al hablarse de *Daño Moral Objetivo* u *Objetivación del Daño Moral*, podríamos estar desconociendo la existencia o esencia del daño moral en sí, pues se acepta sólo en la medida de sus repercusiones materiales. No obstante esta proposición no es cierta, pues, si bien se trata de un daño moral de consecuencias patrimoniales cuantificables y determinables en dinero, su causa principal la encontramos en la lesión que provoca el daño en la parte del patrimonio moral del sujeto como son la reputación, honra y honor inherentes a la persona humana y no a su haber patrimonial, independiente de las repercusiones que en éste último tenga.

En resumen y acorde a lo anteriormente expuesto, el *daño moral objetivo* es aquel que vulnera no los bienes del damnificado, sino su personalidad moral con repercusiones materiales, que hacen fácil su tasación y por lo tanto, dan lugar a su nombre, por ser objetivos. Ahora es necesario resaltar que para distinguir y diferenciar esta clase de daño respecto a los daños morales estrictos, hay que acudir a la naturaleza del daño y a la calidad de los bienes afectados, que determinan en últimas, frente a qué clase de daño nos encontramos, bien sea para su evaluación o para darle realidad procesal-jurídica. Lo anterior es necesario para

no confundir los daños causados y por ende lograr una justa reparación de los daños inferidos a una persona, pueden coexistir aún las dos clases de daños en un mismo caso.

2.2.4.2.3.2. Perjuicios Morales No Objetivados o Subjetivos

Al lado de los perjuicios morales objetivados, encontramos los *subjetivos* o *no objetivados*, llamados así por la imposibilidad o difícil tarea de cuantificación, ya que estos solamente perjudican la parte afectiva o sentimental del patrimonio moral. Como su nombre lo dice, se contempla un perjuicio puramente subjetivo. Es la pena misma, el dolor, el sufrimiento, en el sujeto pasivo del daño lo que se considera⁶⁵.

En torno a este tipo de perjuicio que es consagrado como el perjuicio moral propiamente dicho, se han suscitado discusiones a favor y en contra de su reparación y estimación, pues se presenta la dificultad de establecer un criterio exacto para determinar el quantum de una pena para indemnizar un daño de esta índole.

Esto se presenta en relación con la clase de daño y no con el daño en sí, pues no se desconoce la existencia de esta clase de daños, sino que por ser un perjuicio que aqueja a la persona en sus sentimientos afectivos, familiares y personales, sería difícil tarea determinar con exactitud el monto del dolor sufrido por esta persona, ya que como lo afirman algunos autores, el dolor y las lágrimas no se

⁶⁵ Ibid. p. 24.

pagan; y para acercarse tan siquiera un poco al momento de establecer la cuantía del daño, habría que acudir directamente al perjudicado para que éste determine el valor de su dolor, lo cual sería absurdo para el Derecho y no sería admisible bajo pretexto alguno por el juzgador.

Respecto a este tema se han pronunciado varios autores que niegan la reparación de los daños morales, casi siempre esgrimiendo teorías con asidero en la indeterminación existente sobre lo que debe entenderse por agravios morales y la determinación de los mismos⁶⁶.

Frente a esta problemática, una primera escuela sostiene, partiendo del estudio de los antecedentes históricos del Derecho Romano y otros, que la indemnización de los daños morales reviste la calidad de una pena privada, por medio de la cual se busca más que recuperar el daño, castigar al causante del mismo, pues se considera el perjuicio moral como invaluable. En Francia son partidarios de esta tesis autores de gran importancia como Ripert, Huguency, Starck y Dupichot⁶⁷.

Por su parte Marie-Eve Roujou de Boubée sostiene, planteando una teoría diferente, que el daño moral sólo debe indemnizarse cuando éste pueda ser reparado *in natura*, es decir, reemplazándolo de acuerdo a como se define este tipo de reparación por un objeto o cosa igual o del mismo valor en calidad de sustituto del daño causado a ventaja pérdida, y que en todos los demás casos, la condena debería ser excluida⁶⁸.

Por supuesto esta teoría es inaplicable a la categoría de daño moral subjetivo, pues es imposible lograr el restablecimiento de un valor o del patrimonio moral

⁶⁶ Ibid. p. 188

⁶⁷ Navia Arroyo, Felipe. Op. Cit. P. 31.

⁶⁸ Chestin—Viney. *Les Obligations. La Responsabilité*. Citado en Ibid. p.34

afectivo. Sí, en cambio, expresa la defensora de esta teoría, podría repararse en el caso de un daño moral (objetivado), por difamación de una persona, suponiendo como reparación *in natura* de este daño, una condena consistente en la publicación de una nota rectificadora en algún medio de comunicación.

Otra teoría procura que la indemnización del daño moral sólo debe otorgarse en casos especialmente previstos por la ley y, que debería eliminarse en particular, en el caso de muerte o lesiones corporales causadas en accidentes automovilísticos, considerando que la estimación de este tipo o rubro de daño, queda al arbitrio del juez, lo cual conlleva a distorsionar el campo de los seguros, al elevar el costo de las primas, con lo que se concluye y se determina una responsabilidad colectiva. Esta tesis es defendida en Francia por André Tunc⁶⁹.

En síntesis, las teorías que se oponen o niegan la indemnización del daño moral, establecen sus tesis partiendo de ciertos elementos o inconvenientes que surgen frente a este tema y que pueden reducirse a los siguientes puntos:

1. El primer argumento, como ya se anotó, es la indeterminación existente entre lo que debe entenderse por agravios morales y la naturaleza jurídica de los mismos, pues no se ha logrado establecer con exactitud dentro de ninguna legislación conocida.

En definición, cuáles son los alcances o límites del daño moral y su separación definitiva del daño patrimonial, así como de otros tipos de perjuicios de índole extrapatrimonial, y que por ende, proporcione la seguridad jurídica y conceptual necesaria para abordar el desarrollo legal de esta figura.

⁶⁹ Tunc, André. *Pour une loi sur les accidents de la circulation*. Citado en *Ibid.* 35.

2. Una segunda razón, es la que se genera en la dificultad o imposibilidad que se presenta alrededor de la demostración del perjuicio moral en el terreno de la práctica, pues su existencia, aunque cierta en muchos casos, no podría acreditarse como se requeriría idóneamente en el campo del Derecho. Así, quien sufre el dolor o perjuicio moral queda sujeto a la valoración que haga el juzgador a partir de simples indicios exteriores para determinar si existe o no tal clase de daño, pues tratándose de un perjuicio afectivo que fácilmente se puede simular, se genera a su vez un ambiente de incertidumbre en el campo del Derecho probatorio. No obstante, es claro que en casos concretos como los que involucran la muerte del padre o el hijo, no es necesario esgrimir demasiados argumentos o pruebas al respecto, mas es un hecho notorio el dolor que aqueja al sujeto pasivo del daño en sus sentimientos afectivos y familiares.

3. Discrepan también muchos autores en cuanto a la reparación de los daños morales alegando que los mismos no son susceptibles de ser evaluados con exactitud y lo cual representaría un grave problema. De aceptarse la reparación de perjuicios de esta clase, de esta manera, se quedaría sometido al arbitrio de los jueces, que podrían fijar cualquier suma de dinero, aún la más absurda, en concepto de indemnización.

Sin embargo, esto no es totalmente cierto, ya que el monto de esta indemnización de dichos perjuicios morales, aunque cuantificados en dinero, deben acordarse para cada caso en concreto y de acuerdo a la gravedad del daño causado, eso sin decir que debe atenderse también a los límites o topes impuestos por cada legislación en particular.

4. Se discute a su vez la reparación de los daños morales, discutiendo la inmoralidad que conlleva una compensación dineraria de los sentimientos o intereses afectivos, y preguntan *¿Cómo puede hacer desaparecer el dolor causado a un padre o madre el pago de una suma de dinero?* Y responden tajantemente no sólo negando esta vía de reparación, sino que asumen a su vez que por ser el dolor un daño o perjuicio pasajero y que “no deja huella”⁷⁰, admitir su indemnización sería dar paso a un enriquecimiento sin causa. Sin embargo, esto no es del todo cierto, ya que, afirmar que existe un enriquecimiento sin causa cuando un sujeto es indemnizado por concepto de daños morales, sería negar la protección de derechos o bienes personales tales como la vida, integridad física, honor, afecciones, etc⁷¹.

2.2.4.2.3.3. Pretium Doloris

A pesar de la existencia de muchas teorías y corrientes de autores que niegan la viabilidad de la reparación del Daño Moral, las legislaciones contemporáneas han asumido una posición totalmente distinta y aceptan la reparación de los daños morales o como se le conoce en el mundo jurídico, el llamado *Pretium Doloris*.

Al respecto, los hermanos Mazeaud, aludiendo al tema expuesto han señalado:

“El Derecho, ciencia humana, tiene que contentarse con una solución imperfecta como la de la reparación en el verdadero sentido del término. En la indemnización que se reconozca a la víctima no debe verse el dinero en sí, sino todo lo que el dinero es capaz de procurar tanto en el sentido material como el dominio moral”⁷².

⁷⁰ López Morales, Jairo. Op. Cit. P. 192.

⁷¹ Ibid.

⁷² MAZEAUD, Henri y MAZEAUD Leon. Op. Cit., P. 157.

De esta manera se entiende que la doctrina y las legislaciones han acogido esta posición no como un ideal de resarcimiento, no buscando la reparación propiamente dicha del daño moral subjetivo, que no es posible de esta forma, sino que el criterio se inclina más bien, con esta indemnización monetaria, de procurar satisfacciones equivalentes al dolor sufrido, que hagan más fácil o menos dolorosa su congoja por el daño causado.

Reafirmando esta tesis, en Colombia se ha acudido a las opiniones del profesor Nicolesco, que frente a este tema afirma:

“Hoy el dinero constituye casi el único medio de reparación. Pero si bien es cierto que tiene por objeto procurar al lesionado una satisfacción, su acción no es la misma en todos los casos. Al lado de la penal, de la cual no se trata aquí por ser del dominio del derecho público, el dinero llena otras dos funciones en el terreno del derecho civil: una función de equivalencia (*“verum praetium, rei estimatio, quanti rea est, id quot interest”*) cuando se trata de reconstruir un patrimonio menoscabado, y una función puramente satisfactoria, cuando se trata de un perjuicio no patrimonial.”

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

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

con él se satisfacen también las necesidades morales, intelectuales y artísticas”

“Pero la reparación de los perjuicios no debe ser ilimitada ni puede aceptarse como una regla general para todos los casos de indemnización por daños civiles”⁷³

Retomando los conceptos de estos y otros autores, se ha puesto fin a la discusión entre los opositores y defensores de la reparación pecuniaria de los daños morales subjetivos estableciendo e inculcando la necesidad de crear disposiciones que conlleven a determinar prudentemente la evaluación e indemnización de esta clase de perjuicios. En Colombia, como ya se anotó, se estableció más por vía jurisprudencial que legal esta figura y se ha dado tanto la posibilidad del juez para establecer indemnizaciones pecuniarias a este respecto, así como límites a los mismos.

2.2.4.2.3.4. Clasificación de los Daños Morales

Para hacer claridad sobre la multiplicidad de daños que encontramos y que podemos calificar de morales es necesario establecer ciertas distinciones en esta materia, de tal manera, que podamos establecer frente a qué clase de daños morales nos encontramos y así mismo determinar cómo tasarlos o indemnizarlos.

Ya se había mencionado en el acápite relativo a daños morales, su distinción en dos clases o grupos principales que son: los daños morales objetivos u objetivados y los daños morales subjetivos o no-objetivables.

Dentro de la ***clasificación de los daños morales objetivos*** encontramos los siguientes casos o formas en que se configuran esta clase de perjuicios, de la siguiente manera:

- a) Honor
- b) Nombre
- c) Honestidad
- d) Libertad de Acción
- e) Autoridad Paterna
- f) Fidelidad Conyugal

a) *Daño Moral contra el Honor de una persona.*

La norma jurídica supone que todas las personas tienen derecho a ser consideradas dignas de respeto (Derechos fundamentales Dignidad-Respeto). Esta consideración protege a todos los individuos que observan una conducta social concreta conocida o llamada *Honor*, que hoy constituye uno de los bienes personales protegido por los sistemas jurídicos. De ahí que la lesión o menoscabo de este derecho dé origen al daño moral y encuentre su fuente en el delito, que puede ser la injuria o la calumnia.

b) *Daño causado por ataque al Nombre.*

Se considera al nombre como una realidad que determina la individualización de un sujeto frente a otras personas, por esta razón, es de vital importancia que se asegure la protección del mismo. Sin embargo, debe diferenciarse del Honor, pues aunque el daño al Honor lleva implícito un perjuicio al buen nombre, éste último comprende no sólo el honor sino lleva intrínseco el derecho a la protección del buen uso de éste. Por lo

⁷³ Sentencia de 12 de Marzo de 1937 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios

tanto, sólo puede predicarse el *Daño al Nombre*, cuando se hace un uso indebido o ridiculización del mismo por otras personas, siempre y cuando no sea producto de una mera coincidencia.

c) *Daño originado por ataque a la honestidad.*

En este apartado entendemos por honestidad o pudor la decencia o moderación que observan las personas en el campo de sus relaciones sexuales⁷⁴. No obstante, no debe confundirse el ataque al pudor u honestidad con la lesión a la libertad sexual de la misma.

La represión de los delitos de violación, corrupción y ultrajes del pudor, así como el rapto, tiene por fin en la legislación penal proteger el bien jurídico de la honestidad y por lo tanto los perjuicios originados en este tipo de hechos delictuosos deben ser resarcidos.

d) *Daño Moral por Violación al Derecho de realizar toda actividad lícita.*

Consagra la máxima del derecho “*Todo lo que no está prohibido está permitido*”, por lo tanto es un derecho de todo sujeto ejercer las libertades que ostenta y realizar todas las acciones que la norma jurídica le permite, o que por lo menos no le restringe. Así, tenemos por ejemplo, el derecho al libre pensamiento, la libertad de culto, opinión pública y la libre circulación dentro de los límites de lo lícito.

Es así que cuando estas libertades son restringidas por la acción de otro sujeto, se causa un perjuicio moral susceptible de resarcimiento ya que al igual que sucede cuando se vulneran el usufructo de los bienes personales,

Generales. Gaceta Judicial No. 1926, p. 367. Ver *Ibid.* p. 16.

⁷⁴ *Ibid.* p. 207.

éste también se predica de la libertad de acción que es quizá un derecho más importante.

e) *Daño Moral producido por ataque a la autoridad paterna.*

La autoridad moral del padre sobre los hijos constituye una de las manifestaciones de la patria potestad⁷⁵, definida ésta como el conjunto de derechos y obligaciones sobre la persona y bienes de sus hijos.

Cuando esta facultad-deber de los padres se ve perturbada, desconocida o impedida por un hecho de otra persona, se origina un daño moral que hace nacer en el progenitor el derecho a obtener una reparación.

f) *Daño Moral originado por la violación de la fidelidad conyugal.*

Este daño moral tiene origen en el matrimonio, acto trascendental de la vida protegido por el derecho moderno. De acuerdo por las disposiciones actuales, los esposos están obligados a guardarse fidelidad. El que falte a esta obligación está capacitado para demandar al otro por acción de divorcio y puede pedir en consecuencia.

En el **aspecto subjetivo de la personalidad** se encuentran los siguientes bienes personales:

- a) *Afecciones legítimas*
- b) *Integridad física*
- c) *Intimidad*
- d) *Derecho moral del autor sobre su obra*
- e) *Valor de afección de ciertos bienes patrimoniales*

⁷⁵ Ibid. p. 210.

a) Daño Moral causado por la lesión en las afecciones legítimas

La Ley presume que todas las personas vinculadas entre sí por lazos de parentesco se hallan unidas por un lazo afectivo especial, que constituye precisamente, la base moral de la institución de la familia⁷⁶. Por ende, cada vez que este sentimiento afectivo se ve vulnerado por otro sujeto, se causa un perjuicio moral puramente subjetivo debido a sus características y proporciones, y como consecuencia se crea el derecho en la víctima y la obligación del autor para exigir y proporcionar en su orden una indemnización de este perjuicio.

Uno de los casos más comunes en que se presenta esta clase de daño, es en la muerte de un ser querido, sea ya el padre, hijo o cónyuge, teniendo en cuenta que es sólo a estos a quienes la ley habilita para reclamar la respectiva indemnización.

Existe también otro caso menos común en el cual se lesionan las afecciones legítimas. Éste se origina cuando es difamado o menoscabado el honor de un pariente, hijo o cónyuge, aún después de su muerte, ya que se ven igualmente afectados los sentimientos afectivos por el hecho injurioso, y por lo tanto, también surge el derecho a resarcir dicho daño.

b) Daño moral producido por ataque a la seguridad personal e integridad física de las personas.

El derecho inherente a la personalidad que protege la seguridad de las personas puede ser definido como la facultad que posee todo sujeto de que su persona no sea expuesta por el acto de otra a riesgos o peligros⁷⁷.

⁷⁶ Ibid. p. 212.

En cambio, el derecho a la integridad física es una expresión concreta del anterior y consiste solamente en la facultad que tienen las personas de mantener incólume su cuerpo y salud⁷⁸.

De acuerdo con lo anterior, la legislación castiga los hechos delictuosos que pongan en peligro o lesionen estos dos (los personales extrapatrimoniales), tal es el caso de los delitos de lesiones personales, tentativa de homicidio, e inclusive el asalto a mano armada, que aunque no compromete la integridad física, sí lo hace con la seguridad personal. Por lo tanto, estas lesiones a dichos derechos dan origen al daño moral subjetivo y por ende a una necesidad de resarcir el perjuicio causado.

La magnitud de este tipo de daño varía de acuerdo al alcance del mismo y a las implicaciones psicológicas que tenga para cada persona en particular. Por ejemplo, en el caso de una lesión estética, el daño moral producido varía de acuerdo a la edad, sexo y condición de la víctima, ya que la gravedad de este tipo de daño no será siempre igual en una mujer y en un hombre, o que en un adulto que en un joven o en una mujer soltera que en una casada.

c) *Daño Moral originado por violación al Derecho Moral del Autor*

En consonancia con los derechos del autor, se encuentra protegido por algunas legislaciones el derecho de la parte moral de sus derechos de obra y producto de su pensamiento. Éstos tienen por objeto proteger la integridad de su obra con un carácter extrapatrimonial, cuya lesión genera en el autor un agravio moral.

⁷⁷ Ibid.. p. 215.

Este tipo de daño se conoce actualmente como *daño moral del autor* y posee u ostenta las siguientes atribuciones:

1. Derecho de inédito y de publicación exclusiva;
2. Derecho de continuar y terminar la obra;
3. Derecho de publicar la obra a nombre propio, seudónimo o en forma anónima, a que no se omita el nombre o seudónimo, se los utilice indebidamente o no se respete el anónimo;
4. Derecho a exigir que se mantenga la integridad de la obra.

d) *Daño moral producido por la violación del derecho a la intimidad*

De origen anglosajón, este derecho-deber se encuentra representado por una entidad especial llamada *intimidad*, que pertenece a la imagen, buen nombre y libertad de un individuo, ya no en sociedad, sino en un círculo más íntimo y personal al que éste pertenece, tal caso es la vida familiar o conyugal.

Por esta razón, este tipo de daño se configura cuando se pone de tal manera que se haga pública o se difunda sin consentimiento alguno de parte suya, y engendra la posibilidad de un restablecimiento del derecho e indemnización, toda vez que la ley protege este derecho a la vida privada, y basta solamente con que este derecho se vea afectado para que exista la posibilidad de reclamar la cesación del daño, sin necesidad de probar la intención o culpa en la comisión de este delito.

e) *Daño moral originado por la pérdida, destrucción o menoscabo en los bienes patrimoniales con valor de afección*

⁷⁸ Ibid. p. 216.

En este caso, al igual que los derechos de autor sobre su obra, se determina la posibilidad de establecer una clase de daño moral, cuando éste recaer sobre los bienes materiales ligados íntimamente a los sentimientos afectivos de una persona, objetos que para extraños no tendrían valor alguno, pero que sin embargo, sí lo tienen en gran magnitud para su dueño.

Esta valoración obedece a proyecciones de los sentimientos y la personalidad del dueño de la casa, y que por ende, la pérdida o menoscabo de la misma producen en él un agravio moral. Tal es el caso del valor afectivo de un hombre por su mascota u otros objetos personales heredados de sus padres o cónyuge.

2.2.4.2.3.4. El Indicio como Presunción Judicial en los Perjuicios Morales

Frente a este tema de vital importancia en materia probatoria, de controversias que se suscitan alrededor de la indemnización de perjuicios morales, el Consejo de Estado ha determinado y aclarado en forma precisa, de dónde nace la presunción que por precedente jurisprudencial se ha venido aplicando a los casos de indemnización de este rubro de daño a parientes de la víctima por daño antijurídico.

Teniendo en cuenta que los conceptos de *indicio* y *presunción*, a criterio de la Corte Suprema de Justicia se identifican, y a su vez se diferencian en la medida en que el *indicio* debe ser declarado por el Juez de acuerdo con su criterio personal, la *presunción* es establecida por el Legislador en sus líneas generales y abstractas⁷⁹.

“Así es claro que las presunciones establecidas en la Ley deben aplicarse siempre que aparezca demostrado el hecho antecedente en el cual se fundan. Tratándose de indicios, en cambio, la presunción será construida por el Juez, en cada caso concreto, según su libre criterio, siempre que existan los elementos necesarios para aplicar la respectiva regla de la experiencia y no obre en el proceso otra prueba que permita concluir que se trata de una situación especial, que se aparta de la generalidad.

Al respecto debe decirse que si bien, la jurisprudencia de esta Sala ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos, es claro, que aquellas se fundan en un hecho probado, esto es, la relación de parentesco, de manera que a partir de ella -que constituye el hecho indicador, o el indicio propiamente dicho, según la definición contenida en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil-, y con fundamento a las reglas de la experiencia, se construye una presunción, que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso. Y tal indicio puede resultar suficiente para la demostración del perjuicio moral sufrido en la mayor parte de los casos; en otros en cambio, pueden existir elementos de convicción en el expediente que impiden la aplicación llana de la correspondiente regla de la experiencia”⁸⁰.

2.2.4.2.4. Daño Fisiológico

⁷⁹ Sentencia de Agosto 29 de 1986. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. José Alejandro Bonivento.

El *Daño Fisiológico* también conocido como *Daño a la Vida de Relación* o *Perjuicio del Placer*, tiene su origen en la jurisprudencia francesa. Allí se estableció esta clase de daño a partir de la evolución conceptual y jurisprudencial alrededor del tema de la indemnización de perjuicios, ya que en un comienzo la diferenciación de rubros del daño sólo se hacía entre dos campos: los perjuicios materiales y los morales.

En estos dos tipos de perjuicios quedaba resuelto e indemnizado cualquier clase de daño ocasionado a una persona, fuera del orden patrimonial o extrapatrimonial, sin importar su origen o consecuencias. Sin embargo, la necesidad de establecer unas diferencias en la esfera de los daños inmateriales, con el fin de indemnizar integral y adecuadamente los daños causados a un individuo, llevó a que se determinaran límites en el tema de lo que es el patrimonio moral de las personas y se estipuló que dentro de éste se separaban dos partes: la *parte afectiva* y la *parte social*. De esta manera, quedaba establecido que al afectarse la parte afectiva del patrimonio moral había lugar a indemnizar el daño moral, pero, cuando lo que afectaba era la parte social del patrimonio moral, existía otra clase de daño. En esta última parte se ubican el *daño fisiológico* y las *alteraciones a las condiciones de existencia*, razón por la cual, se crearon estas dos figuras, para indemnizar esta clase de perjuicios, sin despreciar la existencia de daños morales y materiales en un mismo caso.

En cuanto a las *troubles dans les conditions d'existence* o *alteraciones en las condiciones de existencia*, fueron desarrolladas como clase de perjuicio en tres fallos del Consejo de Estado francés, como lo fueron el Fallo “Consortes Vimart”, el Fallo “Letisserand” y el Fallo “Comuna de Plonisy”⁸¹, en los cuales, el juzgador

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de Septiembre de 2000. Expediente 11766. C.P. Dr. Alier Hernández Henríquez.

⁸¹ HENAO, Juan Carlos. Op. Cit. P. 252.

se preocupó por resarcir el daño producido con ocasión de la muerte del padre de familia, y que alteraba las condiciones de vida o existencia de los integrantes del núcleo familiar, en razón de que el padre, en los tres casos, era el jefe y cabeza de la familia.

Sin embargo, es el Fallo “Cámara de Comercio de Saint-Malo”, en el cual se ordenó reparar esta clase de perjuicio, aproximándolo a lo que es el *daño fisiológico*, pues como consecuencia del accionante, la víctima, el señor Touet “interrumpió toda actividad durante aproximadamente dos años después de la consolidación de las heridas y quien con razón de enfermedades consecutivas al accidente se encontró con la necesidad de cambiar de profesión”⁸².

Respecto al *daño fisiológico*, éste tuvo su origen en la jurisprudencia civil francesa bajo el nombre de *prejudice d’agrément* o *perjuicio de agrado*, traducido comúnmente al castellano como *perjuicio del placer*, ya que se constituía a partir de la “pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales o placenteras que aún no produciendo rendimiento económico, hacen agradable la existencia”⁸³. En esta forma, se le dio una categoría independiente, diferente a los perjuicios materiales en forma de daño emergente y lucro cesante y también del daño moral.

Por su parte, el *daño a la vida de relación*, de origen italiano y similar en sus características a las *alteraciones a las condiciones de existencia* del Derecho Francés, debe resaltarse, es una categoría diferente e independiente tanto de éste último como del *daño fisiológico*, no obstante, ser confundido con estos.

La doctrina italiana está de acuerdo en definir el *daño a la vida de relación* como “el daño que una persona física padece a causa de una lesión de su integridad

⁸² Fragmento de Fallo del Consejo de Estado francés de 3 de Abril de 1968. Ver en Ibid. p. 253.

psicofísica o de la salud, y que consiste en la disminución de las posibilidades del sujeto de ejercer normalmente su personalidad en el medio social. Se trata, por tanto, de un aspecto del daño a la salud⁸⁴. Sin embargo, es considerado también cuando su fuente se encuentra en otro bien de la personalidad como la reputación, en casos de calumnia o difamación.

Se advierte que el *daño a la vida de relación* es un concepto mucho más complejo, por lo cual es equívoco utilizarlo como sinónimo del *perjuicio fisiológico*.

Así, tenemos que el *daño fisiológico* es una categoría que aunque comparte similitudes con los demás tipos de *daño*, es autónoma en la medida de las circunstancias y características en que se basa su aplicación, como lo son en principio, sus manifestaciones externas y permanentes que lo diferencian del daño moral, en tanto que éste último sólo presenta manifestaciones internas psicoafectivas y temporales.

Por otra parte, se diferencia de los *perjuicios materiales* en cuanto no se analiza el factor económico en las actividades en las que se perdió la oportunidad de desempeñar, sino únicamente el placer y la alegría que causaban al afectado realizarlas; por lo tanto, se indemniza de forma independiente respecto la existencia del daño emergente y el lucro cesante, originados en los mismos hechos o lesiones.

En resumen, el *daño fisiológico* se produce cuando se ven limitadas las actividades vitales que generan un goce de los placeres de la vida al individuo⁸⁵.

⁸³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. P. 144.

⁸⁴ BRANCA, Massimo. Citado por ROZO SORDINI, Paolo Emanuele. El Daño Biológico. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, P. 95.

⁸⁵ Sentencia de 6 de Mayo de 1993. Consejo de Estado. Exp. 7428. C.P. Julio César Uribe Acosta.

2.2.4.2.5. Daño Biológico

Otro de los tipos de daño extrapatrimonial, esta vez, dentro del ordenamiento jurídico italiano, es el *Daño Biológico*, originado en primer lugar por la Doctrina y luego adoptado por la Jurisprudencia de este país, como una de las modalidades de daño inmaterial, a partir de varias decisiones judiciales a lo largo del tiempo, en que se fueron planteando su teoría y límites.

El punto de inicio se encuentra en una decisión del Tribunal de Génova, donde se toma prestado de la medicina legal el concepto de *daño biológico* y lo consideran como *tertium genus* respecto a las categorías del daño patrimonial y del daño no patrimonial, y afirman su susceptibilidad de resarcimiento autónomo, con fundamento en el artículo 2043 del Código Civil italiano⁸⁶.

Es, sin embargo, el Fallo 184 del 14 de Julio de 1986, en que la Corte Constitucional italiano da paso real y cierto al concepto de *daño biológico*, declarando como infundada una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 2059 del Código Civil a la luz de los artículos 2, 3, 24 y 32 de la Constitución italiana, relacionando directamente el *daño biológico*, mediante la relación del artículo 2043 del Código Civil con el artículo 32 de la Carta Magna italiana⁸⁷.

Se explica la evolución del *daño biológico* a partir de la relación existente entre los artículos 2043 y 2059 del Código Civil, que son los que consagran el daño patrimonial y no patrimonial. Así, y con el fin de romper la bipolaridad entre las categorías del daño resarcible, se introdujo la figura del *daño patrimonial indirecto* es decir, aquel daño, que aún sin vulnerar directamente los intereses

⁸⁶ ROZO SORDINI, Paolo Emanuele. Op. Cit. P. 111.

patrimoniales, podía producir, sin embargo, efectos reflejos en la esfera patrimonial de la persona; allí se situaban otras figuras de daño como el estético, el daño a la esfera sexual y a la vida de relación⁸⁸.

Entonces, el *daño biológico* se estructura dentro de los daños que perjudican intereses fundamentales de la persona humana, y consiste básicamente en el daño sufrido por las lesiones de la integridad física y/o psíquica prescindiendo de los aspectos económicos negativos⁸⁹.

El *daño biológico* es importante resaltar, es una categoría autónoma de daño diferente a los perjuicios morales y el daño fisiológico, sus límites se encuentran dentro de las lesiones físicas y/o psíquicas que ya mencionamos, certificadas pro la valoración de un médico legista, que es el procedimiento que se utiliza en Italia para su comprobación y posterior indemnización.

El *daño biológico* ostenta las situaciones de invalidez física, pérdida de funcionalidad de un órgano, deturpación, impotencia sexual, enfermedades nerviosas y psicosomáticas, insomnio, trastornos mentales y cualquier otra lesión permanente o no, de la persona en cuanto entidad biológica. No obstante, no debe confundirse el daño psíquico, que aquí se consagra, con el daño o sufrimiento moral.

Este tipo de daño, por sus características y su entidad autónoma de daño diferente de otros tipos de daño inmaterial o extrapatrimonial, hace que subsista, aún cuando en un mismo caso se presentan daños de índole material, perjuicios morales, e inclusive *daño a la vida de relación*.

⁸⁷ Ibid. P. 112

⁸⁸ Ibid.. P. 113

⁸⁹ Ibid. P. 112.

CAPÍTULO 3

LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

3.1. LOS PERJUICIOS MORALES EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

En Colombia, el tema de los perjuicios morales, en cuanto a su sustento legal se refiere, encuentra su respaldo, principalmente, en la jurisprudencia de las altas Cortes. Sin embargo, si hablamos de Ley positiva, estrictamente nos remitimos a nuestro Código Civil. En él se encuentra el artículo 2341, el cual sirve de sustento legal a la reparación de perjuicios en casos de responsabilidad por delitos o culpa; y es sobre este mismo punto en que la jurisprudencia además de acudir también al artículo 2356 del mismo Código Civil, sostiene y desarrolla el concepto y teoría de la reparación de los perjuicios morales en nuestro ordenamiento, de tal manera, que desde el primer momento en que se acepta la existencia de esta clase de perjuicios, a partir de estos dos artículos, se ha dado un desarrollo doctrinal evolutivo, en torno a esta problemática, con el fin de indemnizar y sancionar eficazmente la responsabilidad y los daños causados por el Estado y particulares a quien sufra esta clase de perjuicios.

Entrando en materia del estudio jurisprudencial de la figura del daño moral, ésta ha tenido un riesgo de trifurcación respecto a su consagración y desarrollo que varía entre una y otra Corte, así como también entre lo que se refiere a la responsabilidad por delitos y culpas, ya que entre la Sala Civil y la Penal, se han marcado diferencias en cuanto a la tasación de esta clase de perjuicios. Esta trifurcación jurisprudencial obedece principalmente a los fines perseguidos por cada una de las jurisdicciones (ordinaria y contencioso-administrativa) y las ramas

dentro de la jurisdicción ordinaria (civil y penal) que abordan este tema de estudio y desarrollo jurisprudencial, partiendo de la necesidad de indemnizar esta clase de daños, pero sin apartarse de la realidad, así como las características y fines que hacen diferentes a la jurisdicción ordinaria (con sus ramas civil y penal) y la contencioso-administrativa.

A partir de esto, y aunque la jurisdicción contencioso-administrativa, ha llegado más lejos en el desarrollo de la problemática de la indemnización de perjuicios, el fundamento principal y el nacimiento real de esta figura se dio en la Jurisprudencia y Doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que consagró por primera vez y estableció inicialmente la indemnización de esta clase de daño, que a continuación mostraremos y explicaremos en cada una de las más importantes etapas y aportes que se dieron con la jurisprudencia de nuestro país, en desarrollo de este tema.

3.1.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

En la jurisprudencia de esta honorable Corte, se estudió y abordó por primera vez el tema de la indemnización de los perjuicios morales como precedente legal. Éste se logró a partir del primer y más importante fallo sobre este punto, que fue el Fallo Villaveces del 21 de Julio de 1922, en que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y con ponencia del Magistrado Tancredo Nannetti, en que la Corte concedió al Sr. Villaveces una indemnización por concepto de perjuicios morales sufridos, con ocasión de la indebida extracción de los restos de su difunta esposa, la señora Martina Emilia Santamaría de Villaveces, por parte del Municipio de Bogotá, de la bóveda donde reposaban dichos restos, y que era de propiedad del señor Villaveces. La Corte tuvo en cuenta como determinantes del quantum de la reparación, la intensidad del agravio, la condición social del señor Villaveces

y su esposa, así como también la circunstancia de ser la bóveda de propiedad del damnificado con el hecho para que resposaran allí los restos de su esposa.

La Corte fundó la existencia de este tipo de daño como figura legal, a partir de la interpretación del texto de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil que rezan:

Art. 2341 C.C. 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 le imponga por la culpa o el delito cometido.

Art. 2356 C.C. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

La Corte consideró que el daño causado por malicia o negligencia a una persona, no puede limitarse únicamente al daño patrimonial, lo que implica que se determinara que los pecuniarios son sólo uno de los derechos del conjunto de los elementos que integran a una persona.

Del texto de la disposición citada, extraemos el siguiente aparte de las palabras de la Corte sobre este punto:

“Esta interpretación de las disposiciones del Código Civil, está de acuerdo con los principios de una sana jurisprudencia, desde luego que todo derecho lesionado requiere una reparación, a fin de que se conserve la armonía de la convivencia social, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos; y si en muchos casos es difícil determinar el *quantum* de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente,

ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuando quiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales. En el caso que estudia se impone la sanción civil”⁹⁰.

Posteriormente la jurisprudencia de la Corte extendió su criterio de reparación de los daños morales, al caso en que se viera comprometida o menoscabada la honra o dignidad personal, independiente del daño material causado con los mismos hechos. La Corte dispuso:

“Tratándose de estimar perjuicios que puedan llamarse morales, por no referirse a daño pecuniario en la hacienda o patrimonio del damnificado, se presenta el escollo de la indeterminación de la cuantía por falta de unidad de medida para su apreciación; pero ello no es motivo para desconocer el hecho de la reparación, aún cuando ésta es difícil o imposible. En estos casos debe buscarse una reparación pecuniaria que de alguna manera reemplace o permita reemplazar el bien perdido o dolor sufrido, haciendo la pena menos sensible, abriéndole al querellante una fuente de alivio”⁹¹.

También estimó la Corte:

“Al disponer el artículo 2356 del Código Civil que ‘por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por la ley’, extiende la reparación no sólo al daño pecuniario por menoscabo de la hacienda, sino también al causado en defensa de la honra o dignidad personal, al que le cause molestia o dolor por obra de malicia o

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación de 21 de Julio de 1922. Gaceta Judicial, Tomo XXIX, No. 1515, P. 220.

negligencia del agente. Todo derecho lesionado requiere una reparación, necesaria para conservar la armonía social”⁹².

Hasta este momento la Corte había aceptado la existencia del daño o perjuicio moral, inclusive en los casos de detrimento de la honra o dignidad personal. No obstante, no se había pronunciado sobre la finalidad o razones por las cuales se consideraba a la compensación monetaria no un hecho inmoral, pues como algunos detractores de esta tesis decían: “El dolor y las lágrimas no se pagan”, sino como una forma de resarcir materialmente las implicaciones morales del daño causado. Para esto, la Corte, en sentencia de la Sala de Negocios Generales, de 20 de Noviembre de 1933, acogió las opiniones del Profesor Nicolesco a este respecto:

“Hoy el dinero constituye casi el único medio de reparación. Pero si bien es cierto que tiene siempre por objeto procurar al lesionado una satisfacción, su acción no es la misma en todos los casos. Al lado de la penal, de cual no se trata aquí por ser dominio del derecho público, el dinero llena otras dos funciones en el dominio del derecho civil: una función de equivalencia (*“verum practicum, rei estimatio, quanti ea res est, id quod interes”*) cuando se trata de reconstruir un patrimonio menoscabado, y una función puramente satisfactoria, cuando se trata de un perjuicio no patrimonial.”⁹³

¿Cómo llenará esta última función? Bien entendido que no será reemplazando el dolor experimentado, los efectos perdidos, pero si, haciéndolos menos sensibles, borrando, si ello es posible, las consecuencias de esas sensaciones: no colocando

⁹¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación de 22 de Agosto de 1924. Gaceta Judicial, Tomo XXXI, P. 83.

⁹² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación de 22 de Agosto de 1924. Gaceta Judicial, Tomo XXXI, P. 83.

⁹³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación de 20 de Noviembre de 1933.

al damnificado en condiciones de rehacerse de los bienes que ha perdido, pero sí abriéndole una nueva fuente de alivio y de bienestar.

“Gracias al dinero podrá procurarse sensaciones agradables que vendrán a contrarrestar, a compensar las sensaciones dolorosas o desagradables que ha experimentado. En la vida ordinaria también el dinero tiene no solamente la función de proveer a las necesidades materiales del hombre, sino que con él se satisfacen las necesidades morales, intelectuales y artísticas.”

“(…) Pero, la reparación de los perjuicios morales no debe ser ilimitada ni puede aceptarse como una regla general para todos los casos de indemnización por daños civiles.”⁹⁴

En cuanto a la indemnización de perjuicios morales se dejó claro, que de esta forma se buscaba sólo facilitar o hacer más menos doloroso el daño causado; sin embargo, aún subsistían otros temas por discutir y determinar, esto con el fin de fijar los límites y las pautas a las cuales debía ceñirse el juzgador para determinar la existencia de tales perjuicios, a fin de no confundirlos con los daños materiales y para evitar que se indemnizara inconvenientemente o doblemente un mismo rubro de daño.

En sentencia de casación de 15 de marzo de 1941, la Corte analizó el problema jurídico *¿Cuándo se confunden los perjuicios morales con los materiales?* y afirmó:

“Hay casos en que no es posible aislar con existencia jurídica propia el daño moral, porque el perjuicio material y el moral se mezclan y confunden de tal modo, que el último no puede considerarse sino como una faz o aspecto del primero. Tal acontece cuando los daños corporales, que

entrañan a la vez que un perjuicio material de incapacidad, un sentimiento, elemento psicológico, que deprime el espíritu y entristece la vida, pero que sin embargo, no admite la calificación de perjuicio moral, jurídicamente hablando, porque no tiene existencia propia y diferente del daño patrimonial. Para estos casos admiten los autores que en la reparación del daño patrimonial debe entenderse comprendida la del moral, autorizando la doctrina para estas ocurrencias una agravación del monto de la indemnización material como una sanción que la ley civil consagra al deber moral de no dañar a nadie en ninguna forma, verdadero fundamento de la responsabilidad establecido en el código⁹⁵.

3.1.1.1. Perjuicios Morales Objetivados y No Objetivados.

En sentencia de 23 de Abril de 1941, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, estimó necesario hacer precisión sobre los alcances del rubro del Perjuicio moral, así como las dos formas en que se determina o divide incluyendo para cada uno de ellos, las reglas a seguir, a fin de estimar su cuantía.

Hay en torno del daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquel en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 12 de Marzo de 1937, Gaceta Judicial, No. 1926, P. 367.

⁹⁵ Esta posición fue enmendada posteriormente, ya que aquí se configuraba claramente un caso de daño fisiológico o coexistencia de varios daños; sin embargo, esto, hasta el momento no era considerado como posible o admisible.

causada por la difamación o por su inhibición para el trabajo; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas.

Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse siempre aplicándole las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material. Se procura y obtiene que ese perjuicio moral se objetive y concrete, y por esa vía se llega a la reparación debida⁹⁶.

No sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo. Es la pena misma, el dolor, el sufrimiento en el sujeto pasivo del daño lo que se considera. Hay en tales circunstancias un daño cierto, evidente, producido por el agente responsable del acto delictual o culposo.

En la zona del daño puramente subjetivo y social la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se validan, porque la estimación social y pública no es artículo de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el *pretium doloris* para compensar económicamente el daño subjetivo es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico.

Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así lo llama Josserand y con él otros expositores.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 23 de Abril de 1941, Gaceta Judicial, No. 1971, P. 432.

Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se haya consagrado o previsto por la ley colombiana, en relación con la especie de daño que ahora se trata. En efecto, al decir el artículo 95 del Código Penal de 1936 que “cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez, prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta la suma de dos mil pesos”⁹⁷, parte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no le daría el dictamen de terceros, sino la estimación del propio lesionado, ya que el daño moral subjetivo, resulta en realidad de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert.

En el orden material, el perjuicio se avalúa mediante el criterio general y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuese completa, debería basarse en la estimación del lesionado. Más si ésta rigiese, el quantum de la indemnización sería el que por aquél se señale y no se hallaría limitado a la suma que fija la ley.⁹⁸

3.1.1.2. Dictamen Pericial

Por otra parte, y dejando a un lado el tema del derecho a la reparación de los perjuicios morales, que a ese momento ya se encontraba solucionado y respecto al cual ya no existía discusión, la Corte entró a analizar en varias sentencias, otros inconvenientes que se presentaban frente al tema de la cuantía, prueba y determinantes de dicha indemnización de perjuicios morales.

⁹⁷ Artículo 95, Código Penal de 1936.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 23 de Abril de 1941. Gaceta Judicial, No. 1971, P. 434.

El primero fue examinado en la Sentencia de 23 de Abril de 1941, que como lo anotamos anteriormente, quedaba sujeto al tope del artículo 95 del Código Penal de 1936, pero que sin embargo, encontraba aún discusiones, a lo que la Corte se vio en la necesidad de puntualizar en sentencias como esta y las del 3 y 14 de Marzo de 1942.⁹⁹

La Corte entonces precisó, que si bien el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal “cuando la investigación de un hecho requiere conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avalúos, el juez o funcionario de instrucción decretarán la prueba pericial” y el artículo 721 del Código de Procedimiento Civil “cuando se trata de avalúos o de cualquiera regulación en cifra numérica el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace plena prueba” y que las disposiciones comunes a todos los juicios, contenidos en el Código de Procedimiento Civil son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a las disposiciones especiales de éste.

No obliga esto al juez, a admitir, en su totalidad, el dictamen pericial que tenga como fin, evaluar el monto de los perjuicios morales, pues como lo determinó la Corte, cuando se trata de perjuicios morales de carácter subjetivo, es el juez en su *arbitrium iudicis* quien determina el monto a indemnizar dentro del límite de los dos mil pesos (\$2000) del artículo 95 del Código Penal. No ocurre lo mismo con los perjuicios morales objetivados, que por ser susceptibles de objetivación y tener consecuencias patrimoniales, les sigue la suerte de los perjuicios morales en cuanto a su cuantificación; y por lo tanto, admiten el dictamen pericial como avalúo de los mismos, siempre y cuando cumpla con las reglas que para este trámite estimó la Corte en Sentencia de 12 de Marzo de 1937 que consagra: “Para que un dictamen sea acogido por el fallador debe estar debidamente fundamentado, esto

⁹⁹ LÓPEZ MORALES, Jairo. Op. Cit. P. 49.

es, emitido justamente, rectamente, con acierto y apoyado en justas y acertadas apreciaciones”.

3.1.1.3. Presunción de los Perjuicios Morales por muerte de un hijo.

Ya la Corte había observado en varias oportunidades, que los perjuicios materiales debían ser probados estrictamente. Sin embargo, no había hecho lo mismo con los perjuicios morales subjetivos, que a pesar de entenderse que deben ser probados como cualquier otra clase de perjuicio, no se determinaba cuáles eran los elementos a probar, ya que por sus características se torna casi imposible esta tarea, pues más allá de los lazos de consanguinidad es difícil saber si realmente se causó un sufrimiento y probarlo.

No obstante, mediar estos inconvenientes, la Corte mediante Sentencia de 26 de Marzo de 1943 estimó sobre este punto, y en el caso particular de los perjuicios morales subjetivos sufridos por el padre a causa de la muerte del hijo, que no hay necesidad de probarlo, pues éste se presume por la sola relación de consanguinidad entre el padre y su hijo. En palabras de la Corte respecto el caso concreto señaló:

“No puede la Corte, en tales circunstancias, reconocer que el hecho que produjo el fallecimiento del hijo de la actora la ocasionó perjuicios de la clase anotada (materiales) a dicha señora, porque como queda dicho, las pruebas solicitadas y que habrían sido conducentes para evidenciar el hecho, fueron pedidas y decretadas pero no practicadas. No hay elemento de convicción ni siquiera para fijar las bases de una condenación *in genere*.

Pero si los hechos aislados del parentesco de De Francisco con la demandante y el fallecimiento de éste, por sí solos no son suficientes para

estructurar la existencia y cuantía del perjuicio de carácter material y del moral objetivado que el daño hubiera ocasionado a su señora madre, no sucede lo mismo con el perjuicio moral de carácter subjetivo. Este se resume que ha existido y existe por la estrecha relación de consanguinidad entre la víctima y la actora, por los lazos de afecto que tal parentesco crea y por el sufrimiento moral que la pérdida de su hijo debió ocasionarle”.¹⁰⁰

3.1.1.4. Perjuicios morales – Culpa contractual

Acerca de esta clase de culpa, la Corte precisó en forma clara, que no es posible alegar, ni mucho menos recibir una indemnización de perjuicios morales por este concepto; eso sí, los perjuicios materiales probados a que hubiere lugar.

“Cuando se trata de responsabilidad por culpa contractual, según los autores y la jurisprudencia, no hay lugar a la reparación de los daños morales. Esta circunstancia de ser estéril la responsabilidad contractual para la reparación del perjuicio consistente sólo en sufrimiento moral es precisamente una de las muchas modalidades que la diferencian de la que se origina en la culpa Aquiliana”.¹⁰¹

3.1.1.5. Perjuicios morales – Perjuicio futuro

Sobre este punto la Corte acoge planteamientos de la doctrina para explicar y determinar este fenómeno:

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 26 de Marzo de 1943. Gaceta Judicial, No. 1996, p. 412.

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de Casación de 29 de Julio de 1944. Gaceta Judicial, Tomo LVII, p. 492. Ver también Sentencia de 20 de Febrero de 1946. Gaceta Judicial, T. LVII, p. 613.

“La Corte acoge los siguientes conceptos de PLANIOL y RIPERT en su Tratado de Derecho Civil: Si el perjuicio futuro ha de ser por la repetición o la continuación de un perjuicio actual, esa circunstancia, que hace posible su evaluación, permite el pronunciamiento inmediato de una sentencia condenatoria, evitando al interesado el tener que volver periódicamente ante los tribunales a reclamar daño y perjuicios en razón de los perjuicios sufridos nuevamente.”¹⁰²

3.1.1.6. Perjuicios morales para personas de corta edad

“Ya la Corte rechazó la reducción del resarcimiento de los perjuicios morales subjetivos a la mitad para personas de corta edad que han alcanzado el uso de la razón, diciendo que ella repugna a los sentimientos afectivos, que en más de las veces son de mayor intensidad en niños de corta edad que en los adultos.”¹⁰³

“Más quiere hoy la Sala reevaluar también la doctrina que la indemnización de perjuicios morales subjetivos no se debe a hijos que no han llegado al uso de razón al tiempo del fallecimiento de uno de sus progenitores, admitida por la Corte en varios fallos, para llegar a la contraria de que se debe decretar en su favor, aunque no hayan cumplido los siete años, que es la edad comúnmente admitida para suponer el discernimiento.”¹⁰⁴

3.1.1.7. Perjuicios morales – Modificación de la Doctrina que aplicaba el Artículo 95 del Código Penal

¹⁰² Corte Suprema de Justicia., Sala de Negocios Generales. Auto de 16 de Diciembre de 1948. Gaceta Judicial, T. LXV, p. 503.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 13 de Febrero de 1951. Gaceta Judicial, T. LXVX, p. 245.

Según la Doctrina de la Corte, tratándose del daño moral subjetivo, no es posible restablecer el derecho de la misma, pues, el llamado *pretium doloris*, no busca tanto reparar ese perjuicio cabalmente o *in genere*, tarea imposible de realizar por las características e implicaciones afectivas de este tipo de daño, sino que “procura algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido”, permitiendo a quienes han sido víctimas de ese sufrimiento, hacerles, al menos, más llevadera su congoja”.¹⁰⁵ Esto, porque el daño moral subjetivo difiere sustancialmente del moral objetivado y del material.

Con base en lo anterior, la Corte, estudiando el caso que le correspondía en esa ocasión, de evaluar los daños morales subjetivos causados por la muerte de un hijo y valiéndose de dos argumentos bien importantes a la hora de determinar la cuantía de los mismos, el primero sobre la doctrina relativa a los jueces civiles en que estimó que:

“En tratándose de fijar el monto de los perjuicios morales subjetivos, debían aplicar por analogía, la disposición contenida en el artículo 95 del Código Penal (de 1936¹⁰⁶) y que, por ende, en ningún caso estaban facultados para señalar por tal concepto una suma mayor, ya no tiene patrocinio de la Corte. A lo cual procede, considerando primordialmente que la disposición contenida en el artículo 95 del Código Penal (de 1936), es norma excepcional que restringe sólo el poder del juez penal, en casos de la comisión de un delito”.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 20 de Septiembre de 1952. Gaceta Judicial, T. LXXII, p. 511.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación de 27 de Septiembre de 1974.

¹⁰⁶ Nota de los autores.

Y el segundo que, como la Corte, estudia ahora un caso que no tiene origen en un delito, determinó que debía considerarse el máximo monto de indemnización, pues la muerte de un pariente, alcanza su más alto dolor cuando se trata de la muerte de un hijo, y que además, teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda y el fin perseguido con una condena de satisfacción y no de compensación, concedió una suma equivalente a treinta mil pesos (\$30000), alejándose del límite de los dos mil pesos (\$2000) del Código penal y abriendo una nueva apreciación para el juez civil.¹⁰⁷

Más adelante, esta posición sería reiterada por la Corte, en Sentencia de Casación Civil de 2 de Julio de 1987, donde la Corte expresó, ratificando una posición jurisprudencial invariable que:

“... Para la satisfacción del daño moral no proveniente de infracción de la ley penal o de casos expresamente considerados en el Código de Comercio o en otras leyes, reafirma su tesis de que para regular el monto de cualquier perjuicio moral subjetivo, los jueces civiles no están ligados por lo que dispone el artículo 95 del Código penal, ni por lo que ahora se dispone en sus artículos 106 y 107, el monto de ese daño moral por ser inconmensurable, no puede ser materia de regulación pericial, sino del arbitrium iudicis, que aunque el daño moral subjetivo no puede ser totalmente reparado, si pueden darse algunas satisfacciones equivalentes...”

La relevancia de la Corte en cuanto a los artículos 106 y 107, obedece por supuesto a que hasta la expedición del Código Penal de 1980, regía la disposición del artículo 95 del Código Penal de 1936, que concedía como límite un valor de

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de Septiembre de 1974.

dos mil pesos, que pasó a ser de mil gramos oro en los artículos 106 y 107 del Código Penal de 1980.

3.1.1.8. Perjuicios morales – Prueba

Debido a la confusión o mala interpretación jurisprudencial que se hacía del problema probatorio de los perjuicios morales subjetivos por parte de los juzgadores, la Corte se vio en la necesidad de darle solución a esta problemática, que consistía básicamente en la discusión, de si era o no necesario establecer un medio de prueba para determinar la existencia de este tipo de daño en familiares cercanos a la víctima que muriera por causa del hecho dañino.

En principio se estableció que estos se presumían cuando mediara la relación padres-hijos y viceversa, o cuando mediara una relación conyugal¹⁰⁸. Sin embargo, esta presunción, no sólo se restringió a estos casos, sino que se extendió a los demás parientes de la víctima cuando de tratara de un caso de muerte.

Así, la Corte entró a resolver esta equivocada aplicación del concepto de la presunción del perjuicio moral subjetivo, y en Sentencia de Casación, explicó y aclaró:

“En relación con la prueba (del daño moral), ha dicho esta corporación, se ha de anotar que es, quizá, el tema en que mayor confusión se advierte, como que suele entrecerse con la legitimación cuando se mira respecto de los parientes cercanos a la víctima desaparecida, para decir que ellos, por

M.P. Germán Giraldo Zuluaga.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de 23 de Abril de 1941. Ver también: Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de Mayo de 1976.

el hecho de ser tales, están exonerados de demostrarlos. Hay allí un gran equívoco que, justamente, proviene del significado y alcance que se le debe dar al término presunción.

(...) Ya se anotó que, conforme viene planteado el cargo, este vocablo se toma acá como un eximente de prueba, es decir, como si se estuviera en frente de una presunción *iuris tantum*.

Sin embargo, no es tal la manera como la cuestión debe ser contemplada ya que allí no existe una presunción establecida por la ley. Es cierto que en determinadas hipótesis, por demás excepcionales, la ley presume o permite que se presuma la existencia de perjuicios, más no es tal cosa lo que sucede en el supuesto de los perjuicios morales subjetivos.

Entonces, cuando la jurisprudencia de la Corte ha hablado de presunción, ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia del carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuge.

Sin embargo, para salirle al paso a un eventual desbordamiento o distorsión que en el punto pueda aflorar, conviene añadir que esas reglas o máximas de la experiencia – como todo lo que tiene que ver con la experiencia humana - no son de carácter absoluto. De ahí que sería necio negar casos en los que el cariño o el amor no existen entre los miembros de una familia;

o no surge con la misma intensidad que otra, o con respecto a alguno o algunos integrantes del núcleo. Más cuando esto sucede, la prueba que tienda a establecerlo, o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que al sentimiento al que se alude suele desarrollarse – y, por consiguiente, a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez -, no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluaría y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción, o si, por el contrario, ésta ha quedado desvanecida”¹⁰⁹.

3.1.1.9. Perjuicios morales – Requisitos para que se les reconozcan a personas jurídicas

Conocida es la doctrina de muchos países y autores que han negado la posibilidad de reconocer los perjuicios morales a casos diferentes o situaciones distintas a las que se presentan con ocasión de la responsabilidad civil extracontractual, y la que tiene asidero en el delito. Esta situación acontece, por ejemplo, cuando hablamos de la culpa contractual, que la jurisprudencia colombiana no admite, que se derive de ésta la existencia o reclamación de perjuicios morales, como se mencionó anteriormente (Sentencia de 29 de Julio de 1944). No obstante, no sucede lo mismo con los perjuicios morales causados a personas jurídicas, que aunque son rechazados por algunos doctrinantes en el tema, han sido aceptados en Colombia por la Corte Suprema de Justicia, sólo en la modalidad objetiva; es decir, se aceptan sólo cuando son susceptibles de objetivación (Perjuicios morales objetivos), no aceptando en cambio los de carácter subjetivo, que como lo anota la Corte y la doctrina, sólo afectan la parte afectiva del patrimonio moral y no la parte

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de Mayo de 1999. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

social del mismo, de tal manera que sólo pueden ser sufridos por personas naturales y no por personas jurídicas. Por esta razón, la Corte dijo:

“En relación con la cuestión propuesta por el apelante, es decir, la existencia de perjuicios extrapatrimoniales, es cierto que las personas jurídicas pueden padecerlos, verbigracia, cuando se afecta su buen nombre y reputación, más tales consecuencias sólo son estimables como detrimento resarcible cuando amenazan concretamente su existencia, o mermen significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las ponen en franca inferioridad frente a otros de su género o especie, si es que se mueven en el ámbito de una competencia comercial o de prestación de servicios apreciables por la demanda de usuarios.”

“Ni pensar en la modalidad de perjuicio moral subjetivo (*Pretium doloris*), porque por su naturaleza las personas jurídicas no pueden experimentar el dolor físico o moral, salvo que la acción dañina se refleje en alguno de los socios o miembros o en la persona del representante legal, caso en el cual la propuesta de reparación deberá hacerse individualmente por quien haya sufrido el daño.”¹¹⁰

3.1.1.10. Perjuicios morales – Fijación a justo criterio del juez (civil)

En el aspecto de la tasación y fijación del monto de los perjuicios morales se determinó un límite para la jurisdicción penal, establecido en principio por el artículo 95 del Código Penal de 1936 y posteriormente en los artículos 106 y 107 del Código Penal de 1980, que consagraron a discreción del juez la potestad de

cuantificar el monto de los perjuicios morales de carácter subjetivo, sin sobrepasar el umbral de los dos mil pesos en el Código de 1936 y de mil gramos oro en la legislación de 1980.

En el caso de la rama civil de la jurisdicción ordinaria, la Corte en Sentencia de Casación, explicó y aclaró que el articulado penal que establecía el límite de los mil gramos oro para indemnizar los perjuicios morales subjetivos era solamente de obligatorio cumplimiento para el juez penal, y que el juez civil no estaba sujeto a estas pautas, por ser éstas únicamente vinculantes para casos en que el daño o perjuicio moral tiene origen en el delito; casos que por supuesto no son de carácter civil, como sí lo son los que corresponden a la responsabilidad extracontractual.

Por esta razón y alrededor de esta problemática, la Corte ha venido estableciendo la reparación de los perjuicios morales subjetivos, como una actividad que si bien presenta dificultades en su determinación, es necesaria para satisfacer o hacer menos gravosa la situación de dolor o padecimiento en la víctima, y por esta razón es en el juez en quien recae la responsabilidad, de fijar el quantum de esta pena a su justo criterio, teniendo en cuenta las circunstancias particulares a cada caso concreto y obedeciendo a ciertas pautas que la misma Corte se ha encargado de establecer de cuando en cuando para limitar el monto de esas indemnizaciones como fue en un principio de un millón de pesos (Sentencia No. 168 de 8 de Mayo de 1990), de cuatro millones de pesos (Sentencia No. 71 de 30 de Mayo de 1994) y de diez millones de pesos (Sentencia No. 12 de 5 de Mayo de 1999). Hoy el tope guía de la Corte se sitúa en una suma mayor¹¹¹.

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de Mayo de 2000. Rad. 16441. M.P. Fernando E. Arboleda Ripio.

3.1.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

3.1.2.1. Límite de la indemnización de perjuicios en el proceso penal

La Corte Constitucional en la Sentencia C-916 de 2002, abordó y solucionó el último escollo de la indemnización de perjuicios morales en materia penal. Éste tenía origen en la última legislación penal, expedida por la Ley 599 de 2000, que contenía el Código Penal que reemplazó a la norma de 1980.

La norma demandada era el último avance en cuanto a la fijación del valor límite de la indemnización de los perjuicios morales, que, como ya se ha venido explicando en este trabajo, fue en principio establecida en dos mil pesos (1936), posteriormente en mil gramos oro (1980) y que, con esta norma quedaba limitada por la suma equivalente a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, tras llegar a la conclusión de que este valor superaba a los anteriores en la medida de que no sufría cambios bruscos con el paso del tiempo ni con la devaluación de la moneda, y que por lo tanto, se mantenía vigente y al día con la inflación y canasta familiar, que son los indicadores económicos sobre los cuales se establecen los topes monetarios legales.

En la demanda, el actor señala que la norma (el artículo 97 de la Ley 599 de 2000) era violatoria de los artículos 13 y 58 de la Constitución Política, por cuanto no garantiza el derecho a la reparación integral de quienes han sido perjudicados por la conducta punible en cuantía superior a la máxima reconocida en la norma, lo cual supone un detrimento patrimonial injustificado y discriminatorio.

¹¹¹ Ver Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de Agosto de 2001. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

Con el fin de resolver este problema, la Corte entró a estudiar los alcances de la reparación integral y del Proyecto de Ley que estableció el límite del artículo 97, para determinar la constitucionalidad de la norma, y afirmó en resumen, que si bien la reparación integral, busca la satisfacción total y restablecimiento de los derechos vulnerados con la comisión de una conducta punible, esto no obsta para que el juez o el legislador no puedan fijar unos topes, límites o parámetros que les sirven de lineamientos para determinar el quantum de tales indemnizaciones; y que además si se hace una interpretación mucho más compleja de la norma citada, de acuerdo a las intenciones del legislador en el proyecto de ley que le dio origen a esta controversia, se llega a la conclusión de que a pesar de haberse suprimido el texto que en primera instancia consagraba esta indemnización como propia de los daños morales subjetivos, la intención del legislador se mantenía, teniendo en cuenta que tanto en este Código Penal como en los anteriores, lo que se buscaba era ponerle límite a la fijación de los daños morales subjetivos por ser inciertos y no objetivables; y que los daños materiales corrían otra suerte al igual que los daños morales objetivos, que al ser concretos y susceptibles de comprobación, deben ser tasados de acuerdo a cada caso en particular.

En consecuencia y teniendo en cuenta lo anterior, la Corte declaró la EXEQUIBILIDAD del artículo 97 y determinó que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes se aplica exclusivamente a los perjuicios morales subjetivos, cuando la fuente de la obligación sea la conducta punible.¹¹²

3.1.3. Jurisprudencia del Consejo de Estado

Al igual que la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado es el ente o corporación de más alto rango en su jurisdicción correspondiente, en este caso, la

contencioso-administrativa. Esta entidad goza de igual jerarquía que las otras dos altas Cortes y desempeña un papel importantísimo en la estructura del poder judicial. Sin embargo, el Consejo de Estado y a pesar de su autonomía, se remite, por mandato del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Civil y a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, para llenar los vacíos legales que encuentra en el desarrollo de su actividad judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado respecto de los perjuicios extrapatrimoniales, es un claro ejemplo de esto, pues, a pesar de que esta institución ha llegado más lejos en la evolución de esta clase de derechos, se ha remitido desde el comienzo, a los principios establecidos por la Corte Suprema de Justicia para establecer la existencia, cuantía y los límites de la reparación de los perjuicios inmateriales.

Es necesario resaltar que si bien el Consejo de Estado ha tenido en cuenta la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido también criterios propios para regular la tasación de perjuicios, ya que la clase de controversias que se desatan en el Consejo de Estado son de otra índole, por tratar ya no la responsabilidad civil o el delito como fuente del daño, sino la responsabilidad del Estado frente a sus asociados como fuente del mismo, persiguiendo fines diferentes a los de basar la satisfacción del daño o reprimenda del delito, por tener el Estado parte en la litis.

A continuación relacionamos algunas de las más recientes e importantes decisiones del Consejo de Estado en materia de perjuicios morales.

¹¹² Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002. Expediente D-4020. M.P. Manuel José Cepeda

3.1.3.1. Perjuicios morales – No se conceden al padre que abandona a su hijo

Siguiendo el criterio del Código Civil y la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado encuentra razonable y preciso, dar una suma de dinero en compensación del daño causado a los sujetos pasivos del perjuicio moral causado. Sin embargo, aplica también criterios propios de acuerdo a los casos que se han llevado ante la corporación; tal es el presente caso, que se dio con la Sentencia de 12 de Noviembre de 1992, dentro del cual el Consejo de Estado negó la posibilidad de otorgar una indemnización de perjuicios morales al padre de la víctima, a pesar de sí haberlos otorgado a la madre del mismo.

La negativa se debió en este caso a la situación que mediaba en la relación padre-hijo, que en el caso fue prácticamente nula, ya que desde su infancia la víctima fue abandonada por su padre, a lo que la corporación determinó era una razón suficiente para privar al padre de dicha indemnización, a pesar de que el criterio común es el de la presunción de la existencia de estos perjuicios cuando se trata de los padres; pero esta presunción sólo cobra valor según el Consejo de Estado cuando además del simple parentesco de sangre, existe también una relación afectiva, que en esta situación nunca existió, puesto aquí el padre había abandonado a su hijo en la infancia, y por lo tanto el Consejo en palabras sencillas determinó:

“El padre que ahora demanda el pago de perjuicios morales y materiales registra un gran pasivo en lo que respecta al amor hacia su hijo. Si lo abandonó en vida, es muy difícil aceptar que le haya dejado un gran vacío con su muerte. Los padres que no proporcionan a sus hijos el pan de amor,

no pueden demandar de la administración que les indemnice, mortis causa con el pan para el cuerpo.”¹¹³

3.1.3.2. Perjuicios morales – Hermanos de la víctima

Siguiendo con el criterio de los perjuicios morales para los parientes cercanos, el Consejo de Estado concluyó que, a falta de legislación taxativa que determinara quiénes son los parientes que gozan del derecho a reclamar perjuicios en casos de muerte de un familiar, había que remitirse al criterio del artículo 81 del Código Civil, que es del siguiente tenor:

“Art. 61. Código Civil. En los casos en que la ley dispone que se oiga los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

1. Los descendientes legítimos;
2. Los ascendientes legítimos;
3. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes legítimos;
4. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º, 2º, y 3º;
5. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º, 2º, y 4º;
6. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores y
7. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

¹¹³ Consejo de Estado. Sentencia de 12 de Noviembre de 1992. Exp. 7404. C.P. Dr. Carlos

Si la persona fuere casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que debe oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos.”

También resulta procedente según el Consejo de Estado tomar como familia, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, inciso 3º ibidem, que reza:

“Art. 874, Inciso 3, Código Civil. La familia comprende (además del habitador cabeza de ella)¹¹⁴ a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevinieren después, y esto aún cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.”

Así, las cosas, en Sentencia de 17 de Julio de 1992, el Consejo de Estado, variando la anterior posición jurisprudencial, que otorgaba indemnización de perjuicios morales sólo a padres, hijos o cónyuge según el caso, y optó de acuerdo con los anteriores presupuestos legales citados, amparar con este derecho también a los hermanos de la víctima, asumiendo que, no obstante ser parientes de segundo grado, les debe ser cobijados con la misma presunción de hombre que se estima para parientes de primer grado, de tal forma que la carga de la prueba recae sobre la administración para demostrar el hecho contrario, es decir, que no hay lugar a indemnización de aquellos por razones ya n de

Betancur Jaramillo.

¹¹⁴ Nota aclaratoria nuestra.

parentesco, sino, en cuanto a su relación filial y fraternal en caso de ausencia o deterioro de ésta.

“En síntesis, la Sala tan sólo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de la sociedad (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afecta moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida, sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencian.”¹¹⁵

3.1.3.3. Perjuicios morales – Suegros de la víctima

En la evolución constante del criterio del Consejo sobre los titulares o personas habilitadas para reclamar indemnización de perjuicios morales en hipótesis de muerte de la víctima, la corporación, tras haber dispuesto extender esta posibilidad a todos los miembros de la familia, estimó también pertinente, teniendo en cuenta que se han suscitado múltiples controversias en torno a este tema, como producto entre la confusión entre perjuicio moral y material, que es la que dio origen a dichas restricciones, admitir, ya no sólo a los miembros o parientes de familia, como hábiles para solicitar el derecho a una reparación, sino también rebosando ese círculo, conceder esta posibilidad a los suegros, yernos, nueras, cuñados, concuñados e inclusive a los amigos, que sólo debe tener límite, cuando se

¹¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia de 17 de Julio de 1992. Exp. 6750. C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

determina que no existió el pesar o aflicción experimentados con la muerte de la víctima, por quien demanda la reparación.

Este mismo suceso, anota el Consejo, se ha presentado sobre el terreno del daño materia, y ha sido resuelta decidiendo que toda persona puede demandar la reparación, con la condición de que justifique, por una parte, un perjuicio cierto, y de otra un “interés legítimo”

“(…) Por consiguiente, no hay más que plantear una cuestión: ¿Experimenta sí o no el demandante un verdadero pesar? En la afirmativa, ese pesar debe ser reparado, sea quien sea el que lo sufra, pariente cercano, pariente lejano o, incluso, sencillamente un amigo. En la negativa no se debe ninguna reparación.”¹¹⁶

En consecuencia, el Consejo de Estado, determinó mediante Sentencia de 6 de Julio de 1998, que los suegros de la víctima y otras personas diferentes a los parientes cercanos quedaban habilitados para pedir indemnización de perjuicios morales, siempre que estos existieran.¹¹⁷

3.1.3.4. Perjuicios morales por daños al patrimonio económico

Es conocida la doctrina que acoge la pequeña posibilidad que tiene un sujeto para reclamar la reparación del perjuicio moral por daños al patrimonio económico. Sin embargo, esta posición no ha sido admitida por el Consejo de Estado aún, no obstante haberse expuesto varias veces esta problemática ante la corporación, que por el contrario ha reiterado su criterio respecto a este tema, y que define como posible en casos singulares, siempre que se pruebe que efectivamente y en

¹¹⁶ Consejo de Estado. Sentencia de 6 de Julio de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

circunstancias especiales, se causó un daño moral en la persona, a consecuencia de la lesión de un bien del patrimonio económico; ya que esta clase de perjuicio no goza de presunción en este particular.

Se destacan como ejemplo las Sentencias del 5 de Octubre de 1989, 7 de Abril de 1994 y 30 de Marzo de 1995.

Recientemente en la Sentencia de 14 de Diciembre de 1998 se negó una vez más al demandante la solicitud de reparación de este tipo de daño, toda vez que no logró demostrarse este hecho. El Consejo aclaró al respecto:

“La pérdida de las cosas materiales, por sí misma, no amerita su reconocimiento. Es posible que en circunstancias especiales, y por razones de particular afecto, se vivencie el dolor oral por la pérdida de los bienes materiales. pero la materia necesita ser tratada con un especial enfoque cultural y filosófico para no rendirle culto a las personas que no poseen las cosas sino que se dejan poseer por ellas.”¹¹⁸

3.1.3.5. Perjuicios morales – Transmisibilidad

La transmisibilidad del derecho a los perjuicios morales sufridos ha sido un tema de gran controversia en el mundo jurídico. No es diferente el caso colombiano, donde a pesar de existir una negativa o reserva de muchos autores a aceptar dicha transmisibilidad, se ha concluido que por regla general, este derecho es transmisible.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Daniel Suárez Hernández.

El Consejo de Estado abordó y desarrolló esta problemática en Sentencia proferida por la corporación en fecha 10 de Septiembre de 1998¹¹⁹. Allí se solicitaba el reconocimiento y el pago del derecho a la indemnización de perjuicios morales causados a su difunta hermana antes de su muerte y con ocasión de la muerte de su hija, es decir, solicitaba el pago de los perjuicios causados al de cujus para la conformación de la masa herencial.

En consideraciones de la corporación, se estimó que para desatar esta problemática, había que determinar qué clase de derecho es el derecho a la indemnización de perjuicios morales: si es un derecho personalísimo o un derecho patrimonial; ya que siendo personalísimo, no había forma que éste pudiera transmitirse, pues su reclamación o existencia se extinguiría con la muerte del titular del mismo. Por otro lado, tratándose de un bien patrimonial, que por sus características, obviamente se diferencia de daño moral subjetivo, podría atribuírsele tal calidad de derecho transmisible.

Ahora, bien, es claro que el perjuicio moral en su carácter subjetivo, es bien diferente de los bienes meramente patrimoniales, pues aunque comparte similitudes con las demás obligaciones que hacen parte del haber patrimonial, el nacimiento y finalidad de este derecho, tienen como objetivo resarcir el daño causado al sujeto pasivo, no haciendo una equiparación monetaria o valuable pecuniariamente del dolor, sino procurando mitigar o hacer más llevadero el sufrimiento. Por esta y otras razones, la negativa de muchos doctrinantes como los Hermanos Mazeaud, Hugo Brebia, Eduardo Zaroni y en Colombia, Álvaro Pérez Vives, a aceptar el reconocimiento a la transmisibilidad de este derecho.

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de Septiembre de 1998. Exp. 12009. C.P. Daniel Suárez Hernández.

A pesar de estos antecedentes, la Sala consideró que no obstante existir un importante sector de la Doctrina en contra de esta posibilidad, son los principios de la reparación integral protegidos por el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia los que orientan a la Corporación a aceptar que por regla general los derechos a indemnización, son de carácter patrimonial económico, y por lo tanto y por regla general, es procedente, observando además, que no hay una disposición legal que expresamente prohíba esta situación. Por el contrario, la regla general indica que todos los activos de derechos y acciones de carácter patrimonial forman parte de la masa herencial transmisible, y por ende, los sucesores mortis causa reciben la herencia con su contenido patrimonial íntegro y que la titularidad del crédito indemnizatorio no puede confundirse con el derecho subjetivo de la personalidad vulnerado.¹²⁰

3.1.3.6. Perjuicios morales – Lesiones físicas

Según el criterio de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, en este caso, todo perjuicio es indemnizable, siempre que se pruebe la existencia del daño antijurídico, y en lo que respecta a las personas humanas, la muerte no es la única fuente de daño y reconocimiento del perjuicio. En estos términos lo ha entendido la Corporación, que en varias ocasiones ha condenado al pago de indemnización del perjuicio moral cuando el daño ha sido una lesión personal propia o de familiares cercanos.¹²¹

Ha diferenciado el Consejo de Estado, sin embargo, sobre las lesiones físicas, en materia probatoria, las lesiones graves de las leves.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ver Consejo de Estado. Sentencia de 19 de Septiembre de 1996. C.P. Carlos Betancur Jaramillo; y Sentencia de 26 de Abril de 1996. C.P. Daniel Suárez Hernández.

“En el primer caso, lesiones graves, se ha sostenido:

- ❖ Respecto a la víctima que con la demostración del daño antijurídico por lesión grave tiene derecho a la indemnización del perjuicio moral.
- ❖ En lo que atañe con las víctimas indirectas – en este caso, padres, cónyuge, hermanos, hijos – tienen derecho a la indemnización del daño antijurídico por lesión grave de su pariente, siempre y cuando demuestren en primer término, esta lesión y en segundo lugar, el parentesco. La jurisprudencia infiere de estos dos hechos, demostrados plenamente que aquellos padecieron dolor moral.¹²²

En el segundo caso, es decir, indemnización por perjuicios morales ocasionados por lesiones leves, debe distinguirse las siguientes situaciones:

- ❖ Para la víctima directa: Una vez prueba el daño antijurídico por lesión leve, es claro, que tiene derecho a la indemnización por perjuicio moral; es de la naturaleza de los seres humanos que cuando sufren directamente el impacto de una lesión física leve que fue producida con arma de fuego tuvo que padecer congoja y tristeza pues su siquis se afectó desde el ataque, así el resultado no haya sido de magnitud grave; pero
- ❖ Para las víctimas indirectas – como en este caso, padres, hermanos, cónyuge e hijos – es necesario demostrar a más de la lesión leve, el parentesco, que aquella lesión les produjo dolor moral; en esta lesión leve, la jurisprudencia no infiere padecimiento moral de los dos primeros hechos.”¹²³

¹²² Al respecto ver las siguientes sentencias:

- Consejo de Estado. Sentencia de 26 de Febrero de 1993. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.
- Consejo de Estado. Sentencia de 16 de Junio de 1993. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado. Sentencia de 30 de Octubre de 1996. C.P. Antonio José Iribari.

¹²³ Consejo de Estado. Sentencia de 23 de Octubre de 1999. Exp. 12384. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

3.2. LA EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE PERJUICIO FISIOLÓGICO Y DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Desde 1993 se ha venido hablando de una especie distinta de perjuicio extrapatrimonial en el Derecho Colombiano. Ha recibido diferentes denominaciones como la de *Perjuicio Fisiológico* (1993-2000) y *Daño a la vida de relación* (2000-presente), con definiciones lo suficientemente amplias como para ir desarrollando el concepto y delimitándolo a lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha sido la más avanzada en cuanto a planteamientos y extensión de los conceptos de reparación y compensación de perjuicios.

La descripción de la jurisprudencia se basa tanto en criterios cronológicos como analíticos, pues el propósito del Consejo de Estado es la indemnización integral de los perjuicios causados a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, frente a lo cual, se ha vuelto una necesidad adoptar conceptos provenientes de la doctrina extranjera y delimitarlos frente a las cambiantes relaciones sociales en el mundo y en nuestro país.

3.2.1. Indemnización por concepto de Perjuicios Fisiológicos

El primer fallo que en nuestro ordenamiento jurídico sustenta la existencia de un tipo de perjuicio distinto de los perjuicios materiales y morales es la Sentencia 7428 de 6 de Mayo de 1993 (C.P. Julio César Uribe Acosta). En ella, el apoderado de la parte demandante, frente a la amputación de sus dos piernas por encima de las rodillas que sufrió su poderdante, decide solicitar indemnización por concepto de *Perjuicio Fisiológico*, a través de la explicación de las distintas figuras que han manejado las afectaciones a las actividades vitales que goza el ser humano como el *prejudice d'agrement* de la doctrina francesa, el *daño a la vida de relación* de la

doctrina italiana y la *disminución del goce de vivir* planteada por Toger Dalq con aplicación en el derecho anglosajón.

El Consejo de Estado fundamenta la necesidad de indemnización, en el artículo 90 de la Constitución al señalar que “el Estado debe responder patrimonialmente por todos los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, con la filosofía que enseña que toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a la que lo restrinja”¹²⁴, necesidad que tiene que ser comprensiva con la integridad que implica el resarcimiento de los daños causados, sea en el patrimonio material como en el espiritual de la víctima “y con plena conciencia del valor que tiene la persona humana, no dentro del marco materialista, que lo aprecia en términos puramente matemáticos, para concluir que es un simple animal, un objeto mínimo en el organismo enorme y siempre mutable que se llama naturaleza, por lo cual su vida sólo se explica por la materia en movimiento; ni tampoco dentro de una perspectiva simplemente humanista, que predica que el hombre es la forma más alta de ser que haya evolucionado en el universo material, pero sí con una visión cristiana del hombre, que lo ve como un ser biológico con un cuerpo físico, y también como un ser espiritual, que eleva la escala de sus conceptos al mundo maravilloso del pensamiento (...)”¹²⁵.

Es pues, la consideración de la integridad del hombre en sus dimensiones material y espiritual, junto con la obligación de reparación integral que posee el Estado en virtud de la norma constitucional, la que faculta al Consejo de Estado a dar paso a la figura del *perjuicio fisiológico*. Tras dicha sustentación, el fallador decide delimitar la figura.

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 6 de Mayo de 1993. Exp. 7428. C.P. Julio César Uribe Acosta.

¹²⁵ Ibid.

Distingue, pues, en primer lugar, el *perjuicio fisiológico* del perjuicio material en cualquiera de sus modalidades (daño emergente y lucro cesante) y del perjuicio moral subjetivo, ya que el perjuicio fisiológico no es la reparación de una lesión al patrimonio ni tampoco busca solucionar en parte las angustias y dolores causados por el hecho lesivo. De igual forma, establece tres campos de afectación ocurridos con la producción del hecho dañoso como son la existencia de ingresos pecuniarios (perjuicio material), estabilidad emocional (perjuicio moral) y las actividades placenteras (donde la compensación estaría a cargo de la figura del perjuicio fisiológico), que en motivación de la reparación integral, es necesario repararlos en conjunto, así como la realización efectiva del papel satisfactorio, que el resarcimiento de los daños y perjuicios posee.

Así, pues, “la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales”¹²⁶, deslindándolo de la noción de perjuicio moral subjetivo al señalar que “Casi podríamos decir que el daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la vida, mientras que el *daño fisiológico* consiste en el atentado a sus facultades para hacer cosas, independientemente de que estas tengan rendimiento pecuniario”¹²⁷.

Tras haber delimitado la figura, el Consejo de Estado determinó los requisitos referidos a la prueba del perjuicio fisiológico, de la cual, es el juez, en su *arbitrio iudicis* el encargado de declararlo y tasarlo, previas consideraciones sobre la existencia y el monto, correspondientes al demandante quien a juicio del fallador debe ser “particularmente cuidadoso”¹²⁸ al respecto, primando especialmente el dictamen médico-legal como punto de apoyo de la sentencia.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid. La cursiva es nuestra.

¹²⁸ Ibid.

3.2.2. Características del Perjuicio Fisiológico

En la Sentencia 12499 de 13 de Junio de 1997 (C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros)¹²⁹, el Consejo de Estado entra a delimitar la figura de los perjuicios fisiológicos, en vista de la apertura y amplitud del concepto consignado en la providencia de 1993.

En primer lugar, examina la fuente de esta clase de perjuicios, al señalar que son de creación eminentemente jurisprudencial, pues la legislación no los consagra expresamente. Sin embargo, su sustento legal se encuentra en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, referidos a la obligación de indemnizar los daños que se causen.

Posteriormente, entra el fallador a definir los perjuicios fisiológicos, al señalar que no corresponden a una entidad jurídica propia, ya que “se conforman a la vez de perjuicios morales y materiales”¹³⁰, correspondiendo pues, su definición en la tipología del perjuicio a ser una *figura pretoriana* para poder administrar justicia en los casos en los que los perjuicios causados por un hecho dañoso no se puedan encasillar en los perjuicios morales (en especial, los morales objetivados) o en los materiales.

Para el fallador, el perjuicio fisiológico surge donde confluyen ambas clasificaciones tradicionales (materiales y morales), y “participan de ellos”¹³¹, diferenciándose en el hecho en que están relacionados con el goce de vivir, lo cual junto con el dolor, acompañan las frustraciones al no poder realizar una actividad

¹²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de Junio de 1997. Exp. 12499. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹³⁰ Ibid.

que para el lesionado producía placer físico o espiritual, experimentando tras el daño, angustia, depresión y otros estados semejantes.

Continúa señalando que la determinación de su existencia y su cuantificación corresponden al juez, quien debe tener en cuenta las condiciones personales y sociales afectadas con el daño. A su vez, el Consejo hace una distinción de las clases de perjuicios fisiológicos, con el fin de determinar de forma más específica su cuantificación. Así, los clasifica en *perjuicios genéricos*, consistentes en “aquellos que se producen en todas las personas que padecen la lesión y que no necesitan otras pruebas para su reconocimiento”¹³², estableciendo una especie de presunción para los casos de lesiones físicas, como pérdidas funcionales o materiales de órganos. El otro tipo de perjuicios fisiológicos son los de carácter *genérico*, originados por “la incidencia de la lesión, en las actividades placenteras o en el goce espiritual que disfrutaba la víctima antes de producirse el evento dañoso y que deben acreditarse en el expediente”¹³³, como el caso de la pérdida de una extremidad superior en un pianista, ejemplo usado por el Consejo de Estado.

Respecto a la tasación de los perjuicios fisiológicos, refiere la Sala que es necesario:

“(,,) tener en cuenta su naturaleza jurídica ya que, en cuanto a materiales que son, pueden ser resarcidos con el precio equivalente al salario de una enfermera, la dotación de una silla de ruedas, o el costo de una instrucción de un nuevo pasatiempo que sustituya aquel que resulta afectado; y en cuanto, participan de la naturaleza de los perjuicios morales, esto es, el dolor intenso e incalculable que representa la pérdida del goce de vivir,

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

deben indemnizarse con el equivalente en pesos de los gramos oro fino que el juez estime en consecuencia con las circunstancias particulares de cada caso”¹³⁴.

Frente a las precisiones dadas en la sentencia, precisiones que no llevan a un consenso en la posición y definición del concepto dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se presentó la Aclaración de Voto hecha por el Consejero Ricardo Hoyos Duque donde hace una serie de precisiones conceptuales útiles a la luz del desarrollo posterior de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema.

Si bien el Consejero Hoyos Duque acepta y asiente la aprobación de una figura que ayude a la indemnización integral, como es la de los perjuicios fisiológicos, señala que la sentencia presentada no define conceptualmente a esta clase de perjuicios, rechazando la definición de “categoría intermedia” dada en la sentencia.

Dicho rechazo se fundamenta en el hecho de que el “mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (*prejudice d’agrement*), *loss of amenity of the life* (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón, o daño a la vida de relación en el derecho italiano”¹³⁵, siendo el caso en el que algunos autores sugieren llamar a este perjuicio como *perjuicio por desagrado*.

Esta clase de perjuicios, conocida en los distintos ordenamientos jurídicos, se fundamenta en la necesidad de indemnizar distintos problemas como las enfermedades y afectaciones, así como la disminución de los placeres de la vida dada la imposibilidad de dedicarse a determinadas actividades placenteras, para lo cual el adjetivo “fisiológico” hace una referencia equívoca, ya que su semántica

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Aclaración de Voto. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Ibid.

refiere a disfunciones de carácter orgánico, no a afecciones en el desarrollo de las actividades de la vida diaria, siendo preferible el uso del término *perjuicio del placer*.

A su vez, el *perjuicio de placer* es un perjuicio extrapatrimonial, con entidad propia, lo cual permite su plena diferenciación respecto del daño moral (*pretium doloris* o precio del dolor) con quien forman parte del daño extrapatrimonial, así como es distinto del daño moral (y sus dos modalidades: daño emergente y lucro cesante); por lo cual, la asimilación dada en la sentencia con una supuesta semejanza con el perjuicio material es inválida.

Es pues a juicio del Consejero Hoyos Duque, necesario hacer la precisión conceptual y semántica entre los conceptos de perjuicio material y moral, ya que las afectaciones al patrimonio, como el caso de los gasto médicos y de instrumentos como sillas de ruedas, gafas o bastones, no deben ser consideradas como indemnización del perjuicio del placer, por cuanto se encuentran delimitadas dentro de la modalidad de lucro cesante dentro del concepto de perjuicio material. De igual forma, tampoco es posible determinar como perjuicio fisiológico la depresión que sufre un individuo que no puede realizar las actividades normales de la vida, perjuicio que se debe indemnizar bajo la modalidad de lucro cesante, concepto lejano a la idea de la afección al placer planteada en la doctrina.

3.2.3. Perjuicios Fisiológicos – Se deben solicitar en la demanda

En la Sentencia 10977 de 27 de Noviembre de 1998 (C.P. Germán Rodríguez Villamizar) se plantea el hecho de que los perjuicios fisiológicos, no se pueden presentar dentro del Recurso de Apelación con el consiguiente propósito de su declaración, en el evento en que no hubieran sido presentados en la demanda inicial.

Con esta Sentencia, la Sala sienta el criterio de que no es posible conocer de oficio, así como reconocer y atender pretensiones no formuladas en la demanda, así como la forma de su reparación. Si bien, el juez puede interpretar la demanda y delimitarla a partir de los derechos sustanciales del actor, no se pueden incluir, *extra petita*, pretensiones declarativas, constitutivas o de condena no incluidas en la demanda objeto de la sentencia.

A juicio de la Sala, la posible admisión de esa facultad en manos del juzgador afecta al principio del debido proceso, en particular el derecho de defensa, quedando la parte demandada en situación difícil para oponerse a la pretensión, mediante la alegación de la inexistencia de los fundamentos de hecho o de los fundamentos de derecho. Es pues, cuestión de igualdad entre las partes procesales, el conocimiento y conformación de las pretensiones por parte del demandante así como el conocimiento, respuesta y oportunidad contra las mismas por parte del demandado.

De igual forma, a diferencia del juez laboral, el Consejo de Estado no falla *extra* (declarando pretensiones distintas a las planteadas por el actor) o *ultra petita*, teniendo en cuenta que el principio de defensa garantiza la igualdad procesal de las partes, aspecto que no se puede violar ni siquiera por la obligación de la reparación integral planteada en el artículo 90 de la Constitución.

Respecto a esta Sentencia, el Consejero Ricardo Hoyos Duque presentó Salvamento de Voto, en el cual planteó algunas precisiones:

En primer lugar, reconoce el origen del perjuicio fisiológico, como de creación jurisprudencial, la cual “no tiene por qué incidir en forma gravosa frente a la

víctima al momento de definir el monto de la indemnización de perjuicios”¹³⁶. De igual forma, el Consejero presenta distintas sentencias¹³⁷ donde se reconoce de forma oficiosa el perjuicio fisiológico en vista de las circunstancias de hecho probadas en el proceso y en vista de la primacía del derecho sustancial del demandante en estos casos, así como de la obligación de indemnizar integralmente consagrada en el artículo 90 de la Constitución.

Precisamente, respecto al artículo 90 de la Carta Magna, señala el Consejero Hoyos en su Salvamento de Voto que con la restricción impuesta en la sentencia, se están desconociendo tanto el artículo 90 de la Constitución y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, al negarse la indemnización integral a la víctima produciéndose un empobrecimiento sin causa; así como del artículo 228 del Código Penal¹³⁸, en el que señala la prevalencia del derecho sustancial sobre las consideraciones formales o procesales, las cuales, como en este caso concreto, generan indefensión en la parte demandada.

Así, pues, concluye el Consejero, que con la tesis adoptada por la Sala en esta sentencia se entra a discriminar, por cuanto es muy difícil para el apoderado a entrar a clasificar todas las clases de daños existentes, en las cuales, hay variedad de conceptos de la jurisprudencia y la doctrina, y que, como en el caso del perjuicio fisiológico, ni la jurisprudencia ni la doctrina se han puesto de acuerdo. De igual forma, a juicio del Consejero Hoyos no se puede negar la indemnización por concepto de perjuicios fisiológicos con los argumentos presentados por la Sala, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada en

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Salvamento de Voto a la Sentencia 10977 de 27 de Noviembre de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹³⁷ Sentencia de 30 de Septiembre de 1994, Exp. 8824, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández; y, Sentencia de 25 de Septiembre de 1997, Exp. 10421, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹³⁸ Para la fecha de la sentencia, el Código Penal vigente era el de 1980.

1992, antes de que el Consejo de Estado hubiera admitido la existencia de dichos perjuicios en su jurisprudencia.

3.2.4. El Perjuicio Fisiológico debe llamarse Perjuicio de Placer

Con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque¹³⁹ se hace un análisis crítico a la forma como el Consejo de Estado había manejado el concepto de perjuicio fisiológico hasta el momento. En él expone los mismos argumentos que presentó en la Aclaración de Voto de la Sentencia de 13 de Junio de 1997¹⁴⁰ (Exp. 12499. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros).

Señala la Sala en esta Sentencia que el concepto de perjuicio fisiológico, es más cercano al concepto de perjuicio de placer (*prejudice d'agrement*) propio del derecho francés, en el cual se distingue entre “la privación de los placeres de una vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada y los problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida”¹⁴¹.

Atribuye la Sala, la adopción del término *perjuicio fisiológico* a una errónea traducción del *perjuicio psicológico*, consistente en “un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer”¹⁴². Reitera igualmente, las erróneas interpretaciones llevadas al cabo en cuanto a su definición y cuantificación hasta el momento, definiéndolo como una entidad jurídica distinta de los perjuicios materiales y morales, así como delimitándolo como la afección producida dada la

¹³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2 de Marzo de 2000. Exp. 11250. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁴⁰ Ver Punto 3.2.2. Características del Perjuicio Fisiológico.

¹⁴¹ Consejo de Estado, Op. Cit.

¹⁴² Ibid.

afectación de las actividades normales, generalmente placenteras, cuyo goce tenía una persona. Esta sentencia inicia un cambio conceptual en la definición del perjuicio extrapatrimonial distinto del moral, que confluirá en la posterior sustitución del concepto de *perjuicio fisiológico* por el de *daño a la vida de relación*.

3.2.5. Sustitución del concepto de *Perjuicio Fisiológico* por el de *Daño a la vida de relación*

Tras la Sentencia de 2 de Marzo de 2000, enunciada anteriormente y en distintas providencias, el Consejo de Estado aplicó la definición de *perjuicio fisiológico*, haciéndola semejante fuera al concepto del *perjuicio del placer* (*prejudice d'agrement*) proveniente del derecho francés o al concepto de *daño a la vida de relación*, proveniente del derecho italiano. El único elemento común y enlazador de la jurisprudencia contencioso-administrativa hasta el momento ha sido el reconocimiento a una especie de perjuicio extrapatrimonial independiente del perjuicio moral, así como también respecto del material.

En esta Sentencia¹⁴³, se pretende delimitar pues, a juicio de la doctrina la afectación antes denominada *perjuicio fisiológico*, tomando diversos elementos, en especial, los de la doctrina provenientes de Juan Carlos Henao y Felipe Navia Arroyo, para quienes el desarrollo del daño fisiológico debería restringirse hacia el daño físico de la persona, con consecuencias sobre las oportunidades del goce de la vida.

La Sala entra pues, a permitir, el uso del término *daño a la vida de relación*, por considerarlo mucho más comprensivo, frente al concepto de *daño fisiológico*, por

cuanto las afectaciones sufridas al respecto tienen más que ver con la vida de la relación de las víctimas que hacia el concepto de daño fisiológico, teniendo en cuenta que su origen no es solamente restrictivo a una lesión corporal, lo cual restringe el concepto al considerarlo exclusivamente como una lesión a la integridad física.

El concepto de *daño a la vida de relación* va más allá de la defensa de la integridad física, cubre la vida de relación de las personas en otros aspectos como es el caso de las acusaciones injuriosas o calumniosas, así como la discusión del derecho al uso del propio nombre o el uso del mismo por otra persona. Se distingue, pues, el *daño a la vida de relación* del perjuicio moral al diferenciar el dolor causado por ejemplo, con la pérdida de un ser querido, de la alteración en la relación y rol social producido por éste. De igual forma, puede tener causa, esa misma modificación de la vida de relación a raíz de una pérdida económica, que, de forma independiente, puede generar la reclamación de perjuicios materiales.

El concepto de *daño a la vida de relación* “hace referencia a las repercusiones que puede tener una existencia, al margen de cualquier consecuencia patrimonial, por lo cual resultaría más cercana al concepto de daño a la vida de relación, elaborado por la doctrina italiana”¹⁴³, frente al concepto de *perjuicio del placer*, propio del derecho francés, que es la forma como la mayoría de las veces, el Consejo de Estado había aproximado el concepto de *perjuicio fisiológico*.

Decide la Sala, preferir el concepto de *daño a la vida de relación*, frente al de *perjuicio del placer*, teniendo en cuenta que no todas las actividades que se dificultan o se imposibilitan con ocasión del daño causado son placenteras,

¹⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de Julio de 2000. Exp. 11842. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁴⁴ Ibid.

pueden ser rutinarias, pero producen modificaciones en las condiciones de existencia, como el caso de la dificultad de desplazamiento propia de una persona parapléjica. Ahora bien, dentro de la jurisprudencia administrativa francesa se ha dado origen al concepto de *alteraciones a las condiciones de existencia (troubles dans les conditions d'existence)*, el cual es mucho más amplio y difuso que el de *daño a la vida de relación*, por cuanto todo daño a la vida de relación es un alteración a las condiciones de existencia.

Es pues, el *daño a la vida de relación*, una “afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que le rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aún los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. *En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior*, aquel que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral”¹⁴⁵.

La carga de la prueba de esta clase de perjuicios está en cabeza del demandante, y a diferencia del perjuicio moral, en algunos casos la prueba del *daño a la vida de relación* puede ser relativamente fácil, por cuanto es un perjuicio que se realiza en la vida exterior de los afectados y es totalmente perceptible. Se pueden usar medios probatorios como testimonios o dictámenes periciales. De igual forma, el juez puede construir presunciones, con fundamento en indicios (hechos debidamente acreditados en el proceso) que resultan suficientes para demostrar el perjuicio sufrido.

La determinación de la cuantía de la indemnización corresponde al *arbitrium iudicis*, lo que implica que debe tener en cuenta las pruebas relacionadas con la existencia e intensidad del perjuicio, de tal forma, que la indemnización dada

¹⁴⁵ Ibid. La cursiva es nuestra (Nota de los Autores)

efectivamente ser equitativa. Dicha indemnización, al igual que la indemnización de los perjuicios morales no habla de reparación, sino de compensación, por cuanto en esta clase de perjuicios, por su misma naturaleza, es imposible o muy difícil, aplicar un mecanismo que permita su reparación de forma pecuniaria o natural.

Junto a esta sentencia, el Consejero Ricardo Hoyos Duque presentó Aclaración de Voto donde señaló que comparte los motivos y necesidad que llevan al Consejo de Estado a cambiar el concepto de Perjuicio Fisiológico por uno nuevo, teniendo en cuenta el principio de reparación integral. Al respecto, señala que a la categoría de daño estudiado por el Consejo, bien se puede utilizar el término *daño a la vida de relación*, propio de la doctrina italiana, o el de *alteraciones a las condiciones de existencia*, proveniente de la francesa, para determinar, lo que a juicio de Chapus es “la modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”¹⁴⁶. Lo importante, en destacar, a juicio del Consejero Hoyos es “la reparación integral del daño que hoy demanda como imperativo del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-487 del presente año, no se agota en la indemnización del daño material y moral”¹⁴⁷.

3.2.6. La reparación por el *daño a la vida de relación* es transmisible a los herederos¹⁴⁸

En la Sentencia 14357 de 15 de Agosto de 2002 (C.P. Ricardo Hoyos Duque) se aclara que la existencia del perjuicio por daño a la vida de relación, se puede acreditar a través de cualquier medio probatorio, teniendo en cuenta las

¹⁴⁶ Ibid. Aclaración de Voto. Consejero Ricardo Hoyos Duque.

¹⁴⁷ Ibid.

circunstancias particulares del caso, o a partir de indicios. También se tiene en cuenta que dicho perjuicio también es transmisible, porque una vez causado se convierte en un derecho patrimonial que puede hacer parte del acervo hereditario, de igual forma que el daño moral, sustentado en principio por el artículo 90 de la Constitución y el artículo 2341 del Código Civil.

De igual forma, no existe norma prohibitiva al respecto, es posible “afirmar la intransmisibilidad de un derecho de naturaleza patrimonial que desde luego puede ser ejercido bien directamente por la víctima ora por los continuadores de su personalidad, sucesores mortis causa, que en su condición de herederos representan al de cujus, o dijérase más propiamente, ocupan el lugar y la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones de contenido patrimonial transmitidas por virtud del fallecimiento”¹⁴⁹.

Si bien, la reparación por concepto de daño a la vida de relación es transmisible a los herederos, es necesario que para que los herederos puedan encabezar dicho derecho, es necesario que éste se haya causado. De lo contrario, los herederos no se encuentran legitimados para encabezar la acción.

3.2.7. Perjuicios a favor del hijo póstumo por daño a la vida de relación

En la misma Sentencia citada en el acápite anterior, encontramos pues, la existencia de indemnización por concepto de daño a la vida de relación a los hijos póstumos, de igual forma, como se habían reconocido anteriormente por concepto de perjuicios morales y materiales. El estado de hijo póstumo lleva a la obligación de resarcir, pero su dolor es distinto, por cuanto el dolor sufrido no es el de la

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de Agosto de 2002. Exp. 14357. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁴⁹ Ibid.

pérdida del ser amado, por cuanto no fueron experimentados, ya que no lo conoció por haber nacido con posterioridad a la desaparición del ser querido. La afección que acontece con el hijo póstumo es la pérdida del apoyo, el afecto y la compañía que los padres suministran. Este último perjuicio, más que un daño moral, es necesario considerarlo como *daño a la vida de relación*, pues se considera que es un concepto más comprensivo con el tipo de afectación producida, por cuanto la relación con la sociedad, se ve modificada dada su condición de hijo póstumo.

3.2.9. Diferencias entre el *daño a la vida de relación* y el *perjuicio moral*¹⁵⁰

En la Sentencia 13651 de 6 de Marzo de 2003, el Consejo de Estado, mantuvo su línea planteada hasta el momento, admitiendo la existencia de la indemnización de perjuicios por concepto de *daño a la vida de relación* a pesar de que en la demanda no se formuló como pretensión alguna el reconocimiento de dicha clase de perjuicio, a raíz tanto de la afectación sufrida por la víctima, en cuanto a nivel profesional (perjuicio material) como en sus afecciones (perjuicio moral) y en las distintas relaciones para con su familia, la comunidad y el entorno, las cuales pudieron probarse en el proceso, razón por la cual, el Consejo, sustentándose en el artículo 16 de la Ley 448 de 1998, admite la declaración de responsabilidad una vez estando acreditado el perjuicio.

Por ser el *daño a la vida de relación*, un perjuicio de carácter extrapatrimonial, es necesario distinguirlo del *perjuicio moral*, producido éste último, por el estado de zozobra, angustia y temor generado por el daño causado, a diferencia de las distintas modificaciones que tuvo en su forma de vida y en la forma de relación con su familia y demás miembros de la comunidad, además de la afectación

producida a la honra. Esta serie de factores, de índole externa son los que distinguen al *daño a la vida de relación* del *perjuicio moral*.

3.2.10. El *daño a la vida de relación* genera indemnización especial¹⁵¹

El Consejo de Estado ha considerado que respecto a las lesiones físicas que ocasionan *daños a la vida de relación*, forman una indemnización adicional a la reconocida por el perjuicio moral, la cual, reiterando lo dicho por la Sentencia de 19 de Julio de 2000, Exp. 11842 (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez), puede favorecer a las personas cercanas a la víctima, como padres, cónyuge o hijos, afectados en su vida de relación (con los demás y con el mundo) por la lesión causada.

Reitera la Sentencia que la prueba de esta clase de perjuicios se puede dar por cualquier medio probatorio, e inclusive, si el acervo probatorio lo permite, se puede dar por acreditado el perjuicio en el proceso, en relación a las circunstancias de cada caso, como es la naturaleza de la lesión sufrida por la víctima, las secuelas que haya dejado y la alteración de las condiciones en que desarrollaba su vida familiar y laboral.

3.2.11. Perjuicios por *daño a la vida de relación* en lesiones físicas¹⁵²

De igual forma, el Consejo de Estado ha ido evolucionando su doctrina en materia de daño a la vida de relación, al reconocer el daño producido por alteraciones

¹⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 6 de Marzo de 2003. Exp. 13651. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 1 de Marzo de 2006. Exp. 13887. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 5 de Diciembre de 2006. Exp. 15846. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

físicas que afectan la calidad de vida de las víctimas como tal, independiente del perjuicio moral indemnizado en esos casos.

Con esta sentencia, el Consejo rompe lo planteado en la Sentencia 10977 de 27 de Noviembre de 1998 (C.P. Germán Rodríguez Villamizar), al plantear la posibilidad de indemnizar por concepto de *daño a la vida de relación*, sin ser pedida expresamente, teniendo como fundamento el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, siempre que se haga referencia a este daño en el texto de la demanda, y el mismo sea demostrado en el expediente. De igual forma, en el análisis del caso concreto son de vital importancia, los dictámenes médico-legales y los testimonios para que el juez pueda inferir la afectación real en la vida de relación por parte de la víctima, como para determinar realmente la cuantificación de dicha afectación.

Igualmente y de forma independiente, es posible establecer conciliación por concepto de daño a la vida de relación¹⁵³, de forma semejante a la conciliación surtida sobre perjuicios materiales y morales.

Con estos aspectos relevantes sobre la evolución de la segunda forma de los perjuicios extrapatrimoniales, hasta nuestros días, es posible señalar la riqueza del debate conceptual realizado en el seno del Consejo de Estado a la hora de analizar y restringir un concepto que por su amplitud, y esencia se aleja del estándar dualista de los *perjuicios materiales y morales*, permitiendo no solamente una completa indemnización por parte del Estado, como es la contemplada en el artículo 90 de la Constitución, sino el ejercicio de la reparación integral planteado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Exp. 15746. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

CAPÍTULO 4
ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
BUCARAMANGA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER EN
MATERIA DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

Teniendo en cuenta la estructura de la investigación, tras haber visto la evolución jurisprudencial que en materia de perjuicios extrapatrimoniales se ha logrado a través de cada una de las Altas Cortes colombianas, es necesario presentar y describir la forma cómo se han aplicado dichos conceptos en casos particulares llevados ante las instancias regionales de la jurisdicción ordinaria y contencioso-administrativa.

En primer lugar, presentaremos el criterio llevado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en sus Salas Penal y Civil respecto al daño moral principalmente. Posteriormente abordaremos el criterio del Tribunal Administrativo de Santander acerca de la aplicación del concepto de *Daño a la Vida de Relación*.

4.1. TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA

4.1.1. Sala Penal

La administración de justicia en materia penal en nuestro ordenamiento jurídico, se ha caracterizado por profundizar el campo de la responsabilidad por los delitos y las culpas. No obstante, que el restablecimiento del derecho y la reparación de los daños causados con objeto del delito como fuente de esta obligación de indemnizar, sean también característicos de la normatividad penal colombiana.

Ello implica que el juzgador tenga una preparación específica y un bagaje más amplio en el estudio de los tipos penales y de la estructuración de la

responsabilidad penal, razón por la cual, el tema de la indemnización y reparación de daños de índole patrimonial y extrapatrimonial sea algo que si bien, es de obligatorio cumplimiento, no se encuentra en lugar de igual importancia respecto a la declaración de responsabilidad penal, por cuanto ésta forma el primer objetivo de la administración de justicia en este orden, así como conceptualmente es necesario definir la fuente de esta clase de daño, es decir las condiciones de modo, tiempo y lugar del delito para su posterior resarcimiento.

De ahí que fuera común por el juzgador, cuando lo permitía la anterior legislación penal (hasta la Ley 600 de 2000) condenar en abstracto respecto a la indemnización de perjuicios, para que ésta, una vez demostrada la fuente de la obligación (el delito) fuera posible reclamar su cuantificación ante el juez civil. Ahora, en cambio, con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, es necesario que el juez penal condene en concreto la suma equivalente a la indemnización de perjuicios dentro de cada proceso en particular, por intermedio del Incidente de Reparación Integral (Artículos 102 a 108, Ley 906) que permite a la víctima accionar eficazmente en el restablecimiento de sus derechos, una vez declarada la responsabilidad penal del procesado, que consiente desarrollar los Principios de Reparación Integral y de Restablecimiento del Derecho (Arts. 11 literal c y 22, Ley 906) y conmina a su vez, al juzgador a realizar una evaluación y tasación adecuadas a dichos principios y la gravedad del daño sufrido.

Ahora bien, respecto a la aplicación conceptual de los perjuicios tanto materiales, como extrapatrimoniales no hay novedad respecto de su desarrollo frente a la evolución jurisprudencial presentada por la Corte Suprema de Justicia, aplicando las reglas establecidas por la normatividad y la jurisprudencia. Esto implica en materia probatoria la acreditación con plena prueba de los perjuicios materiales y morales objetivados, para determinar su otorgamiento y cuantía, al igual que en la rama civil.

A pesar que si bien conceptualmente, se permite la determinación de perjuicios morales objetivables; en la práctica (ver Anexo 1 - Entrevista al Magistrado Julián Hernando Rodríguez), y en muchos de los casos llevados ante el Tribunal no se han podido probar por los interesados las repercusiones materiales de ese daño moral, cosa que no ocurre en el caso de los perjuicios morales subjetivos (*pretium doloris*), en los que se maneja la presunción de parentesco y cuya aplicación y prueba en contrario depende de la relación fáctica existente presentada con su respectiva acreditación. En esta materia, lo único variable, respecto a cada caso concreto, es la cuantificación del daño moral, dependiendo ya sea de la prueba a favor o en contrario de la presunción de parentesco, o de las relaciones afectivas y de vida existentes entre los parientes, las cuales fundamentan las distintas variaciones en la cantidad otorgada por concepto de indemnización.

Así, por ejemplo, no es la misma indemnización que surte en el caso de un padre cercano a su hijo menor de edad, que el caso de un hijo que pierde a su padre de edad avanzada. Todas estas circunstancias afectan el *arbitrium iudicis* al momento de determinar la justa cantidad a indemnizar, respetando el límite impuesto de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (Artículo 97, Ley 600) por el Código Penal.

Lo anterior se ha hecho claro a partir de la escasez de sentencias que traten explícita y profundamente el tema de la indemnización de perjuicios y en particular, los perjuicios morales subjetivos. El más reciente criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga sobre estos temas se encuentra

representado en la Sentencia 2003-251 de 10 de Abril de 2007 (M.P. Eduardo Fernández Carlier)¹⁵⁴, en la que se señala:

“Y los subjetivos **"pretium doloris"**, que lesionan el fuero interno de las personas perviviendo en su intimidad y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja, o la aflicción que sienten las personas con la pérdida, por ejemplo, de un ser querido. Daños que por permanecer en el interior de la persona no son cuantificables económicamente. A ellos se refiere el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal al prescribir "En los casos de perjuicios no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en el Código Penal".

De igual forma, el Tribunal mantiene su criterio en las Sentencias 2006-219 de 11 de Abril de 2007, 2006-219 de 11 de Abril de 2007, 2006-201 de 3 de Mayo de 2007, 2003-234 de 16 de Mayo de 2007, 2003-230 de 28 de Mayo de 2007 (todas con Sentencias ponencia del Magistrado Eduardo Fernández Carlier) y 2004-377 de 23 de Abril de 2007 (M.P. Julián Eduardo Rodríguez Pinzón).

Por último, respecto a otras clasificaciones del perjuicio extrapatrimonial, y en particular, el daño fisiológico o a la vida de relación, éste no ha sido aplicado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, debido a la ausencia de adaptación conceptual por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como ya se señaló en el estudio jurisprudencial del capítulo anterior. Sin embargo, es patente la necesidad de avance doctrinal en materia de resarcimiento de perjuicios extrapatrimoniales en el campo penal, con miras a la reparación integral que se procura en los daños causados por el delito, lo cual implicaría la posibilidad de una unificación conceptual.¹⁵⁵

4.1.2. Sala Civil y de Familia

¹⁵⁴ Ver Anexo 2 - Sentencia 2003-251 de 10 de Abril de 2007, Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Pena. M.P. Eduardo Fernández Carlier.

La Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga ha manejado un criterio autónomo en la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales, no obstante, seguir las directrices trazadas en materia de perjuicio moral por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En el campo de los perjuicios morales no hay aportes significativos a la doctrina sobre el tema, tan sólo se ha reiterado la posición que sobre este punto se ha venido aplicando tanto por los Tribunales como por la Corte Suprema de Justicia, es decir, se reconoce el daño moral en sus formas de objetivado y subjetivo, respetando para este último el límite de los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, establecido por la jurisprudencia.

De los casos llevados ante el Tribunal por responsabilidad civil extracontractual, ha sido en aquellos casos de hipótesis de muerte en los que se ha logrado obtener en reiteradas ocasiones la indemnización de perjuicios morales, particularmente los de carácter subjetivo, debido a factores como la magnitud del daño (en este caso, la muerte), la acreditación del parentesco, que da lugar a la presunción de existencia del perjuicio moral subjetivo y la existencia y cercanía de las relaciones afectivas entre los reclamantes y la víctima; elementos que determinan en forma variable la cuantía a indemnizar.

Ello ha ocurrido en varios procesos llevados ante el Tribunal, como el que dio origen a la Sentencia de 4 de Agosto de 2005 (M.P. Jorge Enrique Pradilla Ardila) en la que se señala lo siguiente:

¹⁵⁵ Ver Anexo 1 - Entrevista al Magistrado Dr. Julián Hernando Rodríguez Pinzón.

“En relación con el daño moral (Pretium doloris) como corresponde al arbitrio judicial la cuantía señalada no fue desproporcionada (\$31.831.000.00 por la muerte de SANDRA PATRICIA Y \$3.000.000.00 por las lesiones personales de MÓNICA JULIANA) y guarda la debida proporcionalidad con la aflicción o dolor de haber perdido a su hija y ver lesionada a su otra hija, ambas menores de edad; desde luego que ninguna suma de dinero sería suficiente para compensar plenamente el sufrimiento que está padeciendo el señor LUDWING RAMIRO ORDUZ, pero al menos servirá para mitigarle la ausencia de la hija a tan temprana edad y ayudarle a recuperar moralmente el hecho emocional de ver que su otra hija resultó herida.”¹⁵⁶

De igual forma, así como reconoce los perjuicios morales sufridos de un padre hacia sus hijos, el Tribunal ha reconocido igualmente este rubro en el caso del sufrimiento causado por una madre e hija para sus descendientes y ascendientes:

“Y la Sala, del acervo probatorio allegado al proceso, básicamente en su carácter de prueba trasladada que integra el cuaderno No. 2, no deduce la existencia de ninguna excepción a su favor menos el caso fortuito o la fuerza mayor de que trata el artículo 1º de la ley 95 de 1890 por cuanto el hecho le es imputable al no haber mantenido el automotor en óptimas condiciones, debiendo por ende responder de los perjuicios in solidum como lo precisó el A-Quo en la proporción y el rubro de los mismos, *esto es circunscritos al daño moral subjetivo por la pérdida de su familiar al cual tienen derecho los demandantes a quienes se les reconoció por ser su progenitora y la vez esta hija de PRESCELIA CALDERÓN DE GRANADOS, sumas de dinero que al menos compensa el hecho*

¹⁵⁶ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 4 de Agosto de 2005.

*irreparable de haber sido privados del cariño y la compañía de su ser querido*¹⁵⁷; de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1006 del Código de Comercio al haber optado por la responsabilidad civil extracontractual directa, en consonancia con el artículo 2344 del Código Civil.”¹⁵⁸

De igual forma, los perjuicios morales han sido concedidos en otras situaciones como han sido las lesiones causadas por accidente de tránsito a menor de edad, dentro de la cual se aclaró por parte del Tribunal que la tasación de la condena se efectuara no en gramos oro, sino en salarios mínimos legales mensuales vigentes:

“En últimas, el único renglón del daño que podía reconocerse no era otro que el de los daños morales, que con acierto reconoció la falladora de primera instancia, y que la parte demandada reclama, bajo la argumentación de ausencia de prueba. *La alegación, a juicio del Tribunal, carece de sustento, pues es suficiente con que esté probado que la menor fue embestida por automotor, que sufrió heridas en su cabeza que no le dejaron secuelas, que se vio sometida por la misma causa, y que, por ende, debió permanecer largos días en convalecencia, para que de todas esas vicisitudes se deduzca que la menor sufrió un daño moral. Éste se circunscribe, desde luego, a la época del accidente, teniendo en cuenta las circunstancias anotadas. No se trata de un dolor psíquico que la menor deba padecer de por vida. Ello explica que la dosificación de la indemnización haya sido baja, pero acertada, para la Sala.* De toda suerte, aún si se considerase que la menor debió recibir una suma mayor, el Tribunal no podría reconocerla, pues la parte demandante no apeló.

Exp. 2005-342. M.P. Jorge Enrique Pradilla Ardila.

¹⁵⁷ La cursiva es nuestra.

La indemnización fue reconocida de manera no técnica, en gramos oro (100 gramos). Resulta mejor que el reconocimiento se haga en pesos, y aún más apropiado, en salarios mínimos, puesto que de esa manera se garantiza la indexación de la suma, en caso de que la parte demandada no haga un pronto pago de la condena¹⁵⁹. Sin variarla en su cuantía, el Tribunal estima que la condena es equivalente a 8.7225 salarios mínimos mensuales, \$3.327.688.00, hoy, si se tiene en cuenta que a la fecha el oro tiene un valor de \$33.275,68 por gramo.”¹⁶⁰

Asimismo, el Tribunal ha continuado la línea legal y jurisprudencial en otros asuntos como la transmisibilidad de la indemnización de perjuicios y en el caso concreto de los perjuicios morales, por parte de los herederos del sujeto activo de la lesión, como se señala en la siguiente forma:

“Determinado el alcance de la apelación en los términos indicados, y al descender al caso debatido, puede colegirse sin hesitación alguna que la impugnación no está llamada a prosperar, pues el argumento que esgrime el censor para que no se condene a los menores demandados a pagar los perjuicios morales a los demandantes no tiene respaldo legal, dado que el artículo 2343 del código civil prescribe claramente que “es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”, con lo que se pone de presente que los menores Mayra Cristina y Miguel Andrés Toloza Gutiérrez, en su condición de herederos del propietario del automotor de placas XKT 938 que produjo el citado accidente, y como continuadores de la totalidad

¹⁵⁸ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Exp. 2005-177. M.P. Jorge Enrique Pradilla Ardila.

¹⁵⁹ Las cursivas en la cita son nuestras (Nota de los Autores).

¹⁶⁰ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 15 de Septiembre de 2005. Exp. 1999-813. M.P. Antonio Bohórquez Orduz.

de los derechos y obligaciones del causante Miguel Alejandro Toloza Castellanos, deben responder por el pago de la indemnización a que tienen derecho los demandantes por el daño moral sufrido, con ocasión de la muerte de su hijo Nelson Emel Otero Castillo, filiación y deceso que se encuentran demostrados con los documentos allegados al proceso.”¹⁶¹

No obstante, continuar con la posición de la Corte en cuanto a la reparación de los daños morales como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual, el Tribunal ha hecho un importante aporte tanto en materia de daño contractual como en la adopción del daño fisiológico. El primero, por medio de la Sentencia de fecha 26 de Marzo de 2007, con ponencia del Magistrado Omar José Amado Ariza, dentro de la cual, se otorgó excepcionalmente una condena de perjuicios morales de carácter subjetivo con origen en una culpa contractual. El Tribunal estimó y fundamentó su tesis de esta manera:

“Ahora bien, en materia de responsabilidad civil contractual, tanto la doctrina, como la jurisprudencia y la legislación fueron renuentes en reconocer los perjuicios morales al considerar que el incumplimiento contractual siempre genera un perjuicio patrimonial, mas no así un perjuicio moral, propiciado por un menoscabo psíquico o afectivo.

Empero, y no obstante que la responsabilidad civil por daño moral, surgid del incumplimiento contractual, tiene una aplicación excepcional, bien puede ocurrir que en algunos casos sea viable la indemnización del perjuicio moral, para lo cual es obligatorio demostrar que se le causó un daño directo a la persona que demanda la indemnización.

¹⁶¹ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 2 de Febrero de 2006.

Precisamente y gracias a la evolución de la doctrina, el legislador colombiano consagró de manera expresa la indemnización de perjuicios morales en materia contractual, al establecer en el inciso 2 del artículo 1006 del C. de Comercio que ... 'En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral'.”¹⁶²

En cuanto al segundo, y más importante aporte, el Tribunal ha adoptado, de manera curiosa, la figura del Daño Fisiológico, la cual no ha sido aplicada por la Corte Suprema de Justicia. Además de que no sólo ha innovado en su aplicación, sino que se ha extendido a lo largo de las sentencias de los últimos dos años. Sin embargo, aplicando, de manera errónea quizá, el término Perjuicio Fisiológico, pues si su aplicación se debió a una analogía tomada de la jurisprudencia del Consejo de Estado, debió habersele dado la denominación y trato de Daño a la Vida de la Relación, término que reemplazó al de Perjuicio Fisiológico desde el año 2000, en la jurisprudencia contencioso-administrativa, por ser más completo, complejo y adecuado, como lo hemos mencionado en capítulos anteriores.

La primera sentencia de que tenemos conocimiento que trata el tema es de fecha 16 de Junio de 2005 (M.P. Avelino Calderón Rangel). En ella se señala una condena por este concepto con arraigo en la lesión sufrida por la víctima/sujeto pasivo del daño que:

“(...) lleva a la Sala a sostener que sí existe probanza digna de tenerse en cuenta, que reporta un daño corporal significativo capaz de producir perjuicio moral subjetivo y fisiológico. Esto último, por cuanto la señora Cote Forero perdió definitivamente su necesidad normal en el “tobillo derecho”, lo

Exp. 2002-733. M.P: Omar José Amado Ariza.

¹⁶² Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 26 de Marzo de 2007. M.P. Omar José Amado Ariza.

cual le ocasiona indudable pérdida del goce que antaño tenía para sobrellevar felizmente su existencia, que es en lo que consiste el perjuicio fisiológico.”¹⁶³

La enunciación más completa del criterio del Tribunal hasta la fecha se ha hecho en Sentencia de 14 de Septiembre de 2006 (M.P. Odalinda López de Gómez) donde se señaló el concepto como tal, así:

“Para esta Corporación es claro que no hay confusión alguna en el daño moral y el perjuicio fisiológico; el primero se refiere a aquellos que afectan algunos aspectos íntimos, sentimentales, afectivos y también facetas de la personalidad que hacen parte de los derechos de toda persona, de otra parte, en la doctrina nacional se ha venido tratando reiteradamente éste, el cual consiste en la disminución de los placeres de la vida, causada concretamente, por la imposibilidad o por la dificultad de entregarse a ciertas actividades normales del ser.”¹⁶⁴

El Tribunal ha venido desarrollando un criterio sobre el Daño Fisiológico, en distintas sentencias donde lo acepta o lo niega, dependiendo de la evidencia probatoria y de la existencia efectiva de la afectación en materia de las relaciones sociales y el placer sentido con anterioridad al daño. Es significativo señalar, que la figura se ha venido aplicando con mayor frecuencia, ya que los demandantes por intermedio de sus apoderados solicitan cada vez más el resarcimiento por este concepto¹⁶⁵.

¹⁶³ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 16 de Julio de 2005. Exp. 2005-308. M.P. Avelino Calderón Rangel. (Ver Anexo No. 3)

¹⁶⁴ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 14 de Septiembre de 2006. Exp. 2002-326. M.P. Odalinda López de Gómez.

¹⁶⁵ Ver otras Sentencias del Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia, donde se trata el tema del Perjuicio Fisiológico como:

De igual forma, es necesario analizar la existencia de las fuentes que sustentan la aplicación de dicho criterio por parte del Tribunal Superior, máxime cuando la utilización de la figura es equívoca por parte de los operadores judiciales, siendo que como se ha señalado anteriormente, es un término en desuso dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado que lo ha reemplazado desde 2000 por el de Daño a la Vida de Relación.

Ahora bien, la existencia de este criterio, se fundamenta, a los ojos del Tribunal, en el desarrollo de la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales proferida por el Consejo de Estado, en el principio de reparación integral y en la obligación de indemnizar satisfactoriamente todos los perjuicios causados por el daño respectivo¹⁶⁶.

4.2. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Dentro de la investigación realizada en el Tribunal Administrativo de Santander, se ha encontrado que en los archivos de la Relatoría se encuentra apenas un solo proceso de Acción de Reparación Directa dentro del cual se maneja la figura de Daño a la Vida de Relación, debido a que la Dra. Sonia (...), Relatora del Tribunal explicó que numerosas sentencias sobre el tema se encontraban ya en trámite ante el Consejo de Estado o algunas (las más recientes) todavía no habían sido

-
- Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 30 de Marzo de 2006. M.P. José Mauricio Marín Mora.
 - Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 5 de Marzo de 2007. M.P. Omar José Amado Ariza.
 - Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 22 de Febrero de 2007. M.P. Jorge Enrique Pradilla Ardila.
 - Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 10 de Mayo de 2007. M.P. Jorge Enrique Pradilla Ardila.

¹⁶⁶ Ver Anexo 4 – Entrevista al Dr. Avelino Calderón Rangel, Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga.

ejecutoriadas. Por lo tanto, la mayor parte del material que sirve de fundamento a los propósitos de esta investigación lo encontramos en la Sentencia Exp. 99-0025 (*Demandantes*: Norman Darío Prada Prada, Elvis Román Prada Prada, Edison Alonso Prada Prada, Lidio Gonzalo Prada Prada, Gonzalo Prada Serrano y Argemira Prada de Prada; *Demandado*: Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional; *M.P.* Francy del Pilar Pinilla)¹⁶⁷ y en los datos proporcionados por la entrevista realizada a la Magistrada Francy del Pilar Pinilla¹⁶⁸.

En dicha Sentencia se solicita la indemnización del Perjuicio Fisiológico como consecuencia de la lesión sufrida por Norman Darío Prada, la cual le imposibilitaba relacionarse socialmente como lo hacía antes del accidente. Sin embargo, dadas las circunstancias fácticas y probatorias, no logró demostrarse la existencia de dicho rubro de perjuicio. Por lo tanto, el Tribunal determinó no otorgarle indemnización por este concepto, aduciendo que:

“En lo que tiene que ver con el perjuicio fisiológico o a la vida de relación (según lo maneja actualmente la jurisprudencia), como no existen elementos de juicio que permitan al juzgador establecer que el actor se ha visto afectado en su vida de relación, no se reconoce suma alguna por este concepto.

Téngase en cuenta que el perjuicio referido no tiene que ver con la lesión en sí misma, sino con las consecuencias que de estas se derivan y que alteran sustancialmente la vida de relación de la víctima; algunos testigos referencian que Norman jugaba fútbol y ya no está en condiciones de terminar un partido, este dicho no es prueba suficiente de que

¹⁶⁷ Ver Anexo 5 – Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia Exp. 99-0025. M.P: Francy del Pilar Pinilla.

efectivamente se haya producido un daño en la vida de relación que permita condenar al accionado por este concepto.”¹⁶⁹

De igual forma, en esta sentencia, el fallador hace un análisis de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que esta es una de las razones por las cuales no es muy común encontrar procesos de Reparación Directa o de responsabilidad del Estado por falla en el servicio, que involucren las figuras de perjuicios morales y daño a la vida de relación, debido, a que en reiteradas ocasiones, el Tribunal se ve en la obligación de rechazarlas, ya que dichas demandas se presentan en indebida forma y no reúnen los requisitos explicados en el Código Contencioso Administrativo y la sustentación dada por la doctrina, debido a que, según la Dra. Francy del Pilar Pinilla¹⁷⁰, muchos de los apoderados que presentan litigios ante el Tribunal no poseen la debida preparación que permita llevar estos procesos a término, e inclusive, perder la oportunidad procesal para adelantar dichas controversias.

Sin embargo, en cuanto a los perjuicios morales, por ser ésta una figura mucho más común en los procesos llevados ante esta dicha instancia, se han aplicado las reglas establecidas por el Consejo de Estado respecto a la distinción entre perjuicios morales objetivados y subjetivos, la presunción de existencia del perjuicio moral previa acreditación del parentesco y la tasación de perjuicios respetando el tope de mil salarios mínimos en la cuantificación de éstos.

¹⁶⁸ Ver Anexo 6 – Entrevista a la Magistrada del Tribunal Administrativo de Santander Francy del Pilar Pinilla.

¹⁶⁹ Ver Anexo 5.

¹⁷⁰ Ver Anexo 6 – Entrevista a la Dra. Francy del Pilar Pinilla, Magistrada del Tribunal Administrativo de Santander

CAPÍTULO 5

DESARROLLO Y POSIBLES PERSPECTIVAS DEL CONCEPTO DE DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN EN COLOMBIA

La evolución del concepto de perjuicio extrapatrimonial dentro de la doctrina y ordenamiento jurídicos colombiano ha obedecido a la adopción de desarrollos doctrinales producidos en otras naciones, con ellos se ha pretendido avanzar en la consecución de una tipología de perjuicios que permita a las víctimas tanto reparar como compensar los padecimientos sufridos.

Desde finales de la década de 1920, la Corte Suprema de Justicia ha admitido la posibilidad de los perjuicios morales, entendidos como el menoscabo a las afecciones y sentimientos de las personas. Dicha clasificación extendió por primera vez el panorama de la reparación en materia pecuniaria, hacia aquellos bienes y derechos que por su carácter, son difíciles de cuantificar.

El *pretium doloris*, se basa, pues en la necesidad de compensar un daño causado contra un bien o una persona y que afecta consecutivamente a la esfera interna. Sin embargo, ha ido el desarrollo jurisprudencial más allá al deslindar dentro de aquellos derechos relativos a la persona e intangibles en materia pecuniaria a aquellos referidos a la relación social y del entorno del individuo, así como a los referidos al desarrollo de la personalidad y sentimientos internos.

La necesidad de deslindar estos dos aspectos: externos e internos de la intangibilidad personal del individuo, ha sido la causante de desarrollar la clasificación en primer lugar, de los perjuicios morales (en objetivos y subjetivos) y posteriormente a la creación de figuras como el *perjuicio del placer* y las

alteraciones a las condiciones de existencia en el derecho francés y el *daño a la vida de relación* en el derecho italiano.

La delimitación de estos campos se entiende una vez, mediante el análisis de las distintas clasificaciones de daños posibles, así como los distintos tipos de menoscabo (patrimonial, físico, biológico, psicológico, estético, etc.) sufridos por la víctima, sin importar necesariamente el sujeto activo del daño.

Es pues, la necesidad de clasificación que ha llevado dentro de la doctrina civil francesa, se lleven distintas clases de perjuicios que afectan distintos aspectos de la persona, además de los aspectos patrimoniales (perjuicio material) y afectivos internos (perjuicio moral), en los cuales, se incluyen las afectaciones al orden sexual o psicológico.

De igual forma, la doctrina italiana ha fundamentado este tipo de distinción entre el *daño a la vida de relación* y el *daño biológico*, fundamentada en las distintas afectaciones que alteran determinadas condiciones sociales, como son las lesiones físicas y las modificaciones de la relación de la víctima frente al entorno social.

Por otro lado, en el derecho colombiano, con anterioridad a la Constitución de 1991, se había venido hablando por parte de distintos teóricos de la doctrina de la necesidad de ampliar la esfera de indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, frente a las particularidades que motivaron los desarrollos conceptuales planteados anteriormente en los distintos ordenamientos con influencia en nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, ha sido con la expedición de la Constitución en 1991, que se ha comenzado a hablar de la necesidad de compensar íntegramente los daños

causados, en especial, aquellos provocados por la administración, con la figura del daño antijurídico.

En primer lugar, a partir de 1991, se produjo una transformación dentro del funcionamiento de la administración de justicia que permitió complementar y delimitar las finalidades del Estado de Derecho, en especial las relativas a la responsabilidad de los particulares y del Estado.

A partir de 1993, se hace patente la necesidad de plantear un nuevo criterio dentro de los perjuicios extrapatrimoniales, al comprender la necesidad de compensación respecto de aquellas lesiones físicas y de aquellas modificaciones en las relaciones vitales de índole social. Así, pues, con base en sentencia de 6 de mayo de 1993, el Consejo de Estado determinó la existencia del *perjuicio fisiológico*, como una figura reunida a partir de conceptos lo suficientemente amplios, frente a la cual, hubo un único consenso en su evolución: la existencia de un perjuicio extrapatrimonial y la necesidad de delimitación de su definición conceptual.

El concepto colombiano de *perjuicio fisiológico*, pretendió en principio reunir los conceptos de *perjuicio del placer* (*prejudice d'agrement*) y de *alteraciones a las condiciones de existencia*, principalmente, así como otros conceptos comprensivos respecto a lesiones de carácter orgánico. Así, pues, la definición de perjuicio fisiológico, creada en 1993 originó las dificultades conceptuales propias de un término sin un significado propio y restringido, así como la dificultad para ubicarlo en una posible clasificación jurídica de los tipos de perjuicio.

La evolución jurisprudencial del *perjuicio fisiológico* desde 1993 hasta 2000 ha sido objeto de numerosos vaivenes, entre ellos, la tentativa de delimitación de la figura, al proponerla como requisito para su declaración la taxativa enunciación en las pretensiones de la demanda; al igual que la clasificación que pretendía situar

al perjuicio fisiológico como una figura pretoriana intermedia entre el perjuicio material y el moral. La existencia de estos criterios, llevó a la inseguridad jurídica y a la indefinición conceptual sobre el tema, aspectos que no eran únicamente tema de discusión doctrinal, sino que afectaron el derecho a la reparación integral encabezado por las víctimas y defendido por la Constitución, y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

A su vez, el artículo 16 de la Ley 446 impuso la obligación de la reparación integral, la cual permitió desarrollar la figura de la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales, sustentándola en el hecho de las circunstancias fácticas y medios probatorios que permitían declarar la existencia de un perjuicio sea moral o fisiológico.

El principio de reparación integral, establece pues una necesidad normativa de desarrollar y reparar todos los perjuicios causados por un daño, sin ninguna clase de exclusión, ni siquiera del orden procesal o formal. Dicha necesidad reclama pues, un análisis detenido de la aplicación de los distintos tipos de indemnización.

Las dificultades de aplicación del concepto de perjuicio fisiológico llevaron a un debate constante en el seno del Consejo de Estado que motivó la posterior modificación del concepto al de *perjuicio de placer*, en primer lugar¹⁷¹, y posteriormente al de *daño a la vida de relación*.

Desde que se planteó la figura, Consejeros de Estado como Ricardo Hoyos Duque señalaron las distintas dificultades del concepto, así como la problemática derivada del esquema planteado inicialmente por el Consejo de Estado. Dichas

¹⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2 de Marzo de 2000. Exp. 11250. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

dificultades implicaban desde un principio la adopción más apropiada de la figura del *perjuicio del placer*, contra la denominación colombiana *perjuicio fisiológico*, por cuanto su campo de aplicación era primordialmente la afectación al desarrollo de las actividades desarrolladas por el individuo y no una lesión de índole orgánica-física, tal como la semántica del término *perjuicio fisiológico* suponía.

Esta serie de objeciones hicieron mella en el seno del Consejo, el cual modificó su doctrina en 2000, para redefinir este tipo de perjuicio extrapatrimonial distinto del moral, con el nombre de *daño a la vida de relación*¹⁷², contemplado como un concepto más apropiado y de campo estricto en comparación con el de *perjuicio fisiológico* y el de *perjuicio del placer*.

El desarrollo del concepto de *daño a la vida de relación*, implica la existencia de todas aquellas afecciones que causan efectos en el área de relación de las personas, sea en su vida social o en su entorno y que a su vez, son susceptibles de afectar a terceros (como el caso de los familiares que dependen de la víctima). Dichos daños se pueden originar, ya sea de una lesión física, de una afección sentimental, o una afectación a un bien determinado, pues la modificación de cualquiera de las condiciones implica un daño, con la consiguiente necesidad de repararse.

Así, pues, se delimitan claramente las esferas de las distintas clases de perjuicio, involucrando al *daño a la vida de relación*, separándolo en su origen y tasación tanto del daño material como del daño moral. La insistencia con la que la jurisprudencia colombiana ha procurado deslindar este concepto, ha involucrado la especificación de sus aspectos probatorios y de cuantificación, semejantes, por su naturaleza de daño extrapatrimonial, a los del daño moral.

Sin embargo, de forma independiente a la de la definición conceptual de *daño a la vida de relación*, se han encontrado distintos inconvenientes en su aplicación, por cuanto todavía ha subsistido la aplicación de los conceptos usados anteriormente bajo el mote de los *perjuicios fisiológicos*, y en varios procesos, el Consejo de Estado ha tenido que declarar la existencia y cuantía de dichos perjuicios sin haberse pedido en la demanda.

Por otro lado, la jurisdicción ordinaria no ha sido ajena al avance presentado en materia de perjuicios extrapatrimoniales. Desde hace pocos años, el Tribunal Superior de Bucaramanga, ha declarado y cuantificado perjuicios por concepto de *daño a la vida de relación*, adaptando de forma inapropiada el uso del concepto, por cuanto el término *perjuicio fisiológico* ha sido removido de la jurisprudencia, como ya habíamos mencionado, a partir de 2000.

Si bien, nominalmente el término usado por el Tribunal es el de *perjuicio fisiológico*, conceptualmente, como se ha podido comprobar en la Sentencia 2005-308 de junio 16 del mismo año (M.P. Avelino Calderón Rangel), el uso del término corresponde al de *daño a la vida de relación*, por cuanto se busca compensar dicho tipo de daño y no el originado por alguna lesión física. El Tribunal fundamenta su criterio¹⁷³ al respecto en el principio de reparación integral del artículo 16 de la Ley 446, así como en la jurisprudencia del Consejo de Estado y el *petitum* de las demandas, al igual que en la necesidad de innovación.

El desarrollo y aplicación del *daño a la vida de relación* ha sido irregular, en parte, por ser una figura de origen extranjero ajena a la habitual clasificación de

¹⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de Julio de 2000. Exp. 11842. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁷³ Ver Anexo 4 – Entrevista al Magistrado Avelino Calderón Rangel

perjuicios materiales y morales; así que por la confusión conceptual presentada desde sus inicios, al plantear exclusivamente la existencia de un daño de índole extrapatrimonial, sin delimitación clara sobre el estatus de este tipo de concepto, aspecto que se dio relativamente hasta el año 2000. De igual forma, en esta definición irregular opera el hecho de que si bien, el concepto de *daño a la vida de relación*, es mucho más comprensivo y restringido que el de *perjuicio fisiológico*, en él se sigue manteniendo la dualidad acerca de los daños ocasionados por una lesión física (frente al cual nos refiere la semántica del concepto *perjuicio fisiológico*) frente a los estrictamente dados respecto de la relación de la víctima.

Ello se demuestra en el hecho de que la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado mantenga la sinonimia aparente entre *perjuicio fisiológico*, *perjuicio de placer* y *daño a la vida de relación*, referidos en principio a lesiones físicas, perjuicios causados a actividades que ocasionan un goce a la víctima, y afectaciones a la relación de la víctima con su entorno (vida de relación) respectivamente, tal como lo expone la Sentencia 15846 de 5 de Diciembre de 2006 del Consejo de Estado¹⁷⁴:

“La Sala ha considerado que tratándose de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las víctimas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral, daño extrapatrimonial que ha sido denominado por la doctrina como *perjuicio fisiológico, alteración de las condiciones de existencia o daño a la vida de relación y que consiste en la afectación extrapatrimonial de la vida exterior de las personas.*”

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 5 de Diciembre de 2006. Exp. 15846. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. La cursiva es nuestra (Nota de los Autores).

Así, pues, frente a este panorama se hace necesario reformular una vez más el concepto del perjuicio extrapatrimonial independiente del moral, conocido hasta el momento como *daño a la vida de relación*, para lo cual es necesario hacer ciertas precisiones en cuanto a este tema, no solo desde el punto de vista de la demarcación de los conceptos como tales, sino también con respecto a sus alcances y métodos de aplicación.

Por esta razón es preciso empezar por aclarar que aunque se trate de perjuicios conocidos como extrapatrimoniales, es mucho más claro utilizar términos adecuados que permitan la diferenciación de los conceptos y desechar aquellos que presentan inconvenientes por ser ambiguos, es decir, dejar a un lado la utilización del mal llamado perjuicio extrapatrimonial y en cambio preferir el concepto del perjuicio inmaterial, que como lo explica Juan Carlos Henao en su obra, define de una manera más completa la noción del perjuicio que no obedece a pérdidas estrictamente materiales, pues llamarle extrapatrimonial implica decir que se encuentra por fuera del patrimonio, lo cual no es apropiado puesto que existe también una parte del patrimonio de la persona correspondiente a la esfera emocional del individuo que hace parte de ese mismo patrimonio¹⁷⁵.

Ya entrando en materia de lo que son los perjuicios inmateriales, debe establecerse una aclaración no solo conceptual, sino una complementación de los mismos, pues como ya se explicó, en el caso de figuras como la del daño fisiológico y el daño a la vida de relación, estas fueron traídas de la doctrina extranjera, sin embargo su aplicación y su adopción no fue adecuada, pues no se tuvo en cuenta un factor importantísimo y vital en la aplicación de estas dos figuras, y es que tanto el perjuicio fisiológico en Francia, como el daño a la vida de

¹⁷⁵ HENAO, Juan Carlos. Op. Cit. P. 192

relación en Italia, subsisten en armonía con otras figuras que les complementan en cuanto a indemnización de perjuicios se refiere; en el caso del perjuicio fisiológico este tiene entidad propia en Francia, solo en virtud de la existencia de otras formas de perjuicio que cubren los daños que el concepto de perjuicio fisiológico no abarca o admite, por ejemplo el perjuicio estético, el sexual y las alteraciones en las condiciones de existencia, este último que no fue admitido en Colombia a pesar de haberse adoptado el daño fisiológico que es un complemento de este rubro de daño. Es mucho más apropiado como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, utilizar el concepto de daño a la vida de relación consagrado por la doctrina italiana, no obstante haber cometido el mismo error que con la figura del perjuicio fisiológico, pues aunque más complejo y completo que el concepto de daño fisiológico, el daño a la vida de relación se complementa también en su propósito con otra figura establecida por la jurisprudencia y doctrina italiana, que es el daño biológico, de tal manera que debe ser tarea de la jurisprudencia Colombiana establecer esta dualidad de conceptos, si es que pretende seguirse utilizando el término daño a la vida de relación para lograr una aplicación adecuada de los perjuicios inmateriales y la anhelada reparación integral de los daños y perjuicios.

Ciertamente esta tarea compete a la jurisprudencia, pues es por esta vía que se ha llegado a la evolución de los conceptos y la reparación de los daños de orden inmaterial, y aunque sería más práctico y preciso legislar sobre esta materia para establecer definitivamente los criterios, clases y límites en que se aplicarían las diferentes formas del daño inmaterial, las razones que limitan esta posibilidad las encontramos en el desigual desarrollo que han tenido este tipo de conceptos en las diferentes jurisdicciones, esto por cuanto el desarrollo del Consejo de Estado sobre el tema ha sido mucho más amplio y complejo, mientras que la Corte Suprema de Justicia ha sido menos innovadora e inclusive ha demarcado un poco de diferencias en la aplicación del perjuicio moral en cuanto a su fuente, pues ha

establecido un concepto y clasificación únicos (perjuicio moral objetivado y subjetivo) pero sin embargo este no se aplica en la misma forma a nivel de las salas civil y la penal.

De esta forma como se viene explicando debe por vía jurisprudencial no solo profundizarse en esta materia, sino que deben complementarse y unificarse los conceptos de daño a la vida de relación, daño biológico e inclusive daño al proyecto de vida de reciente aparición en la Corte Interamericana de derechos humanos, estimándose su utilización y aplicación tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como en las salas civil y penal de la Corte Suprema de justicia, con el fin de dar claridad a los conceptos y dar certidumbre tanto al juzgador como al litigante en el momento de determinar la existencia y cuantía de los perjuicios sufridos con un hecho dañoso.

La forma que consideramos mas adecuada para hacer una complementación y actualización en materia de perjuicios inmateriales, tiene como primer factor determinante la adopción de la figura del daño biológico como complemento del daño a la vida de relación, en lugar de la del daño fisiológico, que por haber sido desechado por la jurisprudencia Colombiana y las características de perjuicio material e inmaterial al mismo tiempo, ha dado lugar a equivocidad en la implementación de dicho termino y su aplicación. Se prefiere el daño a la vida de relación y el daño biológico en conjunto, por ser figuras complementarias en su concepción, fines y alcances, el daño a la vida de relación por su parte, reemplazando al daño fisiológico, abarcando mas que el daño físico, consagrando una clase de perjuicio que involucra la perdida de la interacción normal del individuo en sociedad y en sus actividades cotidianas, mientras que el daño biológico estipula clara y únicamente el daño de índole “fisiológico” en el estricto sentido de la palabra, es decir el daño puramente físico e inclusive psicológico, de ahí que se conozca también como el daño a la salud; además de ser un tipo de

perjuicio objetivo que facilita la tarea al juzgador al momento de su evaluación y cuantificación, pues va de la mano de una valoración previa de un medico legista que determina la magnitud y efectos de ese daño desde el punto de vista profesional, como es el procedimiento que se hace frente a estos casos en Italia.

Ahora bien, un segundo factor a implementar es el imponer límites claros y comunes tanto a la jurisdicción ordinaria como contencioso administrativa en cuanto a cuantificación de perjuicios inmateriales se trata, esto con el fin de poner fin a la inseguridad jurídica que frente a este tema se ha venido presentando a lo largo del tiempo, pues no en todos los aspectos del daño inmaterial se ha solucionado, ya que si bien se ha fijado al daño moral subjetivo un limite de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, no ha sucedido lo mismo con el daño a la vida de relación, que aunque se estableció en un comienzo un margen simplemente opcional de cuatro mil gramos oro, al llegar la evaluación en salarios mínimos quedo sin precisar, pues no se aclaró ese punto en las sucesivas sentencias que abordaron el tema; además previendo una posible adopción posterior de otro rubro de daño como lo es el daño al proyecto de vida como tal, perjudicarían la tarea del operario judicial al evaluar estos daños.

Es necesario aclarar sin embargo, que no apoyamos la tesis de adoptar el daño al proyecto de vida en el ordenamiento Colombiano, siempre y cuando se efectúen las precisiones y avances que hemos anotado, pues consideramos que el daño al proyecto de vida es una clase de perjuicio abstracto, incierto e indeterminable en lo que respecta a su evaluación pues consagra una situación futura variable e imposible de prever con exactitud, y no es que los perjuicios deban ser exactos, pues como lo hemos visto los perjuicios inmateriales no tienen la posibilidad de ser tasados con criterios objetivos exactos ya que obedecen a situaciones diferentes y particulares a cada caso en concreto, razón por la cual es tarea del juez haciendo uso del “*arbitrium iudicis*” cuantificar esta clase de daños, respetando los limites

previstos por la ley o la jurisprudencia. Además cuando ya existiendo las otras clases de daños inmateriales como lo son el perjuicio moral subjetivo y el daño a la vida de relación, todos los perjuicios que pudieran causarse a una persona quedarían cubiertos en la indemnización comprendida entre los daños materiales e inmateriales.

Dado lo anterior, es necesario señalar que a pesar de que se han hecho importantes avances en materia de perjuicios morales, la clasificación tradicional entre perjuicio moral objetivado y subjetivado es insuficiente a la hora de analizar y aplicar dichas definiciones, debido a que el perjuicio moral objetivado es considerado más cercano a la definición de perjuicio material, así como la esencia del perjuicio moral es el sufrimiento interno de la víctima, traducible en la afección a sus sentimientos, razón por la cual, el perjuicio moral propiamente dicho es el considerado hasta ahora de orden subjetivo.

Hasta ahora la jurisprudencia colombiana ha explorado nuevas visiones acerca de la indemnización de perjuicios, especialmente los de carácter inmaterial, dada la urgente necesidad que las transformaciones de las relaciones sociales y económicas han generado. El itinerario transcurrido por la evolución de las distintas formas de perjuicio inmaterial ha tenido numerosos aciertos, como ha sido la amplitud de sus definiciones y la posibilidad de reparar daños inclasificables dentro del esquema dual perjuicio material-perjuicio moral. Sin embargo, ha habido también distintos desaciertos que la misma jurisprudencia ha intentado corregir, razón por la cual, sostenemos que legislar acerca de la indemnización de perjuicios inmateriales, si bien de momento, no es la solución, puede ser una buena opción, para así evitar la variación conceptual proveniente de distintas corrientes doctrinales que van llegando a las Altas Cortes y que afectan de alguna u otra manera la seguridad jurídica y la efectiva reparación integral de perjuicios a que tienen derecho las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá, Leyer, 1999.

CÓDIGO CIVIL

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia de 9 de Julio de 1992. Exp. 7078. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia de 29 de Noviembre de 1990. C.P. Antonio José Irrisarri.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia de 13 de Febrero de 1996. Exp. 11213. C.P. Dr. Montes Hernández.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de Septiembre de 2000. Expediente 11766. C.P. Dr. Alier Hernández Henríquez.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 12 de Noviembre de 1992. Exp. 7404. C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 17 de Julio de 1992. Exp. 6750. C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 6 de Julio de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de Septiembre de 1998. Exp. 12009. C.P. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de Septiembre de 1996. C.P. Carlos Betancur Jaramillo;

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de Abril de 1996. C.P. Daniel Suárez Hernández

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de Febrero de 1993. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de Junio de 1993. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 30 de Octubre de 1996. C.P. Antonio José Irrisarri.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de Octubre de 1999. Exp. 12384. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 6 de Mayo de 1993. Exp. 7428. C.P. Julio César Uribe Acosta.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de Junio de 1997. Exp. 12499. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 10977 de 27 de Noviembre de 1998 (C.P. Germán Rodríguez Villamizar)

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 30 de Septiembre de 1994, Exp. 8824, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández;

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 25 de Septiembre de 1997, Exp. 10421, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2 de Marzo de 2000. Exp. 11250. C.P. Ricardo Hoyos Duque

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de Julio de 2000. Exp. 11842. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de Agosto de 2002. Exp. 14357. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 6 de Marzo de 2003. Exp. 13651. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 1 de Marzo de 2006. Exp. 13887. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 5 de Diciembre de 2006. Exp. 15846. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Exp. 15746. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia de 20 de Febrero de 1989. Exp. 4655. C.P. Antonio José Irrisarri.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002. Expediente D-4020. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de Agosto 29 de 1986. M.P. José Alejandro Bonivento.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de Septiembre de 1974. M.P. Germán Giraldo Zuluaga.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de Mayo de 2000. Rad. 16441. M.P. Fernando E. Arboleda Ripio.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 12 de Marzo de 1937. Gaceta Judicial No. 1926.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 23 de Abril de 1941, Gaceta Judicial, No. 1971.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 23 de Abril de 1941. Gaceta Judicial, No. 1971.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 26 de Marzo de 1943. Gaceta Judicial, No. 1996.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de Casación de 29 de Julio de 1944. Gaceta Judicial, Tomo LVII.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 20 de Febrero de 1946. Gaceta Judicial, T. LVII.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 13 de Febrero de 1951. Gaceta Judicial, T. LXVX.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 20 de Septiembre de 1952. Gaceta Judicial, T. LXXII..

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de Mayo de 1999. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de Agosto de 2001. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación de 21 de Julio de 1922. Gaceta Judicial, Tomo XXIX, No. 1515.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación de 22 de Agosto de 1924. Gaceta Judicial, Tomo XXXI.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación de 22 de Agosto de 1924. Gaceta Judicial, Tomo XXXI..

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia., Sala de Negocios Generales. Auto de 16 de Diciembre de 1948. Gaceta Judicial, T. LXV.

COLOMBIA. Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia Exp. 99-0025. M.P: Francy del Pilar Pinilla.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 4 de Agosto de 2005. Exp. 2005-342. M.P. Jorge Enrique Pradilla Ardila.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Exp. 2005-177. M.P. Jorge Enrique Pradilla Ardila.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 15 de Septiembre de 2005. Exp. 1999-813. M.P. Antonio Bohórquez Orduz.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 2 de Febrero de 2006. Exp. 2002-733. M.P: Omar José Amado Ariza.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 26 de Marzo de 2007. M.P. Omar José Amado Ariza.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 16 de Julio de 2005. Exp. 2005-308. M.P. Avelino Calderón Rangel.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 14 de Septiembre de 2006. Exp. 2002-326. M.P. Odalinda López de Gómez.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 30 de Marzo de 2006. M.P. José Mauricio Marín Mora.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 5 de Marzo de 2007. M.P. Omar José Amado Ariza.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 22 de Febrero de 2007. M.P. Jorge Enrique Pradilla Ardila.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia. Sentencia de 10 de Mayo de 2007. M.P. Jorge Enrique Pradilla Ardila.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Penal. Sentencia 2003-251 de 10 de Abril de 2007. M.P. Eduardo Fernández Carlier.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Penal. Sentencia 2006-219 de 11 de Abril de 2007, M.P. Eduardo Fernández Carlier.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Penal. Sentencia 2006-219 de 11 de Abril de 2007, M.P. Eduardo Fernández Carlier.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Penal. Sentencia 2006-201 de 3 de Mayo de 2007, M.P. Eduardo Fernández Carlier.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Penal. Sentencia 2003-234 de 16 de Mayo de 2007, M.P. Eduardo Fernández Carlier.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Penal. Sentencia 2003-230 de 28 de Mayo de 2007 M.P. Eduardo Fernández Carlier.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Penal. Sentencia 2004-377 de 23 de Abril de 2007. M.P. Julián Eduardo Rodríguez Pinzón.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

FISHER, Hans Albert. Los Daños Civiles y su Reparación. Traducción de Wenceslao Roces. Bogotá, Leyer, 2005.

HENAO, Juan Carlos. El Daño: Análisis comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá, Legis, 2004.

LÓPEZ MORALES, Jairo. Perjuicios Morales. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1997.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Aspectos Sustanciales y procesales. 9ª Edición. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1996.

MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. T.1. Traducción de Carlos Valencia Estrada. México, Editorial Colmex, 1945.

MEDELLÍN ALDANA, Carlos y Otros. Lecciones de Derecho Romano. 14ª Edición. Santafé de Bogotá, Temis, 2000.

NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral al daño fisiológico. Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2000.

PAILLET, Michel. La Responsabilidad Administrativa. Traducción y Estudio Introductorio de Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

PALTI. *Il Danno Patrimoniale. Estratto del Digesto*. 4ª. Edición. Turín, 1989.

PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la Novena Edición Francesa y Aumentado con Notas Originales por José Ferrández González. México, Editora Nacional, 1971.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima Tercera Edición [Artículo de Internet]. <http://buscon.rae.es> (Consulta: 12 de Junio de 2007)

ROZO SORDINI, Paolo Emanuele. El Daño Biológico. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. T. 2. Bogotá, Temis, 1986.

ANEXO 1

ENTREVISTA AL DOCTOR JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN, MAGISTRADO DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA

1- ¿Cuál es el criterio y concepto que maneja el tribunal superior de Bucaramanga en cuanto a perjuicios morales se refiere?

RTA: En cuanto a los perjuicios morales, siempre se ha manejado la directiva que trazo la corte suprema de justicia, en cuanto a la sala civil como a la sala penal; desde el punto de vista de que como sabemos los perjuicios morales se dividen en objetivables y perjuicios morales subjetivados. En cuanto a los perjuicios morales objetivables, en la mayoría de los casos no se ha presentado prueba de la existencia de los mismos y entonces desde ese punto de vista no se condena en concreto, hablando desde el punto de vista de la ley 600 en que se profería la condena por indemnización de perjuicios en la sentencia condenatoria; en cuanto a la otra clase de perjuicios morales, los subjetivables o “**Pretium doloris**”, son aquellos que no tienen prueba. Se tiene en cuenta entonces la directiva del código, es decir las modalidades de la conducta punible, la intensidad el dolo, la mayor o menor aproximación a la consumación cuando existe la tentativa, la gravedad del daño y eventualmente la posibilidad del resarcimiento previo por parte del procesado. Teniendo en cuenta esta situación, se fija en salarios mínimos lo que parezca equitativo y justo, mirando las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Ahora en la ley 906 obsérvese eso no se va a tratar en la misma sentencia, sino que se va a tratar al finalizar el incidente de reparación integral de acuerdo

a lo reglamentado por este estatuto procedimental, entonces una vez abierto el incidente se va a fallar teniendo en cuenta las mismas consideraciones en la medida de lo que se pruebe dentro de ese incidente.

2- ¿Cómo y de acuerdo a que criterio se fija el monto o limite de la cuantificación del perjuicio moral subjetivable?

RTA: Ciertamente no existe una tabla de aplicación como en los perjuicios materiales para el lucro cesante o la edad de vida probable; aquí en cuanto a esos perjuicios morales subjetivables , simplemente se va a tener en cuenta el artículo 97, se hará una valoración concreta para cada caso concreto y con la debida argumentación se va a establecer con los criterios que nos da el citado artículo, es decir la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, se ira a determinar para ese caso concreto cual es la cantidad determinada.

3- ¿A qué obedece la trifurcación de la jurisprudencia en materia de perjuicios morales de la justicia Colombiana (diferencia en el campo de la aplicación) se le da un trato distinto en las diferentes jurisdicciones del poder judicial?

RTA: Penalmente se parte de la presunción de inocencia del procesado, desde el punto de vista civil se maneja el tema de actividades peligrosas, luego allí se va a invertir la carga de la prueba y es el procesado que tiene que entrar a demostrar la no responsabilidad, desde ese punto de vista probatorio el enfoque es totalmente diferente. Ahora independientemente de esto dentro de las tres jurisdicciones se va a fallar es de acuerdo a lo probado tanto para perjuicios materiales como morales objetivables, sin embargo en cuanto a los perjuicios morales subjetivables en las tres jurisdicciones se va a tener en cuenta la argumentación pertinente frente a cada caso concreto. De ahí a que

se pueda unificar jurisprudencia, en ocasiones se tienen en cuenta posiciones del consejo de estado, sabiendo que son fuentes diferentes.

4- Cual es el tipo de prueba que se maneja en el campo de los perjuicios morales subjetivables dentro del tribunal?

RTA: En el caso de los perjuicios materiales se nombra perito se hace el traslado, pero esto no se puede hacer en el caso de los perjuicios morales subjetivables, por que son apreciaciones personales del fallador, entonces desde ese punto de vista que hace uno, se tiene en cuenta las pruebas del informativo, cuanto ganaba, cuanto puede valer el sufrimiento del individuo, lo que va a incidir en lo psicológico y teniendo en cuenta eso, asi como la misma gravedad de la conducta punible se tienen en cuenta los limites máximos en los que se va a mover el monto de acuerdo a esta serie de circunstancias.

5- ¿Cómo se maneja el tema de la presunción de existencia de los perjuicios morales subjetivos a la hora de fallar el quantum de la indemnización en una hipótesis de muerte de la victima?

RTA: Se va a tener en cuenta que numero de personas son, cuales son los perjudicados, dependencia, convivencia, si existía una relación de armoniosa, pero hay una prueba general, necesariamente tiene que estar probada la relación de parentesco y segundo de lo que se encuentre probado de cómo era la relación de ellos o si existe una prueba de que por ejemplo el interesado dejo abandonados los hijos y no volvió a saberse de el, obviamente eso va a incidir en la condena, que no va a ser la misma que en el caso del padre familia que esta pendiente de sus hijos, obviamente no puede tener el mismo tratamiento.

6- ¿Hasta qué grado de parentesco se aplica la presunción de existencia del perjuicio moral subjetivo ?

RTA: no podemos decir que únicamente hasta los hijos, dentro de la línea ascendente desde que se demuestre la relación de causalidad; como decir que la muerte de un hermano no causa perjuicio alguno, lo que pasa es que tampoco se puede extender ilimitadamente, es decir no podemos aplicar la *condittio sine qua non*, va a haber una proporcionalidad frente a cada caso concreto.

7- ¿Se han otorgado en el tribunal perjuicios morales a personas jurídicas?

RTA: no, no se ha dado el caso.

8- ¿Sería adecuada una unificación jurisprudencial en cuanto al tema de los perjuicios morales y otras clases de daño extrapatrimonial se refiere?

RTA: sería muy importante por que existiera un derrotero claro, un desarrollo jurisprudencial acerca del valor y del quantum pecuniario para cada una de las jurisdicciones, me parecería básico además de eso que las partes tengan un marco mas o menos concreto de sus expectativas. Es mas eventualmente se acude a jurisprudencia del consejo de estado que es la mas avanzada para explicar estos conceptos y estas formulas matemáticas para la fijación de los perjuicios. Si lográramos determinar un criterio objetivo para el Pretium doloris, pues seria de gran ayuda, pues precisamente ese es el problema, cuantificar algo que en principio no es cuantificable.

9- ¿Qué piensa acerca de la adopción de la figura del daño fisiológico u otras clases de daño extramatrimonial en la jurisdicción penal, sería viable?

RTA: me parecería importante que se tuviera en cuenta el daño fisiológico, ya entrar a diferenciarla del daño biológico y del perjuicio moral subjetivable ya sería un poco complicado, pero en cuento al daño fisiológico, si sería bueno.

ANEXO 2

SENTENCIA 2003-251 DE 10 DE ABRIL DE 2007 DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA (M.P. EDUARDO RODRÍGUEZ CARLIER)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

MAGISTRADO PONENTE

EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

APROBADO ACTA No. 182

Bucaramanga (S), diez (10) de abril de dos mil siete (2007).

Desata este Tribunal Superior el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte civil, contra la sentencia adiada el 7 de julio de 2006, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, a través de la cual se condenó a **EDUARDO CRISTANCHO DUARTE**, a la pena principal de treinta y un (31) meses de prisión y multa de 20 s.m.l.v, a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de sus derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, y privación del derecho de conducir vehículos automotores y motocicletas por un periodo de 39 meses, como coautor responsable del injusto de homicidio culposo en concurso con lesiones personales.

Igualmente, se sancionó al justiciable a pagar a título de perjuicios morales 2 s.m.l.v a Jeffrey Alejandro, Briggie Alexandra y Roger Iván, para cada uno, equivalente cantidad para la madre de la víctima, María Elcida Moreno, y un salario mínimo legal vigente a favor de la cónyuge supérstite.

Paralelamente, se le otorgó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al configurarse los requisitos exigidos por la norma reguladora de tal instituto.

ANTECEDENTES

Fueron relatados por el cognoscente en el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

“El día 4 de noviembre de 2000, siendo aproximadamente las diez de la mañana, se presentó un accidente de tránsito en la vía que de Girón conduce a esta ciudad, en la que se vieron involucrados el vehículo taxi de placas XLB – 592 conducido por EDUARDO CRISTANCHO DUARTE, y la motocicleta de placas RDT –09 la cual era conducida por IVÁN DARÍO TORRES MORENO, causándole heridas graves al último y lesiones menores a su acompañante MARÍA MARLENE ANAYA CAMACHO, situación que a la postre causara la muerte de TORRES MORENO en la Clínica Ardila Lulle”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Fundamentado en lo anterior, la Fiscalía Tercera Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bucaramanga, dispuso apertura de instrucción penal en contra de EDUARDO CRISTANCHO DUARTE, por el punible de homicidio culposo, ordenando su vinculación procesal a través de indagatoria (Fls. 13 y 20).

Allegadas una serie de probanzas, se encontró perfeccionada la investigación, por lo que la Fiscalía Séptima Seccional, Grupo Vida, decretó su cierre el 23 de mayo de 2002, pasando a calificarla el 18 de noviembre de 2002, profiriendo resolución de acusación en contra de EDUARDO CRISTANCHO DUARTE, como autor responsable del punible de homicidio culposo en concurso con la contravención de lesiones personales culposas, en perjuicio de Iván Darío Torres Moreno y María Marlene Anaya Camacho (FI, 162-169)

La providencia mencionada fue recurrida por el defensor convencional del sindicado, apelación tras la cual fue confirmada por el superior la resolución acusatoria (FI, 182). Estando esta en firme el 2 de septiembre de 2003, se remitió su diligenciamiento a los señores Jueces Penales del Circuito, correspondiendo avocar el conocimiento al Juzgado Primero Penal de Bucaramanga, se ordenó correr el traslado de que trata el artículo 400 del C.P.P., y pasar a la celebración de audiencia preparatoria, acto en el cual se oficiaron precisas pruebas y se solicitaron otras por la parte civil, posibilitando de este modo la iniciación del debate público.

En esta diligencia se rindieron declaraciones y alegatos condensados en la sentencia recurrida, la cual data del 7 de julio de 2006, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, tras identificar e individualizar a los procesados, relatar el acontecer delictual, evaluar los diferentes medios de convencimiento, profiere sentencia de tipo condenatorio en contra de EDUARDO CRISTANCHO DUARTE, atribuyéndole responsabilidad penal en el ilícito de homicidio culposo en concurso con lesiones personales en la misma modalidad, imponiéndole en consecuencia las penas reseñadas en precedencia (FI,221).

Impugnación

La recurrente no comparte las decisiones acogidas en la sentencia de primera instancia respecto de la tasación de los perjuicios materiales y morales. En tal sentido, de los primeros, manifiesta que no se estableció por el a quo la labor que desempeñaba la víctima, IVÁN DARÍO TORRES MORENO, tampoco el monto de sus ingresos, existiendo a su modo de ver, innumerables hechos dentro de la foliatura que acreditan que él era una persona productiva para la sociedad.

Cita como pruebas, la declaración vertida por la madre del finado, en la que se afirma que su hijo era conductor de taxi de la empresa Domínguez Taxi, pero que no existió interés alguno de parte del juez en obtener esta certificación.

En esa misma línea, indica que no está de acuerdo con los argumentos tenidos en consideración para desestimar el lucro cesante y el daño emergente, siendo desde su óptica claro que la víctima era el responsable del sustento económico de sus hijos, incluso que existía un proceso de inasistencia alimentaria que él cumplió.

Solicita entonces la recurrente se haga condena en concreto respecto de los perjuicios materiales, apoyando su pretensión en los artículos 135, 307 y 308 del C.P.C., ya que aprecia que IVÁN DARÍO TORRES MORENO, es una persona productiva para su familia y la sociedad, que laboraba como conductor de taxi, percibiendo por ello un salario mínimo legal.

De otro lado, en relación a la liquidación de los perjuicios morales, agrega la censora que la indemnización efectuada no es consecuente con lo dicho por la norma ni con la gravedad del daño generado con la muerte de una persona, dado que la reparación del daño debe entenderse independiente del grado de culpabilidad o atenuación punitiva, para el efecto precisa otra serie de normas a tener en cuenta: Artículos 1494, 1546, 1613 – 1616, 2341 y 2356 del C.C; artículos 85 a 87 del Contencioso administrativo y Ley 446 de 1998.

En ese norte, señala que los perjuicios son de índole compensatoria, en el que el monto exacto del perjuicio buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con el daño causado.

Bajo ese contexto, reclama de este grado sea revocado el numeral tercero de la providencia censurada, dando aplicación a los artículos 137, 307 y 308 del C.P.C, y se condene al procesado a pagar a favor de JEFREY ALEJANDRO, BRIGGIE ALEXANDRA y ROGER IVÁN TORRES GARCÍA, hijos del finado, y a su cónyuge, ADRIANA LUCÍA GARCÍA RUEDA, el máximo fijado en la Ley 100 de 1980 por concepto de perjuicios morales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Se deja sentado por este grado la ausencia de afectación a los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política o de irregularidades substanciales que ameriten declaratoria de nulidad, o atentatorias del debido proceso adelantado en contra EDUARDO CRISTANCHO DUARTE.

Pasa la Sala a ponderar la veracidad de los argumentos traídos por la apoderada de la parte civil, con relación a la liquidación de los perjuicios de tipo material y moral que efectuó el a quo, los que desde su perspectiva debieron tasarse en congruencia con el daño generado por el resultado del injusto.

En ese orden, se tiene del diligenciamiento la ocurrencia de un accidente de tránsito, el día 6 de noviembre de 2000, tras el cual fue condenado por homicidio culposo EDUARDO CRISTANCHO DUARTE, en

circunstancias tras las cuales perdió la vida IVÁN DARÍO TORRES MORENO, un hombre que laboraba como taxista y tenía bajo su custodia a sus tres hijos legítimos, Jeffrey Alejandro Torres García, Briggie Alexandra Torres García y Roger Iván Torres García, personas menores de edad en la fecha de su deceso.

Para el momento de los hechos, de acuerdo al acta N° 1069 de conciliación que reposa en la Defensoría de Familia del Centro Zonal del I.C.B.F. (FI, 212), IVÁN DARÍO TORRES MORENO, había acordado la separación de cuerpos de su cónyuge, Adriana Lucía García Rueda, suspendiendo de este modo la vida en común que llevaban, formalmente desde el 6 de agosto de 1999.

En la anterior diligencia, quedó establecido que la víctima quedaría a cargo de la custodia de sus tres hijos, comprometiéndose su esposa a suministrarle una cuota por alimentos, vestuario, salud y educación de los menores, estimada en \$50.000, de donde puede apreciarse que los gastos de los adolescentes eran asumidos en su totalidad por el padre de los mismos.

Pese a que no existe una certificación laboral que demuestre que TORRES MORENO, era una persona productiva, puesto que al folio 202 se aprecia fue devuelto el oficio enviado por el juzgado de origen en aras a establecer este hecho, no puede entenderse de ninguna forma que no esté probado que se ganare la vida como taxista, ya que si la comisaria dispuso dejar en su custodia a los menores de edad, es porque de los dos padres era él quien tenía mayor solvencia económica y condiciones para encargarse de los hijos.

Y es que, acertadas derivan las manifestaciones sobre este punto provenientes de la representante de la parte civil, puesto es obligación del funcionario judicial al tenor de lo señalado por el artículo 21 de la Ley 600 de 2000, tomar las medidas necesarias para que se indemnicen los perjuicios derivados con la conducta punible, medidas que no se agotaron por el operador judicial en la instrucción, puesto que frente a la inexistencia de certificación laboral debía intentarse su demostración disponiendo de los medios posibles, insistiendo con la empresa que rehusó contestar el oficio. Pero en este caso esa omisión no vulnera el principio de investigación integral, porque la fuente de los ingresos de la víctima se probó a través de los testimonios allegados.

Sumado a lo dicho, se encuentran las declaraciones de la cónyuge del finado, de su progenitora y principalmente de Marlene Anaya Camacho, quien confirmó en su declaración que IVÁN DARÍO TORRES, era de profesión taxista (FI, 63). En esa medida, al no poder establecerse el monto real de su salario, deberá estarse a la presunción legal de salario mínimo que se devenga, por remisión normativa prescribe el código del Menor en el artículo 155 y el Estatuto Laboral, en la regla 148.

Con esos parámetros, será viable la confección de la indemnización a que tienen derecho los hijos de la víctima del delito, a efecto de lograr la reparación del daño causado efectivamente, en consonancia con los artículos 94 y 97 del Código Penal, y 21 y 56 del C.P.P.

No se albergaran los mismos cálculos aritméticos para la cónyuge del finado, quien a la fecha del deceso no convivía con él, en torno a este aspecto ha sido pacífica la jurisprudencia al enseñar que no existe un fuerte vínculo afectivo entre cónyuges separados o que no convivan en el momentos de los hechos indemnizables¹., no está tampoco acreditada probatoriamente en el caso una vida marital que la legitime para reclamar los perjuicios de índole material, el lucro cesante, por lo que no se proveerá sobre la indemnización que le correspondió en el fallo de primera instancia, además de que en esta instancia respecto de ella se ha de respetar la prohibición de la no reformatio in peius al único recurrente.

2.1 Perjuicios materiales.

2.1.1. Daño emergente.

No habrá lugar a condenas a título de daño emergente, en consecuencia este perjuicio será negado ya que no se allegaron al expediente los documentos en los que conste que los gastos que representan este perjuicio indemnizable fueran asumidos por los demandantes, teniendo que reiterarse lo dicho por la cognoscente al estimarlos infundados, bajo la potísima razón de que la apoderada de la parte civil constituida indicó claramente que los gastos funerarios y hospitalarios habrían sido cubiertos por el SOAT (cdno parte civil, Fl, 3).

Incluso de la pretensión de la recurrente respecto de los gastos de desplazamiento al hospital, es evidente de conformidad con el

planímetro, la epicrisis y el acta de levantamiento del cadáver, que los hechos se produjeron a las 10:05 a.m. del 6 de noviembre de 2000, y el deceso ocurrió ese mismo día a las 15:00 horas, circunstancias por las que no es de recibo la suma de \$600.000 que para tal efecto reclama (FI, 2,3 y 7), pues este monto insinuado por la profesional del derecho no está probatoriamente respaldado.

2.1.2. Actualización de la renta.

Hechos: 6 de noviembre de 2000.

Ra: Renta actualizada

Rh: Renta histórica.

i. Índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

La renta actualizada (Ra), equivale a la renta histórica (Rh), multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes del hecho dañino, conforme a las certificaciones del DANE. Así entonces:

$$Rh = \$260.100 \text{ (smlv de 2000)}^2$$

$$IPi = \text{Índice de precios de noviembre de 2000: } 118.24$$

$$IPf = \text{Índice de precios de febrero de 2007: } 170.84^3$$

$$\text{Ra} = \text{Rh} * \frac{\text{IPf}}{\text{IPi}} = \frac{260.100 * 170.84}{118.24} = 375.80$$

Al actualizar la Rh, como ha quedado registrado, se observa que este valor es inferior al salario mínimo legal vigente para la época de la liquidación, por lo cual deberá acogerse este último como Ra., pues es entendido que el Gobierno Nacional ajusta el salario mínimo a los trabajadores año a año conforme al índice de precios al consumidor certificada esa variación por el DANE. Por lo tanto se tomará el salario mínimo legal vigente al mes de marzo del año 2007, equivalente a la suma de \$433.700, para liquidar el lucro cesante consolidado.

2.1.3. Lucro cesante consolidado.

La indemnización a que tienen derecho los hijos menores de edad de IVÁN DARÍO TORRES, por lucro cesante consolidado, comprende el período que va desde el momento del daño hasta aquel en el que profiere el fallo de segunda instancia (artículo 137 del D. 2282 de 1989, que modificó el artículo 307 del C.P.C.), e involucra las sumas de dinero que dejaron de ingresar al patrimonio del perjudicado hasta el momento señalado, para cuyo cálculo se aplican las reglas que posteriormente se enuncian.

Para obtener su monto, deberá aplicarse la fórmula utilizada reiteradamente por la jurisprudencia, atendiendo a la circunstancia presumida por la ley, según la cual la víctima devengaría por lo menos un salario mínimo vital para la época de ocurrencia de los hechos, como conductor de taxi, de quien igualmente se probó la dependencia alimentaria de sus hijos menores de edad. Los factores a considerar son:

LCC = Lucro cesante consolidado.

Ra= Renta que se recibía al momento del daño actualizada, que en este caso es de \$433.700, salario mínimo legal mensual actual, por la razón señalada en el acápite anterior. Se infiere para quienes devengan un salario mínimo legal mensual vigente, que un 25% de salario es para autosostenimiento, por lo que $R_h - 25\%R_h = 324.750$ dividido entre 3 hijos, **108.250**. Por lo que **Ra** = \$324.750.

i= Es la constante 0.004867^4 que corresponde a la tasa mensual del interés legal para formulas compuestas (interés puro del 6% anual dividido entre 100 al que se le agrega la variante del índice de precios al consumidor), derivado de:

$$1/12$$

$(1+i)^{-1}$. Donde **i** es la tasa anual de interés legal (6% ó 0.05).

n= Meses a actualizar desde 6 de noviembre de 2000 hasta el mes anterior al fallo de segunda instancia, que en este caso corresponden a 76 meses.

Para el cálculo se encuentran demostrados los siguientes elementos:

Edad occiso: 33 años

Vida probable: 43.38⁵

Separado de cuerpos.

Custodia, crianza y educación de tres hijos legítimos:

Edades para la fecha del accidente:

Roger Iván, nació 22 agosto/87....13 años; Briggie Alexandra, nació el 15 septiembre/90....10 años; Jeffrey Alejandro, nació el 11 de junio/92.....8 años.

n= Desde el 6 de noviembre de 2000 hasta la mayoría de edad para cada uno.

La indemnización debida por **LCC** a Roger Iván, Briggie Alexandra y Jeffrey Alejandro, se obtiene así:

n

$$LCC = \frac{Ra * (1 + i)^n - 1}{i}$$

Para Roger Iván, que nació el 22 agosto de 1987, sus derechos van hasta el 22 de agosto de 2005, fecha en la que adquiere la mayoría

de edad. En este caso n= 6 noviembre de 2000 a 22 de agosto de 2005. Por tanto n= 4 años y 10 meses = 58 meses.

$$(58)$$
$$LCC = \frac{108.250 * (1+0.004867)^{58} - 1}{0.004867} = 7.234.094$$

El **LCC** para Roger Iván equivale a **\$7.234.094**

Para Briggie Alexandra, que nació el 15 septiembre/90 y Jeffrey Alejandro, que nació el 11 de junio/92, sus derechos al **L.C.C.** se liquidan hasta el fallo de segundo grado y lo que les reste para alcanzar la mayoría de edad se incluye en el **L.C.F.** Por tanto para ellos se liquida en conjunto el **L.C.C.** como sigue:

n= 6 noviembre de 2000 – 6 de marzo de 2007

n= 6 años y 4 meses = 76 meses.

$$(76)$$
$$LCC = \frac{108.250 * (1+0.004867)^{76} - 1}{0.004867} = 9.925.994$$

El lucro cesante vencido o consolidado de Briggie Alexandra y Jeffrey Alejandro, asciende para cada uno a la suma de \$ **9.925.994**.

2.1.3. Lucro cesante futuro.

La indemnización a que tienen derecho Roger Iván, Briggie Alexandra y Jeffrey Alejandro, hijos menores de edad de IVÁN DARÍO TORRES, por lucro cesante futuro, comprende generalmente el pago anticipado por las mesadas alimentarias que hubiesen recibido aquéllos de su padre, habida consideración a la vida probable o supervivencia del fallecido o la edad de los beneficiarios, para los efectos del presente caso, estarán comprendidas entre el momento del fallo de segundo grado hasta el tiempo calculado de duración de la obligación.

La formula tendría los siguientes factores:

LCF = Lucro cesante futuro.

Ra = Es equivalente al monto del lucro cesante consolidado y dividido por el número de meses o puede optarse por el salario mínimo legal actualizado distribuido proporcionalmente entre los ofendidos. No es la renta histórica vigente a la fecha del daño, es la que se proyecta a futuro hasta cuando se deba pagar la renta.

i = 6% de interés puro o lucrativo ó la constante 0.004867.

n = número de meses de supervivencia o vigencia de la renta mensual a que tiene derecho el perjudicado, menos el número de meses del lucro cesante consolidado.

$$\text{L.C.F} = \frac{\text{Ra} * (1 + i)^n - 1}{i}$$

$$i(1+i)^n$$

Roger Iván no tiene derecho al **LCF** porque éste se liquida a partir del 6 de marzo de 2007 y aquél adquirió la mayoría de edad el 22 agosto de 2005. Sus derechos se satisfacen con el LCC hasta el 22 de agosto en mención.

Para Briggie Alexandra. Desde el 6 de marzo de 2007 hasta el 15 septiembre de 2008, fecha ésta en la que adquiere la mayoría de edad, por lo que en este caso **n = 18 meses**.

$$LCF = \frac{108.250 * (1 + 0.004867)^{18} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{18}} = 1.861.258$$

Para Briggie Alexandra, el LCF asciende a la suma de **\$1.861.258**.

Para Jeffrey Alejandro. Desde el 6 de marzo de 2007 hasta el 11 de junio de 2010, fecha ésta en la que adquiere la mayoría de edad, por lo que en este caso **n = 37 meses**.

$$LCF = \frac{108.250 * (1 + 0.004867)^{37} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{37}} = 3.657.210$$

Para Jeffrey Alejandro, el LCF asciende a la suma de **\$3.657.210**.

2.1. Perjuicios morales.

En cuanto a esta clase de daño inmaterial, la jurisprudencia se ha mantenido en presumir del vínculo de consaguinidad y en proporción a su grado de aproximación a la víctima, la afectación o daño causado tras la aflicción que bien puede causar en una persona la muerte de un ser querido⁶, presunción legal en la que evidentemente se fundamentó la liquidación de este rubro por la a quo, sin embargo, las sumas de 2 salarios mínimos para cada uno de los hijos es excesivamente desproporcionada con el tipo de padecimiento generado por la muerte del padre de los menores en el fatal accidente de tránsito.

A esta clase de daño se ha referido ampliamente la Jurisprudencia:

“Y los subjetivos "**pretium doloris**", que lesionan el fuero interno de las personas perviviendo en su intimidad y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja, o la aflicción que sienten las personas con la pérdida, por ejemplo, de un ser querido. Daños que por permanecer en el interior de la persona no son cuantificables económicamente. A ellos se refiere el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal al prescribir "En los casos de perjuicios no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en el Código Penal".⁷

Por lo que en virtud de las edades de los menores para el tiempo del deceso de su progenitor, es presumible el fuerte lazo afectivo entre los mismos, dado que convivían con él, bajo su custodia y amparo, se trataba de personas que necesitan de su modelo paterno, se ve cristalizado el grave daño que les fue producido con el hecho culposo.

Aun cuando el dinero no compensa jamás el sufrimiento de los menores ante la ausencia de su progenitor, es una simple manera de resarcir o retribuir la falta que hará su padre en sus vidas, sus cuidados y sostenimiento, los que se estimaran en 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago (artículo 97 del C.P), para los tres hijos menores afectados, en consideración al grave perjuicio efectivamente causado, en aplicación de la regla señalada en el artículo 97 de la Ley 599 de 2000, es decir, hasta 1000 smlv.

Perjuicio que se debe indemnizar “sólo el daño y nada más que el daño” en palabras del tratadista Juan Carlos Henao, o tal como lo manifestó la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-197/93 “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”, y precisamente la muerte de un padre comporta tal estimación.

La sentencia de primera instancia no será modifica en cuanto a la condena al pago de perjuicios morales para ADRIANA LUCÍA GARCÍA RUEDA, por las razones que se adujeron para negarle el reconocimiento al daño emergente y lucro cesante. No hacía vida marital con la víctima, sus relaciones estaban distanciadas, luego no existe nexo causal directo para incrementar el valor que le fue reconocido por ese concepto en la primera instancia.

3. Comiso sobre el vehículo en depósito.

En relación a la medida de depósito provisional dispuesta por la agencia Fiscal sobre el vehículo de placas XLB - 592, demostrada como se encuentra la propiedad de este rodante en cabeza del procesado según consta en la licencia de Tránsito N° 0055015 (FI, 30), y toda vez que los perjuicios causados no se hallan garantizados ante la ausencia de afectación jurídica alguna sobre este bien mueble, de conformidad con el artículo 100 del Estatuto Punitivo, tendría que decretarse el **comiso** del automóvil mazda de servicio público, color amarillo, modelo 1992, sedan línea 323 NT/0, N° de serie y chasis 323NT3-06499, motor E5B54479, a efecto de que sirviera de respaldo a la cancelación de los montos indemnizatorios calculados, pero esta medida no puede adoptarse porque la disposición en mención establece que no procede el comiso y el vehículo debe entregarse definitivamente a su tenedor o propietario, cuando han transcurrido más de 18 meses desde la comisión del reato (4 de noviembre de 2000) sin que se hubiere afectado el bien con embargo, secuestro o comiso.

En este caso la parte civil solicitó el embargo y fue decretado, pero no se practicó porque no se prestó la caución que dispuso prestar el juzgador.

En consecuencia, dado el supuesto de hecho en mención, relacionado con el transcurso de los 18 meses de que trata el artículo 100 del C.P., se dispone la entrega definitiva del vehículo a su propietario, lo que deberá hacer el el juez que le corresponda la vigilancia del cumplimiento de la pena.

Se modificará en consecuencia el fallo impugnado, en los aspectos indicados, sin adentrarse la colegiatura a revisar aspectos diferentes en acatamiento a la competencia atribuida a esta superioridad por el artículo 204 del ordenamiento procesal penal, según el cual su decisión se extenderá única y exclusivamente a aquellos asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

1. MODIFICAR el numeral tercero de la providencia de origen, fecha y contenido materia de la impugnación, conforme a lo puntualizado en el segmento motivo de este fallo, en lo siguiente:

CONDÉNASE a EDUARDO CRISTANCHO DUARTE, a pagar por concepto de los **perjuicios morales** sufridos, a favor de Jeffrey Alejandro Torres García, Briggie Alexandra Torres García y Roger Iván Torres García la suma de **300** salarios mínimos legales vigentes al momento del pago; así mismo a pagar a título de **lucro cesante consolidado** a Jeffrey Alejandro Torres García la suma de nueve millones novecientos veinticinco mil novecientos noventa y cuatro pesos (**\$9..925.944**), a Briggie Alexandra Torres García, la suma de nueve millones novecientos veinticinco mil novecientos noventa y cuatro pesos (**\$9..925.944**), y a Roger Iván Torres García, la suma de siete millones doscientos treinta y cuatro mil noventa y cuatro pesos (**\$7.234.094**), a título **de lucro cesante**

futuro a favor de Briggie Alexandra Torres García, un millón ochocientos sesenta y un mil doscientos cincuenta y ocho pesos (**\$1.861.258**), y a favor de Jeffrey Alejandro Torres García, tres millones seiscientos cincuenta y siete mil doscientos diez pesos (**\$3.657.210**)

2. Disponer la entrega definitiva a su propietario del vehículo de placas XLB – 592, mazda de servicio público, color amarillo, modelo 1992, sedan línea 323 NT/0, N° de serie y chasis 323NT3-06499, motor E5B54479.

3. Ordénese al Juez de Ejecución de Penas que le corresponda el conocimiento, hacer la entrega definitiva del vehículo y comunicar ello a la Dirección de Tránsito y Transporte de Bucaramanga.

4. Contra esta providencia procede el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS EDGAR ALBARRACIN POSADA

JUAN CARLOS DIETTES LUNA

CAROLINA RUEDA RUEDA

Secretaria Sala Penal

Rad.68001-3187-003-2003-00251-01. Rad. Int.07-100.

En relación a la medida de depósito provisional dispuesta por la agencia Fiscal sobre el vehículo de placas XLB - 592, demostrada como se encuentra la propiedad de este rodante en cabeza del procesado según consta en la licencia de Tránsito N° 0055015 (FI, 30), y toda vez que los perjuicios causados no se hallan garantizados ante la ausencia de afectación jurídica alguna sobre este bien mueble, de conformidad con el artículo 100 del Estatuto Punitivo, tendrá que decretarse el **comiso** del automóvil mazda de servicio público, color amarillo, modelo 1992, sedan línea 323 NT/0, N° de serie y chasis 323NT3-06499, motor E5B54479, a efecto de que sirva de respaldo a la cancelación de los montos indemnizatorios calculados, circunstancia por la cual deberá requerirse por parte del Juez de Ejecución de Penas al inculcado, para que realice la entrega material del vehículo que le fue dejado provisionalmente. Comuníquese ésta medida igualmente a la Dirección de Tránsito y Transporte de Bucaramanga.

De acuerdo a la anterior, se remitirá copia de las piezas pertinentes al Juzgado Civil Municipal de Bucaramanga que tras reparto conociere del diligenciamiento, para que continúe con el trámite correspondiente, es decir, embargo, remate y liquidación del bien.

La consiguiente determinación se acoge en razón de la declaratoria de inexecutable del artículo 58 de la Ley 600 de 2000, mediante

sentencia C-760 del 18 de julio de 2001, con ponencia de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinoza, planteamientos otrora manejados en los diferentes pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, así:

“frente a esta hipótesis, el artículo 58 del Decreto 2700 de 1991, aplicable debido a la declaración de inexecutable del artículo 58 vigente, prevé dos métodos para obtener el pago de los perjuicios. El primero, por constituir la sentencia en firme título ejecutivo los beneficiarios podrán accionar ante los jueces Civiles competentes en procura de su cancelación; en el segundo, el accionar judicial remitirá de oficio al Juez Civil correspondientes copias del fallo y de las demás piezas procesales necesarias para su remate. Previsiones aplicables a los bienes afectados por comiso que deban destinarse a la cancelación de los perjuicios”.¹⁷⁶

Se modificará en consecuencia el fallo impugnado, en los aspectos indicados, sin adentrarse la colegiatura a revisar aspectos diferentes en acatamiento a la competencia atribuida a esta superioridad por el artículo 204 del ordenamiento procesal penal, según el cual su decisión se extenderá única y exclusivamente a aquellos asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.

¹⁷⁶ Auto del 22 de octubre de 2001, M.P: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto del 23 de julio de 2002, M.P: Germán Galán Castellanos. Auto del 28 de enero de 2003, M.P: Carlos Augusto Galvez Argote. Auto del 21 de agosto de 2003, M.P: Germán Galán Castellanos.

ANEXO 3

SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2005 DE LA SALA CIVIL Y DE FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA (EXP. 2005-308 M.P. AVELINO CALDERÓN RANGEL)

RAD: 308-2005
PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: JUAN CARLOS GUEVARA BERMUDEZ Y OTRO
DEMANDADO: EMPRESA DE AUTOMOVILES BUCARICA S.A. Y OTRO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA



SALA CIVIL-FAMILIA

MAGISTRADO PONENTE:
DR. AVELINO CALDERÓN RANGEL

Bucaramanga, junio dieciséis (16) de dos mil cinco (2005).

(Proyecto aprobado y discutido en Sala de Decisión Civil de la fecha)

Se procede a resolver el recurso de apelación propuesto únicamente por el señor apoderado de la parte actora contra la sentencia de primera instancia dictada el 30 de Noviembre de 2004 por la señora Juez Tercera Civil del Circuito de la ciudad para dírimir de fondo el proceso ordinario sobre responsabilidad civil extracontractual promovido por Juan Carlos Guevara Bermúdez y Rosalba Cote Forero, tanto en sus propios nombres como en representación de sus menores hijos Yenifer María Alexandra y Juan Carlos Guevara Cote, contra la Empresa de Automóviles Bucarica S.A. y Eva Fuentes de Suárez. Para el indicado efecto...

Se Considera:

1. Con ocasión a un lamentable yerro de conducción de un vehículo, en el Juzgado de origen se declaró el 30 de Noviembre de 2004 que la dueña del automotor de servicio público tipo taxi urbano con el cual se causó el accidente: de nombre Eva Fuentes de Suárez y la entidad afiliadora del mismo, la "Empresa de Automóviles Bucarica S.A.", fueron y son solidariamente responsables por los perjuicios que en tal conducción anómala de ese rodante se le ocasionaron a la señora Cote Forero el 30 de Mayo de 1998. Fue así como se dosificó una indemnización de 10 millones a favor de esa víctima por perjuicios morales, declarando imprósperas las demás pretensiones tanto de la señora Cote Forero como de Juan Carlos Guevara Cote, así como la de los niños Yenifer María Alexandra y Juan Carlos Guevara Cote, a más de reducir la condena en las costas de la causa para la demandada, a un 50% de las causadas que se liquiden en firme.
2. El apoderado de la parte demandante interpuso en forma y términos recurso de apelación con varias finalidades específicas. Sustentada oportunamente la impugnación, el tema se puede resumir o circunscribir así:
 - 2.1. Que se adicione la declaración de responsabilidad civil del litisconsorcio demandado, a fin de que abarque el daño causado a los menores Yenifer María Alexandra y Juan Carlos Guevara Cote en el aspecto de los perjuicios morales, como quiera que el fundamento que tuvo el Juzgado para negar esta pretensión, no se compadece con la verdad tanto de la real ocurrencia de ese daño como por todo cuanto predica y apostilla sobre el punto un conocido doctrinante en la materia de que aquí se trata, pues el *"perjuicio moral a los menores hijos de ROSALBA COTE FORERO, sí se causó; además de que éste, por ser parientes, goza de la presunción de su existencia por ese mero hecho y si bien admite prueba en contrario, esta brilla por su ausencia"*.
 - 2.2. Que se condene a la parte demandada a cubrirle a Rosalba Cote Forero los perjuicios materiales por ésta sufridos, en sus

modalidades de lucro cesante, daño emergente y perjuicio fisiológico. Para este menester el censor propone que se pase por encima de la ausencia de prueba para "entender" que la señora Cote Forero devengaba un salario mínimo mensual, pudiéndose entonces calcular los montos indemnizatorios con datos como "la fecha del accidente, la edad de la lesionada, las tablas de supervivencia, el salario mínimo legal mensual, así como la pérdida de la capacidad laboral de la misma lesionada, dictaminada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander", a tiempo que reclama el reconocimiento de los perjuicios fisiológicos teniendo en cuenta las valoraciones médicas que en autos aparecen, por haber quedado la señora Cote Forero con secuelas que le impiden gozar de su existencia en la forma en que lo hacía con precedencia al hecho nefasto de autos.

2.3. Que se revoque la condena parcial en costas a favor de su asistida; y, en su lugar, se determine que los demandados deben cubrir el 100% del rubro en mención.

3. Resultando apodíctico que la parte demandada al dejar ejecutoriar la sentencia de primera vara, ha aceptado la responsabilidad que la oficina de origen le dosificó, deviene en ser claro para la Sala que el análisis sobre la existencia del hecho dañoso, la participación el mismo del dúo demandado, su culpa y la relación de causalidad, se convierten en elementos indiscutidos e indiscutibles al instante de definir en segunda instancia este pleito.

4. En el orden de ideas que se trae, la divergencia ni siquiera radica cuanto al daño en sí, sino, respecto a su extensión.

5. Al ítem TERCERO del petitum aparece que la demandante Rosalba Cote Forero rogó perjuicios por daño fisiológico en cuantía de 150 millones de pesos, cantidad que al recurrir verticalmente se ha aminorado a un total de 20 millones de pesos.

Para despachar esta pretensión, que no le mereció el menor comentario al a-quo, debe de estar probado en un caso como el presente que la víctima sufrió lesiones en su humanidad que no le van a permitir en el futuro posterior a los hechos, gozar de su existencia intelectual y material, y, de los deleites de un cuerpo sano, pudiéndose entonces indemnizarle para compensarle por la pérdida de su goce de vivir. Bajo esa simple óptica, milita en el evento sub-exámíne la prueba del daño corpóreo en alusión?

6. En el ítem "TERCERO" del acápite de pruebas de la demanda introductoria, el apoderado de la señora Cote Forero le pidió a la Justicia remitir a esta damnificada con destino a un reconocimiento de sus lesiones por parte del Instituto de Medicina Legal, amén de que se recopilara copia de su historia clínica. Sólo el segundo de los pedimentos en cuestión fue atendido por auto del 7 de Noviembre de 2001; pues el punto N° 8 de las pruebas pedidas por la demandante dispuso que se la remitiera a "Medicina Laboral" de la ciudad *"para que de acuerdo con las lesiones sufridas y sus secuelas definitivas, se determine el perjuicio fisiológico ocasionado a esta, así como la pérdida o disminución de su capacidad laboral, lo anterior con el fin de poder determinar los perjuicios materiales y morales ocasionados con el accidente a la parte demandante"*. A pesar de la disparidad anotada, el 6 de Mayo de 2002 se ofició a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Departamento en el indicado sentido, sin que durante el período probatorio se hubiera logrado tal experticia.
7. Antes de la sentencia de primer grado; es decir, en Abril de 2003, arribó al Juzgado la pericia de que se viene hablando. La médico ponente informó que Rosalba Cote Forero quedó con una minusvalía, deficiencia y discapacidad del 17.03% por *"LUMBALGIA Y LIMITACION EN LA MOVILIDAD DEL TOBILLO DERECHO (cap. 1 Numeral 1.2.3.3.; tabla: 1.16; Cap. 1 Numeral 1.4.3, tablas. 1.59; 1.61)"* con dolor al "estrés del movimiento", lo que lleva a la Sala a sostener que sí existe probanza digna de tenerse en cuenta, que reporta un daño corporal significativo capaz de producir perjuicio moral subjetivo y fisiológico. Esto último,

por cuanto la señora Cote Forero perdió definitivamente su movilidad normal en el "tobillo derecho", lo cual le ocasiona indudable pérdida del goce que antaño tenía para sobrellevar felizmente su existencia, que es en lo que consiste el perjuicio fisiológico.

8. De conformidad al Art. 237 ordinal 5 segunda parte, del C. de P. C., la prueba a la que in-fine se viene remitiendo el Tribunal, es idónea y legal para los alcances demostrativos que se vienen inquiriendo, como quiera que proviene de profesional en medicina que apreció el daño y las deformidades a que en definitiva quedó sometida la demandante, por lo que era y es viable que la pretensión dirigida a que la Justicia le reconozca una indemnización por su indesconocible "perjuicio fisiológico", resulta próspera y debe ser reconocida en primera instancia.

Como lo avizorado no ocurrió ante el a-quo, el ad-quem debe completar en ello, el fallo de primer grado, aplicando el arbitrum júdicis para determinar en 20 millones de pesos el monto de esta pretensión, de conformidad con el afoso pensamiento de la Sala dirigido a precisar que esta "aflicción" puede consistir en un doblete de los perjuicios morales objetivables, ya que toca a las fibras más íntimas de una existencia: su goce de vivir, de modo permanente y persistente. En el indicado sentido se ampliará la condena del fallo de la primera instancia, oyendo en lo pedido a la parte actora.

9. Tocante al tema del lucro cesante consolidado y futuro, y, dado que en el expediente no milita la más mínima prueba atendible que dé certeza de que doña Rosalba Cote Forero en verdad laboraba con alguna entrada económica para sí y los suyos en el instante o época de los hechos, habrá la Sala de confirmar la denegatoria que sobre éstos aspectos dispuso el a-quo. Es que ni siquiera aparece testimonio alguno (ni aún de su presunto compañero permanente) en el sentido de que por lo menos realizaba esta damnificada, in illo témpore, labores de tipo doméstico, las que por supuesto sí serían valuables y pudieran haber

servido para los cálculos a los cuales se refiere el apelante en obvias ansias de protección del interés de su poderdante.

En lo referente al daño emergente la única prueba documental (no tachada) que parece aludir al tema y que no corresponde a los gastos del SOAT (con lo que fue atendida clínicamente la víctima), es la que se otea al folio 44 del cuaderno principal, sobre la cual no se ve que corresponda a alguna "dotación" que en su favor se haya hecho por el hospital en que la víctima fue atendida, por lo cual será reconocible en el rubro en cuestión, la cantidad de \$28.000.00 pesos m/cte.

10. También se apeló frente a la negativa del Juzgado para reconocer y declarar perjuicios morales en cabeza de los dos menores hijos de la lesionada. La Sala encuentra que la argumentación del Juzgado sobre el punto carece de entidad práctica, en la medida en que los estudios de psicología vienen enseñando que los traumas de la niñez -como lo predica el censor amparado en la docta opinión de respetable tratadista nacional sobre la materia- no pueden circunscribirse ni siquiera al ámbito post fetal, pues por sabido se tiene que aún en el claustro materno esa parte del ser de la mujer -que conforma una nueva existencia desde el instante de la concepción- sufre y goza a la par de la vida y los sobresaltos de su madre y/o padre, sin que pueda descartarse que después de su nacimiento, los acontecimientos de felicidad o de desgracia de la persona más cercana y cara a los sentimientos de menores como los de aquí, no los afecten.

Así las cosas y acudiendo también en el tema al arbitrum júdicis, la Sala dosifica en 2 ½ millones de pesos para cada uno de los dos infantes demandantes, el pretium doloris que la Justicia les dictamina por el perfil en análisis, teniendo que revocar sobre el punto en consecuencia la sentencia de primer grado, la que sin apego a "realidades de vida", les denegó tal pretensión.

11. In fine, la Sala relleva la gran contradicción en que incurre el apelante al reconocer en el literal A del capítulo que moteja como de "Razones

de la inconformidad parcial con la sentencia” que el Juzgado estuvo atinado al sentenciar denegatoriamente sobre la responsabilidad civil extracontractual (o no declarada) cuanto su poderdante Juan Carlos Guevara Cote “ya que en verdad, los testigos citados para que declarasen sobre tal relación, no comparecieron a hacerlo a pesar de haberseles informado” (refiriéndose al nexo de este varón con la directa víctima del insuceso), frente a la parte final del literal d) del mismo capítulo, en donde el profesional dice que “no solo se encuentre demandando ROSALBA COTE FOREIRO como perjudicada directa con el hecho que motivó el proceso, sino también JUAN CARLOS GUEVARA BERMUDEZ en calidad de compañero permanente de ésta y sus hijos comunes YENYFER MARJA ALEXANDRA y JUAN CARLOS. Por lo tanto, al tratarse de un litisconsorcio facultativo, todos están legitimados en causa por activa...”, pues que una cosa es que pudiera darse un litisconsorcio facultativo para iniciar y proseguir un proceso como el presente por quienes lo emprendieron, siendo algo muy distinto que la prueba y el derecho alcancen o no para favorecerlos a todos. En consecuencia no puede la Sala atender por este flanco cuasimecánico, las aspiraciones de don Juan Carlos Guevara Bermúdez, por quien tampoco se apeló -stricto sensu- al presentarse el escrito que obra al folio 146 del cuaderno principal.

12. Cuanto a la condena en costas, es bien cierto que la parte demandada sale gananciosa en la segunda instancia, pero no en la “forma plena” en que lo rogó en el libelo introductorio. Buena parte de las enormes aspiraciones de la demandante no salieron avantes; y, tal precisión es fuente para la graduación de la condena en costas, mostrándose la Sala por tanto de acuerdo con el criterio dosificador del a-quo, a quien de paso se le crítica por no haber condenado al ciudadano Juan Carlos Guevara Bermúdez, quien resulta perdedor de la lid frente al litisconsorcio demandado. Con todo, sólo el imperio de la no reformatio in pejus, impide que la Sala entre a tocar este punto omitido en la sentencia de primera vara, respecto de lo cual la parte interesada (la demandada!), no recurrió, como tampoco puede modular una condena por menor cantidad de lo reconocido del 50% que a todas luces fue

exagerado comparativamente hablando de cara a la gigante pretensión económica ab-initio deprecada y lo finalmente conseguido.

Debe bastar todo lo expuesto para que la Sala Civil-Familia del H. Tribunal Superior de Bucaramanga, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVA:

PRIMERO: CONFIRMAR el ítem **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia que aquí por vía de apelación se revisa, en el sentido de que la declaración allí contenida, se extiende y entiende como también relacionada con los demandantes Yenifer María Alexandra y Juan Carlos Guevara Cote, en calidad estos dos, de víctimas directas morales del episodio dañino aquí instruido.

SEGUNDO: CONFIRMAR el punto resolutive **TERCERO** del pronunciamiento cuya apelación se desata, para **CONDENAR** también solidariamente a la parte demandada: las personas natural Eva Fuentes de Suárez y jurídica "Empresa de Automóviles Bucarica S.A.", a pagar igualmente (es decir, además de la condena ya ejecutoriada en pro de Rosalba Cote Forero), a favor de Yenifer María Alexandra y Juan Carlos Guevara Cote, a cada uno, la cantidad de 2 ½ millones de pesos (2'500.000.00) por concepto de perjuicios morales sufridos por estos demandantes con ocasión a la tragedia en que se vio envuelta su progenitora el 30 de mayo de 1998 y de la cual da cuenta detallada este expediente, a más de la suma de veintiocho mil pesos m/cte (\$28.000.00) para la señora Cote Forero por daño emergente.

TERCERO: En lo dispuesto en el punto resolutive anterior y en lo que aquí se dispone, modificar el ítem resolutive **CUARTO** de la sentencia de primera instancia, para dar paso positivo a una condena solidaria contra los demandados "Empresa de Automóviles Bucarica S.A." y Eva Fuentes de Suárez, en favor de Rosalba Cote Forero, por la cantidad de **VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20'000.000.00)** por rubro de indemnización a que ésta

última tiene derecho por concepto de los perjuicios fisiológicos que sufrió esta demandante con ocasión a la producción del eventus damni de que da cuenta toda la presente foliatura.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado cuanto al punto **QUINTO** de su parte resolutive, aclarándose que en todo lo demás el fallo del a-quo ya se encuentra debidamente ejecutoriado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE

AVELINO CALDERÓN RANGEL

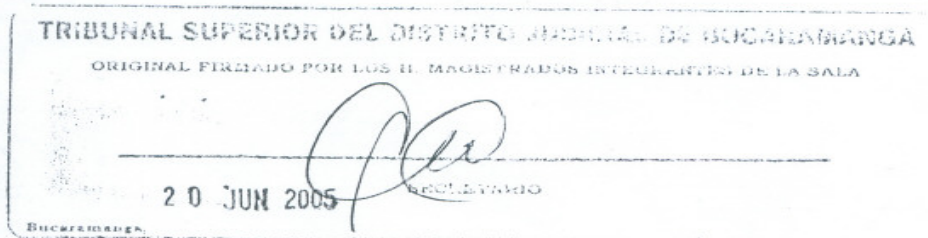
Magistrado Ponente

MARIANELL GONZÁLEZ CASTILLO

Magistrada

MARIA ODALINDA LOPEZ DE GOMEZ

Magistrada



ANEXO 4

ENTREVISTA AL DOCTOR AVELINO CALDERÓN RANGEL, MAGISTRADO DE LA SALA CIVIL Y DE FAMILIA, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA.

1. ¿Para usted, qué son los perjuicios inmateriales?

Los perjuicios inmateriales, son aquellos que no podemos apreciar desde el punto de vista físico. Comprenden el dolor y la imposibilidad de llevar una vida normal, como la llevan los demás seres, es decir, cuando las secuelas impiden la realización de una vida feliz. La persona se va a ver disminuida objetivamente y esto va a tener que ser objeto de indemnización.

2. ¿Cuáles son, entonces, las subdivisiones o clasificaciones de los perjuicios inmateriales?

La división no es muy clara: los perjuicios morales propiamente como tales, desde el punto de vista del dolor que sufre la persona por el hecho en sí, acontecimiento dañoso que le causa ese trauma, con afectación psicológica, como tal, y en segundo lugar, la vida de relación que se va a ver disminuida, es decir, el perjuicio fisiológico, que hemos reconocido en el Tribunal en algunas ocasiones, digamos, que de manera arbitraria, pero en los jueces en algún punto tienen que ser arbitrarios, por eso se habla del *arbitrium iudicis*.

Nosotros hemos llegado incluso a reconocer el doble del valor estimado de los perjuicios morales para permitirle a las víctimas que tengan una satisfacción material que recupere un poco (que nunca será recuperable) ese perjuicio de no poder vivir plenamente el resto de su vida.

3. ¿Cuál es el fundamento de esa diferenciación existente entre perjuicios morales y perjuicio fisiológico?

Bueno, nosotros hemos tomado como fuente para hacer esta distinción y para dar las indemnizaciones de caso, en primer lugar, las demandas. No nos olvidemos que la mayoría de los fallos nuestros depende de las demandas, depende de lo que se pida, depende de la imaginación del abogado, depende de los planteamientos del petitum; y en segundo lugar, de los planteamientos del Consejo de Estado principalmente en esta materia y de algunos autores franceses.

4. ¿Cuál es la diferencia entre la tasación de los perjuicios morales (principalmente los subjetivos) y la tasación del daño fisiológico?

Ambos se manejan bajo el *arbitrium iudicis*, es decir, que, digamos, el juez es el que hace de perito. Nosotros hemos seguido de cerca las indicaciones de la Corte de manejar alrededor quince millones de pesos (\$15.000.000.00) por perjuicio moral y como tarifa propia hemos manejado el doble por concepto de perjuicio fisiológico. Eso depende de la imaginación. Hasta el momento no hemos sido criticados, y no hemos encontrado razones para cambiar de método.

5. ¿Es posible hablar hacia futuro de la unificación de los regímenes de tasación de perjuicios inmateriales (o extrapatrimoniales, como

también son conocidos) en materia de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción administrativa?

Sí, claro, es que la indemnización es una sola y no puede ser fuente de enriquecimiento. Simplemente, lo que se busca es mitigar, de alguna manera, el perjuicio sufrido. Al fin y al cabo de eso se trata en la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se maneja en estos asuntos.

La unificación ya está dada, porque nosotros seguimos de cerca de ese alto Tribunal (refiriéndose al Consejo de Estado). En la Corte (Suprema de Justicia) no hemos tenido, que yo recuerde, reparación de daño por perjuicios fisiológicos, tal vez porque nuestros negocios no hayan subido allá, o tal vez, porque nuestros abogados han encontrado suficiente la tasación hecha. Es decir, la diferencia ya está dada y eso ya está aplicando.

Nosotros entendemos por ejemplo, en el caso de un ingeniero, que sufrió unas heridas, pues, que al lado del sufrimiento por las heridas, la recuperación y los tres o cuatro meses que tuvo para volver al estado anterior, encontramos que al hombre, al encontrarle las manos con secuelas, no podía manejar los instrumentos de trabajo y otras cosas y le impedía gozar una vida posterior, motivo que causó que se le indemnizara por perjuicio fisiológico.

6. ¿Podría señalarnos la diferencia entre los conceptos de perjuicio fisiológico, y es posible la adopción de otro concepto (como por ejemplo, el de daño biológico, manejado por la doctrina italiana, o el de perjuicio del placer de la doctrina francesa)?

Nosotros partimos de que existe un perjuicio fisiológico indiscutible en algunos casos, en aquellos en los que una persona no puede seguir gozando de la

misma manera como venía gozando su existencia. Al lado de ese perjuicio, encontramos el perjuicio moral. No entramos a aplicar mayores figuras, porque el desarrollo de la jurisprudencia no permite llegar allá y los mismos abogados no han pedido esas cosas. No podemos fallar más allá de lo pedido, esa es la verdad.

ANEXO 5.
SENTENCIA NÚMERO 99-0025 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
SANTANDER (M.P. FRANCY DEL PILAR PINILLA)¹⁷⁷

*Evolución Jurisprudencial del Tercer
Responsabilidad*

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Bucaramanga,

Mag. Ponente : **FRANCY DEL PILAR
PINILLA P .**

Ref : Exp. No.99- 0025 Acción
Reparación Directa de NORMAN
DARIO PRADA Y OTROS contra LA
NACION-MINISTERIO DE DEFENSA -
EJÉRCITO NACIONAL.

Por intermedio de apoderado
legalmente constituido, y en
ejercicio de la acción de Reparación
Directa, concurren ante esta
CORPORACION, NORMAN DARIO PRADA
PRADA, ELVIS ROMAN PRADA PRADA,
EDISON ALONSO PRADA PRADA, LIDIO
GONZALO PRADA PRADA, GONZALO PRADA
SERRANO, ARGEMIRA PRADA DE PRADA,
actuando en nombre propio, para que
previos los trámites del proceso
ordinario que establece el art. 86
del C.C.A., se hagan las siguientes
declaraciones y condenas:

¹⁷⁷ Debido a problemas de archivo de la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander, la Parte Resolutiva de la Sentencia se encuentra incompleta, aspecto que no acontece respecto de la Parte Motiva (*Nota de los autores*).

Primera.- Que la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL es responsable de La totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de las lesiones causadas al joven NORMAN DARIO PRADA PRADA en hechos ocurridos el 17 de marzo de 1998 en el sitio Alto de los Padres kilómetro 13 vía Cúcuta.

Segunda.- Que la Nación representada por el Ministro de Defensa (Ejército Nacional) deberá reconocer y pagar a título de indemnización por perjuicios morales, los siguientes valores:

2.1 PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

- A) a NORMAN DARIO PRADA PRADA el equivalente en dinero efectivo a mil gramos oro puro en su condición de lesionado.
- B) A GONZALO PRADA SERRANO Y ARGEMIRA PRADA DE PRADA el equivalente en dinero efectivo a mil gramos oro puro en su condición de padres de la víctima.

C) A LIRIO GONZALO PRADA, ELVIS ROMAN PRADA PRADA, EDISON ALONSO PRADA PRADA Y ROSA LUCIA PRADA PRADA, el equivalente en dinero efectivo a quinientos gramos oro puro en su condición de hermanos de la víctima.

2.2 PERJUICIOS PATRIMONIALES

A) Que la

la NACIÓN COLOMBIANA deberá reconocer y pagar a título de indemnización por perjuicios materiales (lucro cesante) al señor NORMAN DARIO PRADA PRADA en su condición de lesionado una suma igual o superior a los \$ 40.000.000 que corresponde a lo que ha dejado y dejará de devengar por el resto de su vida como resultado de las graves secuelas que le quedaron y que le impiden obtener ingresos para sufragar su subsistencia.

B) Que la NACIÓN COLOMBIANA representada por el MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL (Ejército Nacional) deberá reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios FISIOLÓGICOS al señor NORMAN DARIO PRADA PRADA el equivalente en dinero a dos mil

gramos de oro fino.

C) Ordenar que LA NACION COLOMBIANA dé cumplimiento estricto a la sentencia tal como lo ordena el artículo 174 en concordancia con el art. 177 y demás normas concordantes del C.C.A.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Los supuestos fácticos formulados pueden sintetizarse así:

Los señores GONZALO PRADA SERRANO Y ARGEMIRA PRADA DE PRADA contrajeron matrimonio por los ritos de la Iglesia católica, de cuya unión nació entre otros, NORMAN DARIO PRADA PRADA.

El día 17 de marzo de 1998 a las tres de la mañana se encontraba NORMAN DARIO PRADA PRADA desplazándose a su lugar de trabajo en un taxi de placa URC de Pamplona afiliado a la empresa Coopmotilones cuando a la altura del kilómetro 13 de la vía que de Bucaramanga conduce a Cúcuta, se encontraban unos miembros de las fuerzas militares pertenecientes al grupo Gaula de la

Quinta Brigada, realizando operativo militar cuando sin causa alguna, con sus armas de dotación oficial abrieron en forma indiscriminada fuego contra el automotor en el que se desplazaba Norman Darío, ocasionando graves lesiones a la integridad personal de este.

Ante la gravedad del suceso los militares recogieron y trasladaron al señor NORMAN DARIO PRADA AL Hospital Militar Regional de Bucaramanga, donde se le suministraron los primeros auxilios y tratamientos médicos siendo trasladado posteriormente al instituto de seguros Sociales.

Conforme a lo anterior es innegable la responsabilidad del Estado, traducida en que los miembros de la Institución abrieron fuego indiscriminado contra miembros civiles que se desplazaban en forma pacífica, así mismo, las armas con las que se causaron los daños eran de uso privativo de las fuerzas militares, elemento generador de responsabilidad por cuanto el manejo de las mismas constituye una actividad peligrosa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoca la demanda como sustento jurídico de sus peticiones, los artículos 1,2,6,11,13,83,88,90,216,221,223 de la Constitución Nacional, en cuanto al Estado se le imputa un daño antijurídico por acción de las autoridades publicas por lo que debe responder patrimonialmente al tenor de lo dispuesto en el articulo 90 ibídem.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro del término de ley, la Nación-Ministerio de Defensa,- EJERCITO NACIONAL- luego de hacer referencia al informe que sobre los hechos rindió el grupo Gaula de la Quinta Brigada, expone que, como resultado de una operación antisequestro se produjo la defunción del sujeto identificado como HYORGINI FRANCESCO CARRASCAL DURAN a quien le fue incautado un fusil y los civiles ajenos a la confrontación heridos en su

ejecución se identificaron como NORMAN DARIO PRADA PRADA, PAULA ANDREA DUQUE PRADA Y CARLOS ALBERTO PEREZ.

Aduce que, a través del principio de responsabilidad contenido en el art. 90 de la C.P. se maneja la responsabilidad estatal bajo las nociones de imputabilidad y daño antijurídico, elementos que reafirman la noción jurisprudencial de falla en el servicio e imponen acreditar la conducta irregular de la administración generadora del daño, salvo en los eventos en que se presume. La responsabilidad patrimonial impone la obligación de reparar los daños antijurídicos que sufran los administrados y que sean imputables a la acción u omisión de las autoridades publicas, pero cuando el daño no es imputable a la actividad del Estado, su reparación solo puede provenir del legislador con fundamento en el principio de solidaridad característico del Estado Social de Derecho (art 1 y 95-2 de la C.P), principio que permite al legislador indemnizar los daños provenientes de los riesgos de la vida social, comprendiendo aquellos que no le sean imputables

en los términos del artículo 90, entendiéndose que los daños derivados del terrorismo y los efectos de la guerra no le son imputables.

Refiere el desarrollo normativo que existe en Colombia al respecto, evidenciándose con ello que no hay sustracción de parte del legislador, ni del gobierno frente a su deber de prestar asistencia y protección humanitaria a las víctimas de la guerra y el principio de solidaridad social goza de desarrollo legislativo amparando y asegurando a los beneficiarios del sistema.

Las tesis jurídicas que imponen el deber de reparar, sustentado en el riesgo social y en el principio de solidaridad armonizan con el contenido normativo de nuestra carta fundamental y el desarrollo legislativo previsto en la normatividad reseñada, siendo el título de imputación la ley.

El juicioso comentario de la señora apoderada de la Nación está encaminado a desvirtuar la figura del riesgo excepcional u otra tesis de responsabilidad aplicable al caso concreto, con el fin de que sea

exonerada de toda responsabilidad la administración.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Agotada la etapa probatoria, se corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que emitiera su concepto de fondo.

Al hacer uso de este derecho la parte actora luego de analizar los elementos de convicción que obran en el expediente, concluye solicitando se condene a la Nación con fundamento en la responsabilidad presunta derivada de la realización de una actividad peligrosa como es el manejo de las armas, toda vez que los hechos se dieron cuando militares en servicio activo, en desarrollo de un operativo, dispararon sus armas de dotación oficial lesionando a personas que nada tenían que ver con el objetivo de este, entre quienes se encontraba NORMAN DARIO PRADA.

Considera que en el caso de estudio se dan los elementos de este régimen de responsabilidad objetiva: HECHO

DAÑOSO: las lesiones producidas a NORMAN DARIO ocurrieron como consecuencia de los disparos hechos por los militares con arma de dotación oficial; DAÑO: Las lesiones le han causado a los demandantes un daño cierto, particular y anormal; NEXO DE CAUSALIDAD: Los daños desde el punto de vista material y moral que se causaron a los demandantes por las lesiones de NORMAN DARIO PRADA están vinculados en forma inseparable con la actividad peligrosa desplegada por el ejercito nacional.

Observa además que también existió falta o falla en el servicio toda vez que el actuar del ejército no se sujetó a normas constitucionales, legales y reglamentarias para el cumplimiento de su deber. Destaca aparte del artículo 209 y 2° de la Constitución Política y la orden que se había dispuesto para el operativo donde se lee:

“En caso de que algún vehículo ingrese a la zona, una vez hecho el procedimiento, deberá mantener estrictas medidas de seguridad (sic) no se detienen o se dejan seguir (sic), no se le puede disparar por ningún motivo”.

Con fundamento en lo anterior concluye que el servicio funcionó mal pues los militares en cumplimiento del operativo se equivocaron en la utilización de los medios propios para estos casos, procediendo a disparar indiscriminadamente contra miembros civiles que se movilizaban de forma pacífica y sin causar perturbación o riesgo alguno contra los miembros del ejército o la ciudadanía. Agrega que los demás elementos están reunidos para que se configure una responsabilidad estatal a la luz del Art. 90 de la C.P

Por su parte, la apoderada de la entidad demandada, considera que la materialidad del hecho y su imputabilidad a la persona pública demandada, se encuentra acreditada en el contenido de los informes allegados al proceso, documentos públicos que dan cuenta de la operación antiextorsión efectuada por el grupo Gaula de la Quinta Brigada mediante un dispositivo en el sector conocido como el Alto de los Padres, lugar escogido por miembros del ELN para llevar a cabo la entrega del producto de una

extorsión perpetrada por la citada agrupación contra un comerciante de la ciudad de Bucaramanga, operación cuya ejecución arrojó las lesiones sufridas por NORMAN DARÍO PRADA, quienes ajenos a la actividad criminal de los insurgentes, fueron alcanzados por los proyectiles disparados en el marco del enfrentamiento.

Solicita que en cuanto a la reparación del daño, se nieguen las súplicas encaminadas al reconocimiento de perjuicio fisiológico atendiendo el porcentaje de disminución de capacidad laboral que permite calificar la afección como leve sin que se haya demostrado desde el punto de vista clínico o médico que la misma lo inhabilita para efectuar o realizar actividades que le producen placer, lo cual no es presumible y tampoco demostrable por el dicho de terceros.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La señora Procuradora Delegada observa que en la presente acción se ha aceptado por el Ministerio de Defensa la ocurrencia de los hechos y la participación de personal de

esa institución. Aunque considera que las lesiones no fueron causadas en forma injustificada sino en desarrollo de un operativo tendiente a la captura de quienes participaban en la extorsión de unos comerciantes por lo que no es ajustado a la verdad afirmar que se abrió fuego en forma indiscriminada.

Estima la agencia del Ministerio publico que el daño es imputable al Estado así sea involuntario y no deseado, por lo que no puede darse aplicación a la teoría de la solidaridad por el riesgo social. Se ha confirmado en el proceso que en el operativo en el cual resultó lesionado el accionante participaron en ejercicio de las funciones propias servidores de la institución; existe prueba de que el vehículo en el cuál se transportaba el accionante pasaba por el lugar de los hechos sin que estuviera involucrado en la actividad delictual por lo que no existe culpa de la víctima; Igualmente se prueba la relación de causalidad entre el hecho generador del daño y los perjuicios causados al accionante.

Así las cosas, debe aceptarse la

responsabilidad por daño especial, o sin falta o de igualdad frente a las cargas públicas; es un tipo de responsabilidad objetiva en la cual sólo es suficiente probar la existencia del daño y la relación de causalidad que este guarda con el hecho antijurídico.

Ya en el campo del perjuicio reclamado, conceptúa que debe reconocerse en cuantía muy inferior a la reclamada, toda vez que no se expresa en la demanda la forma de su afectación, por lo que ésta debe concretarse a la afectación que toda deformidad genera en la persona dada la imposibilidad de realizar todas las actividades.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Concluido el trámite procesal inherente a esta instancia y como no se aprecia vicio alguno que pueda invalidar lo actuado, es del caso proferir el fallo que en derecho corresponde en el asunto sometido a consideración.

LA RESPONSABILIDAD DEL ENTE DEMANDADO

El Art. 90 de la Constitución Política de Colombia establece la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que cause a los particulares, con motivo de la acción u omisión de los funcionarios que la representan y que le sean imputables.

La anterior consagración constitucional de la responsabilidad estatal, de manera amplia y tal como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, comprende no solamente un régimen objetivo, sino que reitera como régimen de responsabilidad común la tradicional falla en el servicio originada en la omisión, tardanza o deficiencia en la prestación de los servicios públicos a su cargo: el servicio funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente.

Dos supuestos consagra la disposición en comento:

- El daño antijurídico
- La imputación

Por daño antijurídico ha de entenderse aquel que el administrado no estaba en obligación de soportar, y que puede provenir tanto de una causa lícita como de una causa ilícita, configurándose una responsabilidad objetiva o subjetiva según el caso.

Pero no basta la antijuridicidad de la conducta para estimar la responsabilidad predicada, sino que se requiere que el daño sea imputable al Estado, imputación considerada como la obligación que deviene para la autoridad pública con fundamento en cualquier título, de responder por las acciones u omisiones generadoras del perjuicio. La imputación permite atribuir jurídicamente el daño a la persona jurídica de derecho público.

No se maneja en la concepción de responsabilidad patrimonial del Estado (Art 90) únicamente el supuesto común de imputación traducido en la realización material de un hecho generador del daño, en cuyo caso bastaría con demostrar el vínculo del sujeto productor del daño con el servicio que ha

funcionado irregularmente -falla en el servicio- y la relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio irrogado al particular, pues cuando la responsabilidad se configura al margen de la idea de culpa (subjetiva) la imputación debe apoyarse en títulos jurídicos diferentes, que permitan atribuir el daño antijurídico al Estado.

Conforme a la jurisprudencia, esos títulos jurídicos con fundamento en los cuales se puede endilgar responsabilidad sin falta se pueden enunciar, así:

- El riesgo creado o riesgo excepcional
- El daño especial con fundamento en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas publicas
- el enriquecimiento sin causa
 - Daños ocasionados por trabajos públicos (manejados dentro de la teoría del daño especial)
- Expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra

El H. Consejo de Estado, en fallo de 13 de julio de 1993, una vez relacionadas las anteriores fuentes

de responsabilidad estatal, anota:

"Queda claro que, para imponer al Estado la obligación de reparar un daño, es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un "título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la imputatio juris, además de la imputatio facti...

Con esta orientación es lógico concluir que la falla en el servicio ha sido, en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado...

"Sin perjuicio claro está, de que, por razones jurídicas o por motivos de equidad, existan otros títulos de imputación excepcionales que determinan las diversas clases de responsabilidad sin falla, tal por ejemplo el desequilibrio ante la igualdad frente a las cargas públicas..."

En otras palabras, la imputación es la razón o título jurídico que podemos aducir para que una persona

pueda considerarse legalmente obligada a responder por un daño: Si este título es la falla en el servicio hablamos entonces de responsabilidad subjetiva, pero si la responsabilidad es imputable con base en otro título independientemente de la noción de "culpa" hablamos entonces de responsabilidad objetiva, con sustento ambas tesis en el comentado Art. 90 de la C.P. ya que se configura en uno y otro caso los supuestos de antijuridicidad e imputación a que se refiere la norma, necesarios para estructurar una responsabilidad estatal.

En este orden de ideas, podemos concluir con base en una debida interpretación de la disposición de rango constitucional precitada, que, por regla general, la responsabilidad extracontractual de la administración continúa siendo de naturaleza subjetiva, fundada en la falla o falta del servicio y de manera excepcional se maneja al amparo del régimen de responsabilidad objetiva.

Ahora, al margen del régimen general y dentro del contexto de la

responsabilidad subjetiva -falla en el servicio - la jurisprudencia se dio a la labor de instituir la falla en el servicio presunta con fundamento en la actividad peligrosa realizada por la autoridad pública, generadora del perjuicio, que permitió la inversión de la carga de la prueba a favor del demandante y en cabeza del demandado: la falla presunta es una especie del genero falla en el servicio en la que se presume la conducta omisiva o irregular de la administración, aplicable en un principio en los eventos en que el daño se produjera en ejercicio de una actividad peligrosa.

Posteriormente la jurisprudencia con apoyo en el art. 90 de la C.P. se dio a la labor de precisar el ámbito de aplicación de esta tesis, y empezó a hablar de "presunción de responsabilidad" o "responsabilidad presunta". La primera de las anotadas se consagró exclusivamente para el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico: se presume una falla en la prestación del servicio médico y compete a la entidad demostrar que procedió con la diligencia, el cuidado, y la

idoneidad que su difícil misión requería, para que pueda exonerarse de responsabilidad. En cuanto a la responsabilidad presunta, ésta se ha venido aplicando en el caso del ejercicio de actividades peligrosas (lesiones o muertes causadas con arma de dotación oficial o por vehículos automotores o líneas de conducción de energía) y constituye un claro desarrollo del principio constitucional consagrado en el art. 90, con fundamento en un daño antijurídico y no en la conducta irregular de la administración, de ahí que no cabe demostrar la diligencia y cuidado anotados, es decir, la ausencia de culpa, sino que es imperioso acreditar como causal de exoneración la culpa de la víctima, el hecho exclusivo o determinante de un tercero o la fuerza mayor. Si ninguno de estos supuestos es probado fehacientemente, cabe la responsabilidad deprecada.

Se advierte que, en el primero de los casos se juega con la culpa, la falla en el servicio: el servicio funcionó mal, irregularmente o no funcionó, en cambio en la responsabilidad presunta,

independientemente de la licitud o ilicitud de la actuación estatal, se presume su responsabilidad por razón de la actividad peligrosa generadora del riesgo. Es este un desarrollo del régimen de responsabilidad objetiva denominado también del riesgo creado o excepcional.

Frente al marco conceptual que se deja expuesto, corresponde identificar el régimen de responsabilidad aplicable al caso de estudio, para establecer si conforme al mismo se produjo por parte del ente demandado un daño antijurídico que le sea atribuido.

Sea lo primero anotar, que de acuerdo con los hechos de la demanda y conforme al acervo probatorio se encuentra adecuadamente demostrado con el informe rendido por el Comandante Gaula Quinta Brigada, que como consecuencia de un operativo antiextorsión, donde se produjo enfrentamiento con sujeto armado, resultó lesionado el civil NORMAN DARIO PRADA PRADA, persona totalmente ajena a los hechos.

Del informe referido se destaca:

“A las tres de la mañana llegó al sitio ordenado por los bandoleros en su carta, un vehículo al parecer taxi ocupado por tres pasajeros, descendiendo de él un sujeto con un arma larga en la mano. Este individuo se acercó al sitio donde estaba el paquete y lo tomó; En ese mismo instante el señor teniente Valencia Solano Alejandro le ordenó alto! Somos tropas del Gaula Rural de la Quinta Brigada! El sujeto inició a disparar y los bandidos que se encontraban en el vehículo emprendieron la huida, simultáneamente ante la situación las tropas repelieron el ataque reduciendo a bandolero. En el desarrollo de estos hechos entró en el sector del enfrentamiento circulando en forma muy rápida un taxi que fue alcanzado por algunos impactos que obligaron al conductor del mismo a detener la marcha. Como comandante del grupo de acción unificada para la libertad personal, tenía ubicado mi puesto de mando dos kilómetros arriba del Alto de los Padres. Ante el intercambio de disparos inicié mi desplazamiento hacia el sitio de la entrega del dinero, cuando encontré el taxi mencionado con anterioridad en el que habían pasajeros al parecer lesionados. Efectué la verificación encontrando una niña de aproximadamente 13 años de edad, con una cortadura de vidrio en un brazo no recuerdo cual, otra niña de la misma edad

sin ninguna lesión, un señor de aproximadamente 50 años de edad (conductor y propietario del vehículo) con contusiones en la cara a la altura del pómulo izquierdo y una cortada en el dedo meñique de la mano derecha, un señor de aproximadamente 45 años padre de las niñas anteriormente mencionadas, sin lesiones, y un joven de aproximadamente 27 años que al parecer presentaba herida de bala sin comprometimiento óseo en la pierna izquierda". Fl 52 y 53

Del oficio No. 550 de julio 28 de 1999 que obra a folio 45 se desprende que, en el operativo en el cual resultó lesionado el accionante, participaron en cumplimiento de una función que le es propia, miembros del Ejército Nacional.

De otra parte, es relevante el hecho de que la Nación acepta la ocurrencia de los hechos en cuanto al operativo antiextorsión realizado por personal del ejército, en el que resultó lesionado el demandante, destacando que se trata de una actividad totalmente lícita, esto es, el cumplimiento legítimo de la función pública.

No existe duda alguna que el daño referido se produjo como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, (utilización de arma de dotación oficial), lo que en observancia del principio iura novit curia, permite aplicar en asuntos como el presente, el régimen de la responsabilidad presunta o del riesgo excepcional, responsabilidad objetiva aplicable a los daños provenientes de la utilización de armas de fuego.

Al amparo de los lineamientos y postulados que informan tal régimen, al administrado le corresponde demostrar que el daño se produjo como consecuencia del ejercicio de la actividad peligrosa -supuesto de que da cuenta el expediente- y la administración para exonerarse de tal responsabilidad, sólo puede acreditar LA CULPA DE LA VICTIMA, EL HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO Y LA FUERZA MAYOR.

En el sub lite, ninguna de las anteriores causales logró comprobar el ente estatal, es mas, ni siquiera fueron invocadas, pues la contundencia de los hechos fue puesta de presente en los informes a

que se ha hecho alusión, destacándose por la administración en su defensa, el cumplimiento de sus funciones y el resultado dañoso como consecuencia de las mismas. (nexo causal)

El anterior marco conceptual, permite afirmar que no es de recibo -en este caso- la teoría esbozada por la Nación en el sentido de exonerar a la administración con fundamento en el principio de solidaridad por el daño social en cuyo caso cualquier perjuicio sería indemnizado en la medida en que la ley los ampare o los asegure, pues la operancia de tal principio depende de que el daño no sea imputable al Estado, en otras palabras, que no pueda estructurarse una responsabilidad de la administración al amparo del artículo 90 de la Constitución Nacional, situación que no se presenta en el asunto puesto en conocimiento de la jurisdicción.

Si bien es cierto que el artículo 95 numeral 2° de la C.P. a que se alude en la contestación de la demanda, consagra como deber de la persona y del ciudadano "obrar conforme al

principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”, no es posible sobre este deber edificar una ausencia de responsabilidad estatal al margen del artículo 90 de la C.P., pues es esta una disposición que consagra una obligación constitucional del individuo, instándolo a dar de sí en ayuda a los demás, a actuar de forma solidaria y desprendida con un sentido de bien común que debe manejar el individuo como persona. En la disposición en cita subyace un principio de moral que propugna por el desapego y la generosidad, “Mantener siempre atentos los oídos al grito de los demás y atender su llamada de socorro es solidaridad”.

La Corte Constitucional en sentencia T 1750 de dic 14 de 2000 al comentar acerca del deber de solidaridad, expreso:

El hombre como ser social se ve abocado a la vida en comunidad. Esta implica la interacción entre los miembros que la conforman; esta interacción cuando está enmarcada en el contexto de un Estado Social como el nuestro, conlleva el ejercicio de

la solidaridad".

Se desprende de lo anterior un deber del ciudadano que no puede erigirse, pese a la existencia de organismos como el Fondo de solidaridad donde la actuación del Estado depende de la contribución de los ciudadanos (manifestación de este principio), como fundamento para soslayar la responsabilidad que le compete en la causación de daños antijurídicos que le sean imputables.

Se probó un resultado dañoso que causó un perjuicio, por lo que a la luz del art. 90 de la C.P. debe indemnizarse, aduciendo como título de imputación objetivo el denominado riesgo excepcional, considerando que, los hechos en los cuales resultó lesionado el señor NORMAN DARIO PRADA fueron producto del riesgo creado conciente y lícitamente por el Estado en cumplimiento de una función pública, sin que se haga necesario determinar si el daño fue desatado directamente por la autoridad o por el tercero, que para el caso concreto sería el delincuente que agredió con el arma a los agentes del Estado.

No se aplica en este evento la teoría del daño especial que invoca el Ministerio Público por cuanto, se comparte el salvamento y la aclaración de voto de los doctores ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ Y MARIA ELENA GIRALDO, a la providencia de 8 de agosto de dos mil dos (J. Y D. Noviembre de 2002), donde se hace referencia a la confusión jurisprudencial entre la tesis del daño especial y la del riesgo creado o riesgo excepcional, desprendiéndose de lo allí planteado las siguientes diferencias:

- La teoría del daño especial con fundamento en el principio de igualdad frente a las cargas públicas no puede estructurarse cuando la intervención del Estado se realiza en desarrollo de una actividad peligrosa, pues esta actividad -la peligrosa- es generadora de un riesgo y por ello el régimen a observar sería el del riesgo excepcional o riesgo creado.

-En la teoría del daño especial la intervención del Estado es la causa del daño, o al menos, la actuación de este es determinante en la producción del daño. En el riesgo

excepcional el Estado responde por el riesgo creado independientemente de que el daño haya sido causado por él o por el tercero que actúa en confrontación con el Estado (caso del enfrentamiento de las fuerzas del orden con la guerrilla manejado bajo la teoría del daño especial, pero que, según lo expuesto debió estructurarse bajo los lineamientos del riesgo excepcional).

-El régimen de responsabilidad por daño especial cabe en todos aquellos casos en los que el Estado actúa legítimamente con la intención de hacer prevalecer el interés general sobre el particular.

Atendiendo lo expuesto en precedencia, en el caso bajo estudio la responsabilidad de la Nación se estructura al amparo del régimen de responsabilidad objetiva denominado riesgo excepcional, donde los agentes estatales en cumplimiento de un operativo antiextorsión responden en su defensa a los disparos que inició uno de los extorsionistas, concretamente el que fue dado de baja, produciéndose un daño que se hace necesario reparar, pese a que la actividad del ente accionado haya

sido legitima.

EL PERJUICIO

Se demostró (fl 179) que el lesionado NORMAN DARIO PRADA, como consecuencia de los hechos referidos, presenta una disminución de su capacidad laboral de 7,55%, procediendo el reconocimiento material a su favor, en la modalidad de lucro cesante.

Sobre la asignación mensual devengada por la víctima obra constancia laboral expedida por el representante legal de Petrocasinos Ltda. folio 136, donde certifica que el señor NORMAN DARIO PRADA PRADA para el 17 de marzo de 1998 laboraba al servicio de la empresa en el cargo de Supervisor, con un salario mensual de \$ 630.000, asignación que será tenida en cuenta para la liquidación del perjuicio reclamado. Cabe anotar que quien suscribe dicha constancia, HECTOR AUGUSTO BARRERA GARAVITO, rindió testimonio ante este despacho, refiriendo la vinculación laboral del lesionado

con la empresa Petrocasinos Ltda.

El reconocimiento se extenderá a la vida probable del lesionado, con base en la merma laboral referida y actualizando toda suma con base en el índice de precios al consumidor, así:

Salario devengado al momento de los hechos, debidamente actualizado: La formula de actualización es la siguiente:

$$VP = VH \frac{IND.F}{IND.I}$$

Valores tomados como base para efectuar los cálculos:

Salario: \$630.000

Pérdida de capacidad laboral: 7,55%

Edad de la víctima: 25 años (nacido el 1° de febrero/73)

Esperanza de vida: 51,04 años x 12

meses = 612,48

Fecha de los hechos: marzo 17 de 1998

Para actualizar el salario base de cálculo:

$$\frac{630.000}{(141.421129)} \times \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial (92.432797)}} = \$963.892,84$$

Dicho ingreso se incrementa en un 25% correspondiente al factor prestacional: \$1'204.866,05, de manera que aplicada sobre esta cantidad el porcentaje en que la víctima perdió su capacidad laboral (7,55%), tenemos que la cantidad que ésta deja de percibir por dicho concepto asciende a la suma de \$90.967,38.

El lucro cesante resultará de aplicar la siguiente formula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

$$i (1+i)^n$$

CONSOLIDADO

$$S = 90.967,38 \frac{(1+0,004867)^{62} - 1}{0,004867 (1+0,004867)}$$

$$S = \$.858.419,74$$

FUTURO

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i (1+i)^n}$$

$$S = 90.967,38 \frac{(1 + 0,004867)^{550,48} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)^{550,48}}$$

$$S = 90.967,38 \frac{(1 + 0,004867)^{550,48} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)^{550,48}}$$

$$S = \$17.399.752,27$$

En cuanto al perjuicio moral la Sala considera justo condenar al pago de 40 salarios mínimos legales mensuales a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, en atención a la conmoción emocional que todo accidente ocasiona y a las secuelas que el mismo ha dejado en el lesionado: limitación movimiento rodilla izquierda -Fl 179-.

En lo que tiene que ver con el perjuicio fisiológico o a la vida de relación (según lo maneja actualmente la jurisprudencia), como no existen elementos de juicio que permitan al juzgador establecer que el actor se ha visto afectado en su vida de relación, no se reconoce suma alguna por este concepto.

Téngase en cuenta que el perjuicio referido no tiene que ver con la lesión en sí misma, sino con las consecuencias que de estas se derivan y que alteran sustancialmente la vida de relación de la víctima; algunos testigos referencian que Norman jugaba fútbol y ya no está en condiciones de terminar un partido, este dicho no

es prueba suficiente de que efectivamente se haya producido un daño en la vida de relación que permita condenar al accionado por este concepto.

En cuanto a las víctimas indirectas cabe el reconocimiento por perjuicio moral para los padres, atendiendo al vínculo de afecto tan estrecho que une a los hijos con sus progenitores y que se evidencia de los dichos expuestos por los declarantes. Por tal razón se condena al pago de una suma equivalente a veinte salarios mínimos para cada uno de los padres. No procede reconocimiento a favor de los hermanos, pues se trata de personas mayores con distintos domicilios, Bucaramanga, Bogotá y Santa Martha; no se demuestra esa convivencia, esa estrecha relación que permita frente al tipo de lesión sufrida afirmar la existencia de un padecimiento moral que deba ser indemnizado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander, administrando Justicia en nombre de la república y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

1.-Declárase administrativamente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por las lesiones de que fue víctima NORMAN ARMANDO PRADA PRADA en hechos ocurridos el 17 de marzo de 1998 en la vía Bucaramanga -Cúcuta.

2.-Como consecuencia de la declaración anterior se condena a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional al pago de \$22.258.172,01 por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante debido o consolidado y futuro a favor de NORMAN ARMANDO PRADA PRADA.

3. Se condena a la Nación - Ministerio de Defensa-Ejército Nacional- al pago de una suma equivalente a CUARENTA SALARIOS MINIMOS MENSUALES vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia por perjuicio moral a favor de NORMAN DARIO PRADA PRADA.

4. Se condena a la Nación - Ministerio de Defensa-Ejército

ANEXO 6.
**ENTREVISTA A LA DOCTORA FRANCY DEL PILAR PINILLA, MAGISTRADA
DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**

1- ¿Qué es el perjuicio extrapatrimonial y como se clasifica?

RTA: A mi modo de ver el perjuicio extrapatrimonial ha sido concebido como aquel perjuicio que se halla por fuera del patrimonio económico, que no se puede medir en dinero, hablamos es de una compensación para la persona que lo sufre, doctrinariamente se ha estructurado o se ha denominado como perjuicio material e inmaterial, por ejemplo el Dr. Juan Carlos Henao habla de q esta clasificación de material e inmaterial es mas adecuada, por que cuando hablamos de perjuicio extrapatrimonial no queremos decir con ello que se encuentre por fuera del patrimonio, por que le patrimonio de una persona no es solo el económico si no también el emocional. No obstante la jurisprudencia nacional utiliza reiteradamente el término extramatrimonial para referirse al daño moral y al daño a la vida de relación.

2- ¿Defina el concepto y alcances del daño moral?

RTA: Es aquel que afecta un campo subjetivo e interior del individuo, tiene que ver con las emociones, no es un perjuicio que encuentre un equivalente en dinero, como si sucede con un bien que pierda la persona. El perjuicio moral es compensado, lo que se busca es aminorar el dolor que siente la persona, por ejemplo por la muerte de un ser querido, una lesión física o la perdida de un bien

de su propiedad, siempre que la persona acredite la existencia en esta clase de daño.

3- ¿Cómo es el manejo de la prueba y la tasación del perjuicio moral en el tribunal?

RTA: Eso depende del daño que se haya causado, cuando hablamos de muerte , la jurisprudencia se ha dado a la tarea de establecer presunciones, estas se basan en el parentesco, cuando quien reclama como damnificado es la cónyuge, los padres o los hijos, se establece la presunción, de que dado ese vinculo afectivo de parientes cercanos, estos deben ser indemnizados con el máximo señalado en la jurisprudencia, equivalente a 100 s.m.l.m.v. conforme a la reciente jurisprudencia del consejo de estado que cambio lo que se fijaba en gramos oro, para estar mas acorde con la perdida del valor adquisitivo de la moneda; ahora como es una presunción, se traslada la carga de la prueba, y es la entidad demandada a la que le corresponde desvirtuar esa presunción. Tratándose de otras personas que tengan la calidad de damnificados, que no es solamente el pariente, sino cualquier otra persona que haya resultado afectada con la muerte de la victima, que en este caso como no se les ha establecido en su favor una presunción, tienen que acreditar ese daño moral, la prueba básicamente en estos casos es el testimonio, respecto al cual el juez debe ser especialmente cuidadoso en indagar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos.

4- ¿Qué es el *daño fisiológico* y por que se dio paso en su lugar al *daño a la vida de relación*?

RTA: Hablábamos de daño fisiológico para referirnos a esos daños que tiene otra causa, una causa diferente y que básicamente se referían a las imposibilidades de realizar actividades placenteras que no podía volver a realizar la persona por

razón del daño, en Francia es conocido como el daño del agrado (*prejudice d'agrément*).

Este era un concepto que presentaba demasiada dificultad, por cuanto se confundía con el perjuicio material e inclusive con el perjuicio moral; entonces por esta razón la jurisprudencia en el año 2000 con el magistrado Dr. Alier Eduardo Hernández , rectifica el concepto que se venia manejando para hablar entonces de daño a la vida de relación entendiendo que este perjuicio debe indemnizarse en todos los casos en que la victima por razón del daño se ve imposibilitada, no solo para realizar actividades placenteras sino también otras actividades cotidianas que si bien no causan placer, sí exigen de esta persona un esfuerzo para su realización, se trata en estos casos de indemnizar según la jurisprudencia, las dificultades que se causan para interactuar con las demás personas; ósea, es un concepto mucho mas amplio, que no ha sido utilizado por los abogados litigantes. Por que cuando yo hablo de daño a la vida de relación hablo de muchas actividades y no puede limitarse exclusivamente al lesionado, por que es posible que en el caso de muerte es posible que se sufra como hijo de la victima un daño a la vida de relación, por ejemplo si las actividades que desarrollaba el padre le permitían manejar determinado rol social y que por razón de su muerte ya no puedo volver a realizar eso que me producía satisfacción.

Además desde que estoy en el Tribunal Administrativo y se habla de *daño a la vida de relación*, no he visto una sola demanda en la que se reclame por otro tipo de daño, salvo, cuando se trata de un limitado físico que es entonces cuando los demandantes piden el daño a la vida de relación; también puedo hablar de la relación que existe entre el daño moral y el perjuicio a la vida de relación, es posible que se sufra un daño moral tan grande que me impida seguir interactuando con los demás se cause un daño a la vida de relación, por que como pueden ver

es un perjuicio muy amplio que puede ser utilizado en todas aquellas situaciones en las cuales yo no pueda interactuar en la misma forma que lo hacia antes.

Un ejemplo de esto, es el caso que se presento ante el tribunal, en el cual una niña de 15 años, acredito haber sufrido a causa de un disparo en su pierna que le dejo una cicatriz permanente, un daño a la vida de relación, en la medida en que no pudo volver a realizar actividades de tipo social como ir a la piscina y salir normalmente a la calle, ya que se probó que con frecuencia utilizaba minifaldas para vestirse; por esta razón el tribunal no solo le reconoció un perjuicio moral sino también un daño a la vida de relación.

5- ¿Cómo cuantifica el Tribunal el *daño a la vida de relación*?

Esto se ha manejado de la misma forma que se ha manejado el perjuicio moral; es decir cuando el daño moral se compensaba en gramos oro el daño a la vida de relación se manejaba de la misma manera, ahora que hablamos de salarios mínimos, daño a la vida de relación también se tasa en salarios mínimos. Obviamente hay que hacer análisis de caso, dependiendo de cada caso en particular, de las circunstancias de la lesión, de quien reclama judicialmente; se estructura entonces el pago en salarios mínimos.

6- ¿Está usted de acuerdo en que se unifique entre las jurisdicciones contencioso-administrativa y ordinaria el criterio de aplicación y el concepto de los perjuicios extrapatrimoniales?

Sí, pienso que debe profundizarse bastante este tema, e incluso legislarse para que se tengan conceptos claros no solamente para quien reclama sino también parámetros para el operador jurídico cuando va a aplicar el daño a la vida de relación. Los abogados incluso en este momento continúan hablando en sus

demandas de daño fisiológico y la limitan solo a lo que es el concepto de la pérdida del placer, entonces no han tenido realmente el avance que uno considera debió darse cuando el consejo de estado hace las precisiones sobre el daño a la vida de relación.

También estimo que seria valido que se unificara el criterio frente a las otras jurisdicciones, esto permitiría que los abogados dieran un manejo mucho mas adecuado al daño a la vida de relación.