

**REPARACIÓN DE LOS DAÑOS INMATERIALES PROVENIENTES DE LA LESIÓN A  
LA INTEGRIDAD PSICOFISICA DE LA PERSONA EN LA JURISPRUDENCIA DEL  
CONSEJO DE ESTADO.**

**Monografía de grado para optar al título de abogado**

**Presentado por:**

Clara María Sabogal Gómez

Juan Diego Méndez Lacorazza

**Director:**

Dra. María Cristina Isaza Posse

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**BOGOTÁ, D.C.**

**2015**

## *NOTA DE ADVERTENCIA*

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>1. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y A SU DEBER DE REPARAR LOS DAÑOS.....</b>	<b>4</b>
1.1. La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	4
1.2. La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	7
1.3. La noción de daño antijurídico en la Constitución de 1991.....	11
<b>2. LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS: EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL.....</b>	<b>15</b>
2.1. Los daños patrimoniales.....	16
2.2. Los daños extrapatrimoniales.....	17
<b>3. MARCO LEGAL DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL (INMATERIAL) EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO .....</b>	<b>19</b>
3.1. El perjuicio moral.....	19
3.1.1. Reparación del perjuicio moral en caso de muerte .....	21
3.1.2. Reparación del perjuicio moral en caso de lesiones temporales.....	22
3.1.3. Reparación del perjuicio moral en caso de privación injusta de la libertad....	23
3.2. El Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico) derivado de una lesión corporal o psicofísica.....	25
3.2.1. Primera etapa: El perjuicio fisiológico, el perjuicio de agrado y el daño a la vida de relación. 25	
3.2.2. Segunda etapa: Abandono del <i>nomen iuris</i> del perjuicio fisiológico y consecuente adopción del daño a la vida de relación.....	31
3.2.3. Tercera etapa: Daño por alteración grave en las condiciones de existencia. ...	34

3.2.4.	Cuarta etapa: Retorno del perjuicio fisiológico .....	37
3.2.5.	Quinta etapa: Adopción del daño a la salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado	40
3.3.	Daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. ....	44
<b>4. LA REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES: CUANTÍAS Y CRITERIOS ADOPTADOS POR LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA .....</b>		<b>48</b>
4.1.	El documento del 28 de agosto de 2014.....	48
4.2.	Las sentencias del Consejo de Estado y su valor como precedente. ....	49
4.3.	Valoración del daño moral .....	54
4.3.1.	En caso de muerte .....	54
4.3.2.	Reparación del perjuicio moral en caso de lesiones personales. ....	56
4.3.3.	Reparación del perjuicio moral en caso de privación injusta de la libertad....	58
4.4.	Valoración del daño a la salud .....	60
4.4.1.	Naturaleza de las lesiones .....	62
4.4.2.	El porcentaje de incapacidad .....	66
4.4.3.	Test de proporcionalidad vs. Arbitrio judicial .....	70
4.5.	Valoración del daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados .....	72
<b>5. EL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO COMPARADO .....</b>		<b>75</b>
5.1.	Los daños inmateriales en el derecho italiano.....	75
5.1.1.	Del daño a la vida de relación al daño biológico (o a la salud) .....	75
5.1.2.	Sistema actual de los daños en Italia.....	78
5.2.	Los daños inmateriales en el derecho francés .....	80

5.2.1.	Daños derivados de la lesión corporal .....	80
5.2.2.	Otras categorías.....	85
5.2.3.	Estado actual del sistema de daños .....	86
<b>6.</b>	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>88</b>
<b>7.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>95</b>

## **Resumen**

La presente monografía jurídica tiene como propósito analizar las diferentes posiciones adoptadas por el Consejo de Estado en torno al daño a la integridad psicofísica como especie de daño inmaterial. El asunto reviste una especial importancia ya que la Corporación no ha mantenido una posición unánime al respecto. Así, en un principio, decidió reconocer la lesión a la integridad psicofísica bajo el concepto de perjuicio fisiológico, posteriormente adoptó el concepto de daño a la vida de relación, luego daño por alteraciones graves a las condiciones de existencia, y en últimos pronunciamientos ha expresado la necesidad de adoptar una única tipología de daño que reúna las anteriores categorías, bajo el nombre de daño a la salud.

*Palabras clave:* Daño a la salud, perjuicio fisiológico, daño por alteración grave de las condiciones de existencia, daño a la vida de relación.

## INTRODUCCIÓN

El 21 de julio de 1922 se reconoce, por primera vez en nuestra jurisprudencia, la necesidad de reparar los daños extrapatrimoniales derivados de un daño antijurídico. Esta determinación tiene lugar a través del reconocido caso Villaveces en donde el municipio de Bogotá es declarado responsable patrimonialmente de los daños morales sufridos por el Señor León Villaveces, al haber extraído de manera indebida y sin su autorización los restos de su esposa enterrados bajo un mausoleo de su propiedad y haberlos depositado en una fosa común. A través de esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia abre la puerta para que en adelante se reconozca todo tipo de daño extrapatrimonial al comprender, cómo lo enuncia el autor Felipe Navia, que *“el daño resarcible es no sólo el patrimonial sino también las ofensas al honor, a la dignidad personal y los dolores y molestias injustamente causadas a la víctima.”*<sup>1</sup>

Por su parte, el 6 de mayo de 1993 el Consejo de Estado decide crear una nueva categoría de daño inmaterial, consagrando por primera vez en la jurisprudencia la reparación del daño o perjuicio psicofísico. En esta sentencia, se declara a la Nación-Ministerio de Defensa responsable de las lesiones sufridas por John Jairo Meneses como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 18 de noviembre de 1990 en el Municipio de Pueblo Rico. El siniestro se originó debido a la imprudencia, negligencia e impericia, del oficial del Ejército Nacional Siachoque Jarro, quien en alto grado de alicoramiento conducía el camión en el que se encontraba el Señor Meneses y que en virtud de la colisión perdió sus dos miembros inferiores.

---

<sup>1</sup> NAVIA ARROYO, Felipe: Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. En: Revista de Derecho Privado, núm. 12-13, 2007. Pág. 289-304.

En la decisión que se comenta, el alto tribunal de lo contencioso administrativo decidió reconocer a la víctima no sólo la indemnización de los daños morales derivados del accidente, sino también condenar a la Nación a la reparación del perjuicio fisiológico. De igual manera, determinó que el daño moral subjetivo y el fisiológico eran diferentes, por cuanto el primero está encaminado a reparar la satisfacción psíquica o el dolor físico de la víctima, mientras que el segundo se encamina a reparar la supresión de las actividades vitales. Al respecto dijo:

*“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”<sup>2</sup>.*

A partir del reconocimiento de la lesión a la integridad física, como especie adicional del género daño inmaterial, han sido varias las posiciones que acerca de esta noción se han adoptado en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En efecto, en un principio, se reconoció la lesión bajo el concepto de perjuicio fisiológico, posteriormente se adoptó la noción de daño a la vida de relación, luego se dio paso al nombre daño por alteraciones graves a las condiciones de existencia, y en últimos pronunciamientos se ha expresado la necesidad de adoptar una única tipología de daño que reúna las anteriores categorías, bajo el nombre de daño a la salud.

En este sentido, debido a la controversia que ha suscitado el tema, el presente trabajo tiene como propósito identificar y analizar las diferentes tesis adoptadas por el Consejo de Estado en torno al reconocimiento y la reparación de los perjuicios a la integridad psicofísica. Para esto, se tomarán

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo de 1993, Expediente: 7428. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.



como referencia las decisiones más importantes proferidas por la Corporación desde el año de 1993 hasta la fecha.

Por otra parte, dado que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que señale de manera específica los perjuicios inmateriales que son indemnizables en el ámbito de la responsabilidad del Estado, consideramos que es importante dejar en claro cuál es la tesis que aplica hoy en día y brindar información acerca del alcance de la reparación por este concepto.

En este orden de ideas, para cumplir con el propósito planteado, dividiremos el trabajo en seis capítulos. En el primero de ellos haremos una breve referencia a la noción y origen de la responsabilidad del Estado. En uno segundo hablaremos del principio de la reparación integral y el deber que tiene el Estado de reparar los daños. En un tercer acápite nos referiremos al estado actual de la jurisprudencia en torno a los daños inmateriales. En un cuarto, a la forma en la que se reparan estos perjuicios en la actualidad. En un quinto capítulo analizaremos de manera breve el sistema de daños en los ordenamientos de Italia y Francia. Por último, en un sexto capítulo consignaremos las conclusiones pertinentes acerca del tema.

# **1. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y A SU DEBER DE REPARAR LOS DAÑOS**

Antes de entrar a analizar los diferentes daños que se reconocen en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, es necesario referirse al origen mismo de la responsabilidad del Estado y a la evolución que ha tenido esta institución en el país. El tema resulta de gran importancia toda vez que la competencia para conocer de estos asuntos, estuvo radicada en cabeza de dos jurisdicciones diferentes dando como resultado que el tema se tratara de manera distinta en cada una de ellas.

## **1.1. La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.**

Como lo anuncia el autor Jorge Vélez García<sup>3</sup>, quizás el mayor aporte de la teoría general del derecho al derecho administrativo consiste en la personificación de la administración pública, pues es gracias a la capacidad que tiene el Estado para ser titular de derechos y para poder obligarse, que se construye todo el derecho administrativo y de manera particular la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado.

No obstante, llegar a reconocer la personería jurídica del Estado no fue una tarea fácil. El triunfo del absolutismo como modelo de Estado y principios como la soberanía ayudaron a que el sistema de la “irresponsabilidad” se mantuviera por varios siglos, toda vez que el Estado no

---

<sup>3</sup> VÉLEZ GARCIA , Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo: Ensayo de derecho público comparado. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996. Pág.28.

podía concebirse en un plano de igualdad frente a sus súbditos y en consecuencia no podía ser responsable frente a ellos.

Por fortuna, el dogma de la irresponsabilidad del Estado, estaría llamado a modificarse durante el último cuarto del Siglo XIX gracias a la llegada de factores como la democracia, la industrialización y un intervencionismo cada vez más frecuente por parte del Estado en la vida social, los cuales fueron determinantes para que el número de daños causados por la administración se viera aumentado y se hiciese evidente la necesidad y conveniencia de reparar los mismos.

Para la época, si bien en Colombia aún no se vivía el desarrollo tecnológico de Europa y tampoco se reconocía la obligación de reparar los daños antijurídicos en cabeza del Estado, sí era posible encontrar leyes en las que se establecía el derecho de los ciudadanos a la compensación por los daños producidos con ocasión de trabajos públicos, causados por el ejército o incluso por situaciones como la expropiación; siguiendo de cerca la legislación francesa de comienzos del Siglo XIX.

En un principio, los conflictos en donde la Nación hiciera parte fueron dirimidos por la Corte Suprema de Justicia gracias a la atribución expresa que de estas funciones hizo la Constitución Nacional de 1886<sup>4</sup>. Esta Corporación se encargó de erigir la responsabilidad del Estado bajo un sistema de tinte civilista apoyándose en la noción de culpa consagrada en el Capítulo III, título XXXIV del Código Civil.

---

<sup>4</sup> Constitución Política de Colombia de 1886, artículo 151. “Son atribuciones de la Corte Suprema: (...) 3. Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos”.

En cumplimiento de su deber constitucional, la Corte Suprema de Justicia recurrió a varias teorías para fundamentar la responsabilidad del Estado, concibiéndolo como una persona jurídica de derecho público. De esta forma, en algunos pronunciamientos utilizó la **teoría de la responsabilidad indirecta**, edificada sobre el hecho de que *“la persona jurídica tenía la obligación plena de elegir sus agentes y vigilarlos de manera cuidadosa, de forma tal que si estos incurrían en culpa durante el ejercicio de sus cargos, esta repercutía en la persona jurídica, considerándose que ésta igualmente incurría en culpa, bien fuera en la denominada culpa in eligendo (culpa en la elección) o en culpa in vigilando (culpa en la vigilancia)”*<sup>5</sup>.

En otras decisiones, prefirió adoptar una **responsabilidad de tipo directo**, estableciendo que *“no era posible predicar de la persona jurídica una dualidad entre ella y sus propios agentes”*<sup>6</sup>, toda vez que ésta únicamente podía manifestarse y cumplir sus funciones a través de aquellos.

El alto Tribunal también recurrió a la teoría de la **responsabilidad directa según la teoría organicista**, en donde la responsabilidad del Estado podía ser directa o indirecta dependiendo de quién actuara. Así, cuando quien actuaba tenía capacidad para representar o comprometer a la persona jurídica, la responsabilidad de la misma era directa pues actuaba un órgano suyo. Por el contrario, si quien ejercía funciones era una persona que no tenía facultad o capacidad para expresar la voluntad del ente moral, la responsabilidad era de tipo indirecto, ya que actuaba un agente suyo y no un órgano.

---

<sup>5</sup> NADER ORFALE, Rachid. Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En *Advocatus*, Universidad Libre Seccional Barranquilla, núm. 15. Pág. 55 - 71.

<sup>6</sup> SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Desarrollo histórico de la responsabilidad administrativa en Colombia. Bogotá. Pág. 8.

Finalmente, en 1962, la Corte Suprema de Justicia se refirió a la tesis de la **responsabilidad directa por las fallas del servicio público**, importada de la jurisprudencia francesa. En ese país, como lo anota Cassagne, la teoría constituía, “*un abandono de la noción de culpa para hacer siempre responsable al Estado por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa cuando ello ocasionara perjuicios a los administrados.*”<sup>7</sup> No obstante, al implantarla en nuestro país, la Corte siguió refiriéndose a la culpa como fundamento de la responsabilidad del Estado, desdibujando el avance que la institución traía en la materia.

## **1.2. La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia del Consejo de Estado**

Las normas del Código Civil, utilizadas para fundamentar la responsabilidad del Estado, fueron abandonadas gracias a la expedición del Decreto Ley 528 de 1964. Con esta normatividad se radicó, de manera definitiva, la competencia en materia de responsabilidad extracontractual y contractual de la administración pública en cabeza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. A partir de este momento, el Consejo de Estado se concentraría en construir el sistema de la responsabilidad a partir de una visión publicista, tomando como centro de éste el deber general de protección por parte de las autoridades públicas consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional de 1886<sup>8</sup>.

Consciente de la necesidad de adoptar un nuevo régimen basado en normas de derecho público, el Consejo de Estado expresó en una de sus sentencias:

---

<sup>7</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 6a Ed. Argentina: Abeledo-Perrot, 1996. Pág. 286

<sup>8</sup> Constitución Política de Colombia. 1886, artículo 19: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos”.

*“La responsabilidad del Estado en materia como la que ha originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual, sino a la luz de los principios y doctrinas del Derecho Administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre este y el Derecho Civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. En efecto el Derecho Civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas; tiene como fin inmediato el interés de los individuos y las personas que se encuentran colocadas en un plano de igualdad. En cambio el Derecho Administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines.”<sup>9</sup>*

Para perfilar el sistema de responsabilidad, el Consejo de Estado hizo uso en su mayoría de la **teoría de la falla del servicio**, definiéndola como la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal<sup>10</sup>, y de los títulos de imputación objetivos denominados **daño especial** y **riesgo excepcional**.

Respecto del primer título de imputación, esto es, la falla del servicio, esta Corporación erigió como presupuestos indispensables para que se configurara la responsabilidad del Estado los siguientes:

---

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 30 de septiembre de 1960, Consejero Ponente: Francisco Eladio Gómez.

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 28 de octubre de 197, Expediente: 1842, Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango. Las consideraciones expuestas en esa providencia fueron reiteradas por la Sala en Sentencia del 13 de diciembre de 2005, Expediente 24.671, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez.

- a. *“Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración;*
- b. *Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;*
- c. *Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.*
- d. *Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización”<sup>11</sup>.*

En cuanto al segundo título de imputación, el daño especial, determinó cómo éste presupone una actuación legítima por parte del Estado, la cual, no obstante su licitud, puede dar lugar a un daño sufrido por el administrado, configurándose de esta forma un tipo de responsabilidad sin culpa.

Al respecto dijo:

*“Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y*

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*

*actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado”<sup>12</sup>.*

Por último, en cuanto al riesgo excepcional como título de imputación, el Consejo de Estado manifestó en varias de sus sentencias<sup>13</sup> lo siguiente:

*“Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de toda la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional, que dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.*

*Tiénese entonces que, según esta concepción, siempre que la actividad generadora del riesgo se cumple en provecho de la colectividad, las cargas que de aquélla pueden derivarse no deben gravar más a unos ciudadanos, que a otros. No sería lógico, en efecto, que al tiempo que la administración se lucra de un servicio público, se empobrezca paralelamente a un administrado. Es la aplicación del aforismo ubi*

---

<sup>12</sup> *Ibídem.*

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 1989, Expediente: 4655, Consejero Ponente: Antonio José de Irrisarri Restrepo. Posición reiterada en sentencia 2744 del 2 de febrero de 1984; 28465 del 8 de marzo de 1984 y 11815 del 21 de octubre de 1999.



*emolumentum ibi onus esse debet, según el cual quien quiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de éstos se deriven. En otras palabras, es el precio que fatalmente debe pagar el Estado frente a la modernización de los servicios a su cargo y que se traduce en una protección especial y excepcional del patrimonio lesionado”<sup>14</sup>.*

### **1.3. La noción de daño antijurídico en la Constitución de 1991**

Como lo advierte el profesor Ramiro Saavedra<sup>15</sup>, para el año de 1991 el sistema de responsabilidad del Estado contaba con cierta amplitud y contemplaba diversas formas de indemnización. No obstante, el constituyente, siguiendo de cerca la Carta Política Española de 1978, tomó la decisión de sustituir el sistema imperante introduciendo la noción de daño antijurídico en el artículo 90 de la Constitución, el cual reza:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)*

Con la introducción del concepto de daño antijurídico, el constituyente de 1991 optó por seguir el modelo español producto de las ideas del jurista García de Enterría, quien distingue el concepto de perjuicio (cualquier detrimento patrimonial) del de lesión. El Consejo de Estado, citando a éste autor, ha manifestado que: “(...) *para que exista lesión resarcible se requiere, sin*

---

<sup>14</sup> *Ibídem.*

<sup>15</sup> SAAVEDRA BECERRA, Ramiro: *Perspectivas de la Responsabilidad del Estado Colombiano. Las formas actuales y las cuentas pendientes.* En *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI.* Bogotá: Temis. Págs. 489-512.

*embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, por que el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva)”<sup>16</sup>.*

De esta manera, lo que se pretende es que prime el deber de reparar por parte del Estado, un daño que el administrado no estaba en el deber jurídico de soportar, sin importar o entrar a analizar si la conducta de la Administración fue culposa o no, lícita o ilícita, consagrándose de esta manera “una responsabilidad objetiva global.”<sup>17</sup> En palabras del propio Consejo de Estado, en este nuevo sistema “(...) importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el Particular”<sup>18</sup>.

En este sentido, a partir de la noción de daño antijurídico consagrado en el art. 90 de la Carta Política “*cambia de modo fundamental, la naturaleza y la finalidad de la institución que de simplemente sancionatoria pasa a ser típicamente reparatoria, tomando en cuenta para su operatividad no tanto al agente del daño (merecedor de la sanción), sino a su víctima (merecedora de la reparación).*”<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 1992, Expediente: 7130. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

<sup>17</sup> SAAVEDRA BECERRA, Óp. cit., p. 496.

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 1991. Expediente: 12165, Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999. Expediente: 11499, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Así mismo, gracias al texto de este artículo queda claro cuáles son los elementos necesarios para que surja la responsabilidad de la administración, a saber:

- a. Un daño antijurídico,<sup>20</sup>
- b. Que sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública. Imputable desde un punto de vista jurídico, para lo cual habrá que analizarse los diferentes títulos de imputación (falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional) como desde un punto fáctico, para lo cual deberá atenderse a la causalidad.

Siguiendo las ideas de Ramiro Saavedra, si bien el constituyente de 1991 buscaba seguir el modelo español que consagraba una responsabilidad de tipo “objetiva global”, pronto la aplicación y la pretensión de objetivizar todo el sistema comenzó a traer dificultades en el ordenamiento colombiano. Para solucionar el problema, la jurisprudencia precisó cómo la *“responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pese a la tendencia objetivizante que se aprecia en el art. 90 de la C.N., continúa siendo, **por regla general**, de naturaleza subjetiva”*<sup>21</sup>. (Negrilla del texto original).

La Corte Constitucional avalando esta posición estableció que no es posible pensar que:

---

<sup>20</sup> El autor Juan Carlos Henao al referirse al daño como elemento de la responsabilidad enuncia como éste es un requisito necesario, más no suficiente para que se declare la responsabilidad. Al respecto dice: “En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad a pesar de haber existido daño. Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas, o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre”. HENAO, Juan Carlos: El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Bogotá: Temis, 1998. Pág. 38..

<sup>21</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Expediente: 8163. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

*“(…) los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional (...) en el fondo el daño antijurídico es aquél que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado”<sup>22</sup>.*

Con base en los anteriores pronunciamientos es posible concluir que en el estado actual de la jurisprudencia, a pesar de la aspiración de objetivizar el sistema de responsabilidad a partir del artículo 90 de la Carta Política, se reconocen dos títulos de imputación: uno de tipo subjetivo que se concreta en la culpa o falla del servicio, y uno de tipo objetivo que se materializa en los títulos de creación de un riesgo excepcional y de daño especial.

---

<sup>22</sup> CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-333 de 1996, Expediente: D-1111, Consejero Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

## 2. LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS: EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Dado que el sistema de responsabilidad del Estado adoptado en la Constitución Nacional es uno de carácter reparatorio, en donde lo que interesa es la lesión o la afectación de la persona antes que la sanción que merece el ente público, debe atenderse al principio de la reparación integral a la hora de indemnizar el daño, entendido éste como la obligación que tiene el juez de establecer una *“justa y correcta medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima.”*<sup>23</sup> En otras palabras, *“la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso. Se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño. (...)”*<sup>24</sup>

Si cómo se expuso anteriormente, la indemnización del daño busca que a la víctima le sean reparados todos los perjuicios derivados del mismo, es claro que a ella se le debe reconocer no sólo la pérdida patrimonial, sino el daño a sus intereses o derechos de carácter inmaterial. A continuación nos referimos a la clasificación de los daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, para luego ahondar en estos últimos.

---

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Expediente: 38222. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

<sup>24</sup> HENAO, Juan Carlos: El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés. Bogotá: Temis, 1998. Pág. 45.

## 2.1. Los daños patrimoniales

Como lo enuncia María Cristina Isaza Posse, “*el perjuicio patrimonial está dado por las consecuencias o repercusiones del daño en la esfera económica del reclamante*”<sup>25</sup>. En otras palabras, se trata del detrimento que se produce en los bienes que conforman el patrimonio de una persona, siempre que estos sean susceptibles de una medición económica.

A diferencia de lo que sucede con los daños extrapatrimoniales, en donde no existe un consenso en torno a su clasificación, la doctrina ha sido unánime en reconocer dos elementos del daño patrimonial: el daño emergente y el lucro cesante.

El primero de ellos, el daño emergente, ha sido definido como “*la perdida misma de los elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo causados por los hechos de los cuales trata de deducirse responsabilidad.*”<sup>26</sup> En otras palabras, “*el daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima.*”<sup>27</sup>

Por su parte, el lucro cesante comprende “*todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho.*”<sup>28</sup> Se trata de “*la*

---

<sup>25</sup> ISAZA POSSE, María Cristina: De la cuantificación del daño. Manual Teórico Práctico.3a. Ed. Bogotá: Temis. 2013. Pág. 21

<sup>26</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 7 de mayo 1968.

<sup>27</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección tercera, Sentencia del 4 de diciembre del 2006, Expediente: 13168, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>28</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Óp. Cit., sentencia del 7 de mayo de 1968.

*ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimiento hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima.”<sup>29</sup>*

## **2.2. Los daños extrapatrimoniales**

Ahora bien, atendiendo al principio de reparación integral, así como el de la dignidad humana, se ha reconocido que los daños que puede sufrir una persona pueden trascender más allá de lo puramente material. En este sentido, los daños inmateriales comprenden *“una esfera distinta de la patrimonial, que toca el fuero interno de las personas, en sus sentimientos y emociones”<sup>30</sup>*.

Dado el carácter inconmensurable que tienen estos tipos de daños, *“la forma y el quantum de la reparación no deben medir la indemnización del perjuicio en términos monetarios, sino la satisfacción (...) del mismo a partir de criterios (...) que procuren garantizar los principios de igualdad material y de dignidad humana.”<sup>31</sup>*. De esta forma, lo que se busca no es fijar *“con exactitud matemática un valor equivalente, sino de medir la suma de dinero necesaria, no para borrar lo imborrable, sino para procurar una compensación que ayude a la víctima a superar el daño causado.”<sup>32</sup>*

En la valoración de los daños extrapatrimoniales el juez deber prestar especial atención a las diferentes categorías del mismo para evitar que por una misma lesión se repare varias veces un mismo concepto. Es en este punto en donde surge la necesidad de brindar información clara

---

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO, Óp. Cit., expediente: 13168.

<sup>30</sup> ISAZA. Óp. Cit., p.57

<sup>31</sup> GIL BOTERO, Enrique: La institución del daño a la salud en Colombia . En: Instituciones de Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Pág. 322-342.

<sup>32</sup> NAVIA ARROYO, Óp. Cit., p. 292.

acerca de los diferentes daños que se reconocen en la jurisprudencia del Consejo de Estado, dado que su reconocimiento no ha contado con una posición unánime dentro de esta Corporación.

Esta necesidad se torna aún más importante si se tiene en cuenta, cómo se mencionó al inicio de este trabajo, que el sistema de daños en Colombia es uno de tipo abierto en donde no se delimitan de manera a priori los rubros o conceptos a reparar, ya que no es posible encontrar una norma que determine qué intereses o cuáles derechos dan lugar a indemnización en caso de resultar lesionados. En este sentido, es necesario definir qué se indemniza por cada uno de los rubros que conforman el daño inmaterial, cómo se repara y a qué se refiere de manera precisa cada categoría: si al daño en sí mismo (daño evento) o a sus consecuencias exteriores (daño consecuencia).



### 3. MARCO LEGAL DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL (INMATERIAL) EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

La jurisdicción de lo contencioso administrativo ha reconocido los perjuicios inmateriales de una manera evolutiva o escalonada. En un principio, únicamente reconoció el daño inmaterial en su modalidad de daño moral. Luego, en etapas posteriores, fue ampliando los rubros que expresan esta categoría de perjuicios, bajo la aplicación de principios como la dignidad humana y la igualdad.

De conformidad con el estado actual de la jurisprudencia<sup>33</sup>, se reconocen tres tipos de perjuicios inmateriales: (i) los perjuicios morales, (ii) el daño a la salud derivado de una lesión corporal o psicofísica, y (iii) los daños a bienes o derechos constitucionales y convencionales. A continuación se pasa a analizar el alcance de cada uno de estos conceptos.

#### 3.1. El perjuicio moral

El daño moral es un concepto compuesto por *“el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo”*.<sup>34</sup> En otras palabras se trata del *“quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita*

---

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014, Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Bogotá. 2014

<sup>34</sup> *Ibíd*em

*más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.*”<sup>35</sup>

Aun cuando la jurisprudencia ha reconocido que la lesión a la interioridad del sujeto no permite una medición exacta y cómo “*la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio*”<sup>36</sup> por tratarse de sentimientos y dolores los cuales resultan incommensurables, se ha destacado la importancia de la reparación de éste tipo de daño en atención a principios fundamentales como la dignidad de la persona humana. Al respecto se ha dicho:

*“(...)En preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador”*<sup>37</sup>.

Con base en lo anterior, son varias las situaciones que llevan a que se reconozca el perjuicio moral. El Consejo de Estado enuncia las siguientes:

---

<sup>35</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 18 de septiembre de 2009, Expediente: 2005-00406, Consejero Ponente: William Namén Vargas.

<sup>36</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Expedientes: 13232 -15646. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

<sup>37</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Óp. cit., exp. 2005-00406.

### 3.1.1. Reparación del perjuicio moral en caso de muerte

Cuando la víctima de un hecho dañoso muere, las personas cercanas a ella experimentan un perjuicio moral que debe ser reparado. Se trata, por ejemplo, de los sentimientos de congoja o aflicción que experimenta un hijo cuando sus padres mueren como consecuencia de un daño antijurídico imputable al Estado.

Dado que “*las reglas de la experiencia hacen presumir que la muerte de un pariente cercano causan un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar*”<sup>38</sup>, la jurisprudencia administrativa ha desarrollado una presunción judicial en virtud de la cual basta con que se pruebe el parentesco con el fallecido para que se considere demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. Respecto de esta presunción el Consejo de Estado ha dicho:

*“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. (...). Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.*

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de mayo de 2013. MP. Enrique Gil Botero. Exp. 26.488.

*(...) Demostradas las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante con Luis Alfonso Ríos González, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte de éste; puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora. Bastarían, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. No obstante, al respecto, obran también en el proceso los testimonios de (...) amigos de la familia de la víctima que demuestran, de manera directa, la existencia y la intensidad del perjuicio sufrido”.*<sup>39</sup>

### **3.1.2. Reparación del perjuicio moral en caso de lesiones temporales**

El perjuicio moral también está llamado a reconocerse cuando la víctima directa del daño se ve expuesta a grandes sufrimientos o tristezas como consecuencia de lesiones que, si bien no le han causado la muerte, si disminuyen su capacidad. El daño moral en caso de lesiones personales puede también extenderse a los familiares de la víctima o incluso a las personas cercanas a ella. De esta manera, siguiendo el ejemplo del profesor Juan Carlos Henao, “*si una persona queda*

---

<sup>39</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit., exp. 13232 -15646

*lesionada con paraplejia, sus padres también se hacen acreedores al máximo de indemnización por daño moral.”<sup>40</sup>*

La jurisprudencia también ha reconocido que *“cuando se está ante un atentado contra la integridad física de un ser querido, se siente aflicción.”<sup>41</sup>* En este sentido, ha precisado que *“para presumir el perjuicio moral de los familiares inmediatos del lesionado, no es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves. (...)En efecto, independientemente de la magnitud de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear como la nuestra, no resulta equitativo que ese padecimiento moral y su prueba se condicione al resultado material del daño reclamado.”<sup>42</sup>*

### **3.1.3. Reparación del perjuicio moral en caso de privación injusta de la libertad**

Por último, el Consejo de Estado también ha reconocido perjuicios morales a la víctima y sus allegados cuando se configura una privación de la libertad de manera injusta. Al respecto ha dicho:

*“Hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad; en la misma línea de pensamiento (...) dicho dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos. (...) Según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su*

---

<sup>40</sup> HENAO. Óp. Cit., p. 239

<sup>41</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente: 19046. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

<sup>42</sup> *Ibíd.*

*libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o estable o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su Derecho Fundamental a la libertad.”<sup>43</sup>*

Una vez analizado el daño moral y las situaciones que dan lugar a su reconocimiento, debe advertirse que las situaciones comprendidas en él son tan diversas, que basta que el juez tenga convencimiento de que la persona padeció una tristeza, aflicción o congoja producida por el hecho dañino, para que la indemnización por este concepto sea procedente. En este sentido, la jurisprudencia administrativa ha llegado a reconocer la indemnización del daño moral por destrucción de bienes<sup>44</sup>, pérdida de las cosas<sup>45</sup>, e incluso por la pérdida del paisaje a la que se vio sometida la propietaria de una casa de habitación gracias a la construcción de un muro de contención frente a la misma<sup>46</sup>.

Por último, antes de dar paso a la siguiente categoría de daños inmateriales, es importante anunciar que el Consejo de Estado ha diseñado en últimos pronunciamientos<sup>47</sup> cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y las indirectas o perjudicados. Estos niveles buscan hacer la reparación más objetiva a través del establecimiento de topes indemnizatorios que varían según la relación afectiva que se tenga con el fallecido, lesionado o privado de la libertad. En este sentido, a mayor grado de cercanía habrá lugar a una mayor indemnización.

---

<sup>43</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, Expediente: 36149, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

<sup>44</sup> Al respecto puede consultarse la sentencia del 21 de marzo de 2012, Expediente: 23778, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>45</sup> Para ahondar más en este tema puede consultarse la sentencia del 23 de Mayo de 2012, Expediente 21269, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

<sup>46</sup> Ver: Sentencia del 12 de julio de 2014, Rad: 05001-23-31-000-1996-01478-01, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

<sup>47</sup> Al respecto puede consultarse las siguientes sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expedientes. 26.251, 27709 y 32988.

El tema de la cuantía a la hora de reparar los daños inmateriales será analizado en un acápite posterior con el fin de contribuir a la sistematización y el orden de este trabajo de investigación.

### **3.2. El Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico) derivado de una lesión corporal o psicofísica.**

Antes de analizar en qué consiste el concepto “daño a la salud”, es necesario referirse a la evolución que éste ha tenido en la jurisprudencia. El tema resulta de gran importancia ya que las posiciones adoptadas en torno a esta clase de perjuicio inmaterial no han sido pacíficas y unánimes dentro de la Corporación. En un principio se le reconoció bajo el nombre de perjuicio fisiológico, luego daño a la vida de relación, posteriormente alteración grave de las condiciones de existencia, y actualmente, daño a la salud.

#### **3.2.1. Primera etapa: El perjuicio fisiológico, el perjuicio de agrado y el daño a la vida de relación.**

La primera vez que el Consejo de Estado se pronunció acerca del perjuicio fisiológico como figura independiente del daño moral fue en **sentencia del 14 de febrero de 1992**.<sup>48</sup> En este pronunciamiento se declaró administrativamente responsable al Hospital General de Medellín por haber atendido de manera irregular el parto de una señora, lo que generó graves lesiones a ella y a su hija. Dijo el Tribunal:

---

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección tercera, Sentencia del 14 de febrero de 1992, Expediente: 6477, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

*“En las condiciones anotadas, cabe concluir que se dio la falla del servicio y que ésta produjo perjuicios de orden moral a la demandante, señora Mariana Barazzutti. Se habla sólo de perjuicios del orden moral en su más amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no sólo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora Barazzutti por lo que en la demanda se denomina daños fisiológicos, los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo.*

*De allí que la sala estime, en su arbitrio, que por ese concepto la indemnización deberá ser equivalente en pesos colombianos a 1.800 gramos oro”.*

Como se aprecia del aparte transcrito, si bien la Sala no definió de manera precisa en qué consistía el nuevo tipo de perjuicio y pareciera entenderlo como una manifestación más del daño moral, lo cierto es que al haber otorgado una suma adicional por el concepto de daño fisiológico abrió la puerta para que en adelante se ampliara el ámbito de los daños extrapatrimoniales. A partir de esta sentencia, la noción del perjuicio fisiológico se iría perfilando siguiendo de cerca la tendencia jurídica que se venía presentando en otras latitudes.

Así, en **decisión del 6 de mayo de 1993**<sup>49</sup>, el Consejo de Estado tomando la noción de perjuicio de agrado de la doctrina francesa, identificó con el nombre de perjuicio fisiológico o a la vida de relación “*la pérdida de la posibilidad de realizar (...) otras actividades vitales, que aunque no*

---

<sup>49</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit., exp.7428.



*producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia.*”<sup>50</sup> De esta forma, añadió una nueva denominación al emplear como sinónimos el daño a la vida de relación y el perjuicio fisiológico.

Adicionalmente, en la sentencia que se comenta, se reconoció por concepto de perjuicios fisiológicos a la víctima, quien se vio obligada a la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas y que a la fecha se desempeñaba como chofer, la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000) para que con ellos accediera a una silla de ruedas y a contratar una persona que pudiera ayudarle en su desplazamiento. Esta solución indemnizatoria merece una especial censura toda vez que lo que en realidad se reconoció fue un daño emergente futuro, dejándose de lado el nuevo rubro o categoría que se pretendía reparar.

En este sentido, como lo pone de manifiesto el Consejero Enrique Gil Botero, “*se trocaron dos categorías de daños inmateriales que tenían orígenes disimiles*”<sup>51</sup>. Por un lado, el perjuicio de agrado tomado del derecho francés, dirigido a resarcir la pérdida de los placeres de la vida, y por el otro, el daño a la vida de relación de la jurisprudencia italiana, en donde para que fuera procedente la reparación por éste perjuicio “*debía existir un ligamen, aunque fuera indirecto, con un interés patrimonial de la víctima*”.<sup>52</sup>

La anterior confusión, derivada de una errónea aplicación de la jurisprudencia europea, se reflejaría en sentencias posteriores generando incertidumbre acerca de la autonomía de la nueva

---

<sup>50</sup> *Ibídem.*

<sup>51</sup> GIL BOTERO, Enrique: El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. En: Revista digital de Derecho Administrativo, núm 8. Págs. 89-145.

<sup>52</sup> *Ibídem.* p. 95.

figura frente a daños patrimoniales como el daño emergente. Así, en **sentencia del 13 de junio de 1997**<sup>53</sup>, consideró la Sección Tercera que los perjuicios fisiológicos “*no corresponden a una entidad jurídica propia, pues se conforman a la vez de perjuicios morales y materiales. En este sentido, los calificó como “una categoría intermedia ubicada en el punto donde confluyen los dos rubros tradicionales.”*”<sup>54</sup>

En cuanto a la tasación de este tipo de perjuicios consideró que:

*“(…)en cuanto materiales que son, pueden ser resarcidos por el precio equivalente al salario de una enfermera, la dotación de una silla de ruedas, el costo de la 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, deben indemnizarse con el equivalente en pesos de los gramos de oro fino que el Juez estime en consonancia con las circunstancias particulares de cada caso.”*<sup>55</sup>

El tratadista Juan Carlos Henao, refiriéndose a la falta de claridad de esta sentencia, critica el hecho de que el Consejo de Estado hubiese reconocido un rubro del daño, pero sin aceptar su consecuencia natural y propia: la indemnización.<sup>56</sup> En efecto, resulta discutible el hecho de que se hubiera definido los perjuicios fisiológicos como una especie intermedia entre los daños inmateriales y los patrimoniales, y luego se hubiera reconocido por este concepto erogaciones o

---

<sup>53</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1997, Expediente: 12499, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

<sup>54</sup> *Ibíd.*

<sup>55</sup> *Ibíd.*

<sup>56</sup> HENAO. *Óp. Cit.* p. 269

desembolsos patrimoniales que la víctima tendría que realizar como consecuencia del hecho dañoso. Solución indemnizatoria que pertenece a la categoría de perjuicio material en su modalidad de daño emergente.

Por fortuna, gracias a la disidencia de algunos magistrados de la Corporación en torno al criterio acogido<sup>57</sup>, la posición doctrinal del Consejo de Estado vendría a rectificarse en **sentencia del 25 de septiembre de 1997**<sup>58</sup>, aclarando el carácter autónomo y singular del perjuicio fisiológico de la siguiente manera:

*“El perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material. (...) Si se trata de un perjuicio extrapatrimonial mal puede asimilársele, así sea de modo parcial al perjuicio material, especie del daño patrimonial. (...) Atemperándose a tal rigor no puede llamarse a cualquier bien de que el hombre pueda gozar bien patrimonialmente, sino tan sólo a aquel que reúne los precisados caracteres de exterioridad, valorabilidad pecuniaria y que responda a una necesidad económica. Este, en el terreno jurídico, es su verdadero significado y de él, no puede despojarse. No pueden, por tanto, hacerse entrar en el ámbito patrimonial bienes internos de la persona, que contrasten con la posibilidad de una apreciación dineraria, desprovisto de una directa utilidad económica.*

---

<sup>57</sup> Al respecto puede consultarse el salvamento de voto del Consejero Ricardo Hoyos Duque a la sentencia del 13 de junio de 1997. Sus razones serían luego retomadas para corregir la confusión de la Corporación.

<sup>58</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Expediente: 10421, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

*De ahí que no sea exacto considerar como perjuicio de placer el deterioro o destrucción de instrumentos como gafas, prótesis, sillas de ruedas, bastones, muletas, etc., mediante las cuales algunas personas suplen sus deficiencias orgánicas, ya que no hay duda que aquí se trataría de un perjuicio material bajo la modalidad de lucro cesante<sup>59</sup>, en cuanto la víctima tendrá que efectuar una erogación para sustituir el elemento perdido.”*

Del conjunto de sentencias hasta aquí referidas es posible concluir que para el año de 1998 el perjuicio fisiológico ya contaba con un amplio reconocimiento en la línea jurisprudencial de lo contencioso administrativo. A pesar de la autonomía que se le negó en algún momento a este tipo de daño inmaterial y las confusiones terminológicas que en torno al mismo se dieron, el Consejo de Estado llegó a reconocerlo en al menos 35 oportunidades a partir del momento en que lo incorporó por primera vez en su jurisprudencia en el año de 1992.<sup>60</sup>

Adicionalmente es posible evidenciar cómo para este momento existe un cierto consenso en torno a lo que se pretende reparar con el daño fisiológico, a la vida de relación, o el perjuicio de agrado, en tanto que *“no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima -daño moral subjetivo- y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para ella se siguen por causa de la lesión -lucro cesante- , sino más bien de compensar (...) la mengua en las posibilidades de realizar actividades, que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal.”*<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Es importante en este punto mencionar que en realidad se trata de un daño emergente futuro y no de un lucro cesante como se enuncia en la sentencia. En virtud del hecho dañino, la víctima tendrá, en adelante, que incurrir en gastos adicionales para poder solventar su incapacidad, situación que difiere de la pérdida de una ganancia, utilidad o beneficio económico esperado, que corresponde a la noción de lucro cesante.

<sup>60</sup> HENAO. Óp. Cit. p. 270

<sup>61</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 1997. Expediente: 11652, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

### **3.2.2. Segunda etapa: Abandono del *nomen iuris* del perjuicio fisiológico y consecuente adopción del daño a la vida de relación.**

La noción de perjuicio fisiológico, a la que venía refiriéndose la jurisprudencia administrativa, sería objeto de duras críticas por considerarse inexacta y ajena a la verdadera razón de ser de este daño: reparar no la lesión como tal, sino los efectos que la misma produce en la vida exterior del individuo.

Con base en lo anterior, en busca de la claridad terminológica que tanto se demandaba por parte del Consejo de Estado, la Sección Tercera, en **pronunciamiento del 19 de julio de 2000**<sup>62</sup>, decidió abandonar por completo el *nomen iuris* del perjuicio fisiológico y reemplazarlo por el de daño a la vida de relación en los siguientes términos:

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

---

<sup>62</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente: 11842, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

*De otra parte, se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno sólo de los derechos de la personalidad, la integridad física. Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa (...) o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que –al margen del perjuicio material que en sí misma implica– produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.*

*Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión *préjudice d'agrément* (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo.*

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

*De acuerdo con lo anterior, resulta sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.”*

De las consideraciones transcritas se evidencia cómo el Consejo de Estado, en esta segunda etapa, decide dotar de una mayor amplitud la noción de perjuicio fisiológico al reemplazarlo por el término de daño a la vida de relación proveniente de la jurisprudencia italiana. Con este nuevo pronunciamiento, el perjuicio se entiende extendido no sólo a las lesiones orgánicas que pueda sufrir la persona, sino a todos aquellos hechos que puedan dar lugar a una alteración en la vida externa o social de la misma: sufrimientos o intensos dolores, afectaciones en el patrimonio, la muerte de un ser querido, una afirmación calumniosa o injuriosa, entre otros.

En adición a lo anterior, se deja de lado, aunque sea de manera sutil, la noción del perjuicio de agrado de la doctrina francesa, al considerar que no sólo el perjuicio debe estar encaminado a reparar las situaciones que impiden que la víctima realice actividades que le reportan goce o placer, sino también a aquellas que lo obligan a hacer esfuerzos excesivos a la hora de realizar sus labores rutinarias.

Por último, con la adopción del daño a la vida de relación también se expande el ámbito de personas que pueden ser acreedoras de una reparación por este concepto. En efecto, bajo el llamado perjuicio fisiológico únicamente se reconocía como víctima a la persona que hubiera sufrido una perturbación de tipo funcional. Ahora, con el concepto daño a la vida de relación, se entiende que el mismo *“puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras.”*<sup>63</sup>

### **3.2.3. Tercera etapa: Daño por alteración grave en las condiciones de existencia.**

Aun cuando la jurisprudencia administrativa había optado por el *nomen iuris* de daño a la vida de relación y excluido expresamente el de daño por alteración grave de las condiciones de existencia por considerarlo equívoco, en pronunciamientos posteriores terminó adoptándolo. Así, en **sentencia del 15 de agosto de 2007**<sup>64</sup> se dijo:

---

<sup>63</sup> *Ibídem.*

<sup>64</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007, Radicado: 190012331000200300385-01, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



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

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

*Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad*

*del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.*

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

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

Del texto anteriormente transcrito, es posible concluir que, a diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones en donde los conceptos de daño a la vida de relación y alteración de las condiciones de existencia son perjuicios inmateriales diferentes el uno del otro, en Colombia el Consejo de Estado se limitó a hacer un cambio en la denominación de los mismos mezclando el conjunto de bienes jurídicos que corresponden a una u otra categoría.

En este sentido, una vez más resulta ampliado el marco de situaciones que dan lugar a la reparación de este perjuicio inmaterial. En efecto, al considerar la Corporación que la noción

anterior se quedaba corta al referirse únicamente a la relación de la víctima con el mundo exterior, se incluyó bajo el rubro de daño por alteración de las condiciones de existencia hechos que implican cambios bruscos y significativos en las condiciones habituales o de existencia de las personas, lo que puede tener lugar gracias a lesiones no sólo en la integridad corporal de la víctima, sino en otros derechos o intereses jurídicamente tutelados como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otros. En otras palabras, por este concepto se le reconoce a la víctima, además de las secuelas físicas que ha dejado el hecho dañino, “*la alteración de las condiciones en que se desarrollaba su vida cotidiana en lo social, familiar, laboral, placentera, o de cualquier otra índole.*”<sup>65</sup> (Negrillas no son del texto original)

Por último, de las sentencias hasta aquí analizadas, es posible afirmar que las categorías de daño a la vida de relación y alteración grave a las condiciones de existencia no pretenden indemnizar la lesión a la integridad psicosomática en sí misma (daño-evento), sino reparar las consecuencias que ésta trae en la vida exterior de la persona (daño-consecuencia).

#### **3.2.4. Cuarta etapa: Retorno del perjuicio fisiológico**

A pesar de la precisión semántica por la que la Sección Tercera se había inclinado en los pronunciamientos anteriores, pasaría poco tiempo para que se retomara en su jurisprudencia la

---

<sup>65</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Expediente: 15657, Consejero Ponente: Myriam Guerrero De Escobar.

denominación de perjuicio fisiológico. Así, en **providencia del 4 de mayo de 2011**<sup>66</sup>, se estableció:

*“Es preciso aclarar que la unificación de criterios en torno al uso de la expresión “alteraciones graves a las condiciones de existencia” no obsta para que en cada caso particular se identifique de manera clara el origen del daño que se pretende indemnizar, el que puede tener su causa en afectaciones físicas o fisiológicas de la persona, **por lo que no puede pretenderse que la utilización de la expresión “perjuicios fisiológicos” esté totalmente proscrita de la jurisprudencia de la Sala, y deberá ser utilizada cuando las “alteraciones graves a las condiciones de existencia” tengan origen en afectaciones de carácter físico o fisiológico. Otro tanto puede decirse en relación con las alteraciones que tengan su causa en afectaciones de orden psicológico.** (Negrillas no son del texto original)*

*Esta precisión es relevante, pues además de facilitar la prueba en relación con este particular tipo de perjuicio –de origen fisiológico-, también proporciona al juez mejores criterios para establecer la tasación del perjuicio. En relación con lo primero, es claro que resulta más expedito demostrar las “alteraciones a las condiciones de existencia” cuando queda demostrada la alteración física o fisiológica que les dio origen y, en relación con lo segundo, también es indiscutible que es más fácil establecer el monto de la indemnización cuando en el proceso aparecen medios directos de convicción sobre la afectación física o “fisiológica” padecida, los que sirven también para evaluar las*

---

<sup>66</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 4 de mayo de 2011. Expediente: 17396, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

*alteraciones producidas por dichas afectaciones y, por esa misma vía, para establecer una tasación de la condena que cumpla con los criterios de razonabilidad que han sido establecidos por la Sala.*

*“En el sub lite, la expresión “perjuicios fisiológicos” (...) debe entenderse como incluida dentro de los perjuicios denominados por la jurisprudencia de la Sala como “alteraciones graves a las condiciones de existencia”, en la medida en que se trata de daños surgidos de afectaciones de carácter físico sufridas por uno de los sujetos pasivos del daño, que generaron cambios en la forma en cómo normalmente se desenvolvía su vida antes de que ocurriera el hecho generador del daño.”*

De las consideraciones expuestas, se hace evidente que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo incurre, de nuevo, en una importante contradicción hermenéutica: De un lado se preocupa por destacar la importancia que el concepto de perjuicio fisiológico reviste en relación con la prueba y la tasación del daño, pero de otro señala que éste hace parte de la categoría de alteración en las condiciones de existencia; anulando por completo la importancia y alcance que pretendía imprimirle.

No obstante los reparos que se le puedan hacer a esta decisión, lo cierto es que con el retorno de la expresión perjuicio fisiológico, la Corporación empezaría a preparar el terreno para reconocer el daño a la salud como categoría del daño inmaterial encaminada a reparar la lesión corporal.

### **3.2.5. Quinta etapa: Adopción del daño a la salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado**

La noción de daño a la salud aparece por primera vez en la jurisprudencia del Consejo de Estado con las llamadas **sentencias gemelas del 14 de septiembre del 2011**<sup>67</sup>, ambas con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, por considerar que había poca claridad, problemas hermenéuticos y de aplicación jurídica en el régimen de daños de aquél entonces.

La jurisprudencia consideró que el antiguo régimen de daños, comprendido en los conceptos de daño a la vida de relación y alteración de las condiciones de existencia, traía consigo una serie de problemas que no permitían garantizar una indemnización integral. En este sentido, estimó que los anteriores conceptos eran abiertos, poco objetivos y que no permitían definir con claridad qué era lo resarcible.

Adicionalmente, estimó que la tipología anterior generaba un sin número de categorías que tendían a sobreponerse, llevando, entre otras cosas, a que se vulnerara el principio de reparación integral y la prohibición de enriquecimiento sin justa causa. De esta manera, nociones como el placer, el agrado, la lesión a la afectación social o relacional, fueron criticadas por distorsionar el sistema indemnizatorio debido a que las mismas dificultaban la valoración del perjuicio y la tarea de trazar precedentes.

---

<sup>67</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencias del 14 de septiembre de 2011. Expedientes: 38222 y 19031, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Por último, el Consejo de Estado determinó que era hora de dejar atrás la naturaleza dual del perjuicio inmaterial que se venía sosteniendo bajo el antiguo régimen, consistente en indemnizar no sólo la lesión a la integridad corporal del sujeto, sino también las consecuencias que el daño produce a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo (daño a la vida de relación)<sup>68</sup>. Situación que, en su concepto, impedía valorar el daño en términos de objetividad material, es decir, con criterios reales, uniformes y verificables.

Los anteriores problemas llevaron a que el Consejo de Estado, una vez más, cambiara la tipología de los daños inmateriales. A partir de los principios de igualdad material, dignidad humana y el derecho fundamental a la salud<sup>69</sup>, la Corporación comenzó entonces a referirse a una nueva categoría, siguiendo de cerca la doctrina italiana.

Así, en las sentencias gemelas, se excluyeron las nociones de daño a la vida de relación y alteración de las condiciones de existencia del sistema de daños en los siguientes términos:

*“Los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo y desigualitario – dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin*

---

<sup>68</sup> *Ibídem.*

<sup>69</sup> Reconocido como fundamental en las sentencias T-757 y T-893 de 2010 de la Corte Constitucional.

*que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño—, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.”*<sup>70</sup> (Negrillas no son del texto original).

En busca de una mayor objetividad y de un concepto que garantizara el resarcimiento de todo el daño y sólo el daño, se propuso que las lesiones provenientes de la afectación a la integridad psicofísica se solucionaran a través del **daño a la salud**. Noción que, en palabras del Consejo de Estado, supone “*una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral.*”<sup>71</sup>

Con base en lo anterior, lo que se busca resarcir con esta nueva categoría es el perjuicio a la unidad corporal del ser humano y las consecuencias que de éste se generan, no sólo en su dimensión interna, sino también en su aspecto físico y psíquico. Así, bajo éste rubro deben entenderse incluidos otros daños como los estéticos, sexuales, psicológicos, etc. Con esto, se busca que el sistema de daños gane claridad, exactitud y equidad.

Por otro lado, con la adopción de ésta nueva tipología la jurisprudencia delimita los perjuicios que puede reclamar una persona cuando sufre una lesión en su integridad física, de la siguiente manera:

---

<sup>70</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit., Exp: 38222 y 19031.

<sup>71</sup> *Ibíd.*



*“(…) Cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –: i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal. Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto.”<sup>72</sup>*

En este sentido, los daños que pueden presentarse cuando hay un atentado contra la integridad personal son los siguientes: En primer lugar, los daños materiales que pueden ser daño emergente o lucro cesante. En segundo lugar, los inmateriales compuestos por los perjuicios morales, el daño a la salud y los derechos o intereses jurídicamente tutelados que no estén comprendidos bajo el daño corporal. Los perjuicios morales indemnizarán la órbita interna y aflictiva del ser humano. El daño a la salud garantizará la reparación objetiva en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona. Finalmente, la lesión a otros derechos jurídicamente tutelados permitirá reparar el daño inferido a intereses constitucionalmente reconocidos como la honra, el buen nombre, el honor, la familia entre otros.

En suma, con la nueva terminología de daño a la salud se reconoce un *“(…)perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél,*

---

<sup>72</sup> *Ibídem.*

*sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”.*<sup>73</sup> (Negrillas no son del texto original)

### **3.3. Daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.**

Finalmente, dentro de la tipología del perjuicio inmaterial, aparte de los daños morales y el daño a la salud, se ha elaborado por parte del Consejo de Estado una nueva categoría autónoma conocida como el daño por afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

El concepto apareció por primera vez en las sentencias gemelas, anteriormente referidas. En ellas, la jurisprudencia admitió la posibilidad de reparar esta clase de perjuicios en los siguientes términos:

*“(…)El daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados*

---

<sup>73</sup> *Ibíd.*

*que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre).”<sup>74</sup>*

En este orden de ideas, hay lugar a reconocer la afectación de otros bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados “*siempre que no se encuentren comprendidos dentro del concepto de daño corporal o afectación a la integridad sicofísica o el daño moral.*”<sup>75</sup>

Recientemente, en **sentencia del 12 de febrero de 2014**<sup>76</sup>, el Consejo de Estado precisó:

*“(…)debe tenerse en cuenta que la vulneración a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos fue concebida por la Sala como una única tipología de perjuicio que abarca las diferentes lesiones que el hecho dañino haya generado en los derechos constitucionales de las víctimas, sin que haya lugar a conceder multiplicidad de reconocimientos por cada uno de ellos.*

*“Es así, que si bien en el caso de autos se vulneraron los derechos constitucionales a tener una familia y a desarrollar libremente su personalidad dentro de la misma, la afectación a estos derechos se concreta en una sola esfera de la naturaleza de la persona; entonces, la muerte de la madre – esposa y de la hija – hermana, afecta un solo*

---

<sup>74</sup> *Ibídem.*

<sup>75</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 12 de febrero de 2014, Expediente: 40802, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

<sup>76</sup> *Ibídem.*

*núcleo familiar y el desarrollo de los perjudicados en las relaciones que de ella se derivan, sin que pueda hablarse de una doble afectación.”<sup>77</sup>*

Del texto transcrito, se hace evidente cómo la jurisprudencia se preocupa por impedir que por la vía del nuevo rubro se dispersen los daños inmateriales. De esta manera, si con un mismo hecho se afectan varios intereses constitucionales no puede pretenderse que por cada uno de ellos se conceda una indemnización individual. Lo que habrá lugar a reparar es un solo rubro en el que se contengan todos los derechos (buen nombre, honor, honra, libre desarrollo de la personalidad, etc.)

Finalmente, con fines de unificación jurisprudencial, la Sección Tercera señaló las características de este daño:

- a. *“Se trata de un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: Sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.*
- b. *Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.*
- c. *Es un daño autónomo: No depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de*

---

<sup>77</sup> *Ibídem.*

*configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.*

*d. La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: Los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.”<sup>78</sup>*

En suma, puede decirse que los daños inmateriales por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, constituyen una clase *sui generis* del perjuicio inmaterial que propugna por reparar bienes o intereses jurídicos especialmente importantes y que podrían haberse ignorado en el pasado bajo anteriores categorías del perjuicio extrapatrimonial.

En este sentido, las condenas que se han hecho a la Nación por este concepto han tenido en cuenta la vulneración de derechos al buen nombre, a la honra, al honor, a tener una familia, al libre desarrollo de la personalidad, a la verdad, a un recurso judicial efectivo, entre otros.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Expediente: 32988, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>79</sup> Al respecto puede consultarse la sentencia de 12 de febrero de 2014. Exp. 40.082. en donde se declara administrativamente responsable a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira por la falla en el servicio en que incurrió al atender erróneamente el parto de una señora, generando su muerte y la de su criatura. En la parte motiva de la sentencia se condena al pago de los perjuicios por afectación de los derechos convencional y constitucionalmente protegidos, al considerar que los familiares y parientes próximos de las víctimas sufrieron una vulneración en sus derechos a tener una familia y al libre desarrollo de la personalidad.

A su turno, en sentencia del 28 de agosto de 2014. Exp. 32988. el Consejo de Estado consideró que había lugar a restablecer la dignidad, la honra, el buen nombre y la reputación de las familias de dos campesinos torturados y luego ejecutados por el ejército, toda vez que, para asegurar la impunidad sobre estos hechos, se adujo por parte de la Institución que los mismos eran guerrilleros.

#### **4. LA REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES: CUANTÍAS Y CRITERIOS ADOPTADOS POR LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

Habiendo analizado los diferentes perjuicios inmateriales que se reconocen en la jurisprudencia contencioso administrativa, es necesario referirnos a la forma en la que, en la actualidad, se valoran estos daños. El tema reviste especial importancia, tomando en consideración que, en recientes pronunciamientos, la jurisprudencia ha acudido a baremos para determinar la cuantía de la indemnización.

En este orden de ideas, haremos referencia a las sentencias de unificación recopiladas en el documento del 28 de agosto de 2014, proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el cual contiene los últimos lineamientos jurisprudenciales a la hora de reparar los daños inmateriales. Para esto, nos referiremos, en primer lugar, al alcance de este documento y al efecto vinculante que las decisiones contenidas en él tienen en nuestro ordenamiento jurídico. Luego, haremos referencia a la manera en la que se reparan estos perjuicios.

##### **4.1. El documento del 28 de agosto de 2014**

El documento expedido por la Sección Tercera del 28 de agosto de 2014, responde a la necesidad de dar a conocer de una manera sistemática las nuevas reglas indemnizatorias que ya antes había definido el Consejo de Estado en varios de sus pronunciamientos. En este sentido, el documento es un instrumento de divulgación de varias sentencias de unificación, es un resumen de los fallos,

no es nada en sí mismo. El trasfondo jurídico de éste son las sentencias de unificación que en él se contienen y que resultan vinculantes como se explicará a continuación.

#### 4.2. Las sentencias del Consejo de Estado y su valor como precedente.

Tradicionalmente el derecho colombiano ha sido catalogado como parte del sistema continental o legislado, en donde *“la ley es la única fuente de derecho. Como consecuencia de ello, el papel que se le asigna a la jurisprudencia es el de criterio auxiliar, como lo afirma el art. 230 de la Constitución Política.”*<sup>80</sup>

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional basada en los principios de seguridad jurídica, igualdad y legalidad<sup>81</sup>, ha promovido una doctrina de precedente judicial<sup>82</sup> que ha terminado por repercutir en la doctrina de las otras Cortes trayendo como consecuencia una *“mutación constitucional”*<sup>83</sup> del sistema de fuentes definido en el artículo 230 superior. Al respecto ha dicho la Corte:

---

<sup>80</sup> HOYOS DUQUE, Ricardo: El valor del precedente judicial en la ley 1437 de 2011: ¿Es la jurisprudencia fuente de derecho? En: Revista IARCE, núm. 32. Págs. 453 – 474.

<sup>81</sup> El ámbito del principio de legalidad se ha venido ampliando gracias a la labor de la jurisprudencia: *“En su concepción clásica hacía énfasis a la sujeción formal de la Administración a la ley y actualmente está referido a la observancia de la totalidad del ordenamiento jurídico, en cuyo vértice se encuentra la Constitución Política; así, no es un simple cambio lingüístico que el nuevo CPACA se refiera de forma expresa a la sujeción de las autoridades a “la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico” (artículo 1), en reemplazo de las fórmulas clásicas que utilizaba el Decreto 01 de 1984 cuando establecía que el procedimiento administrativo tenía por objeto el cumplimiento de los fines estatales como lo señalan las leyes y la protección de los derechos reconocidos en la ley (artículo 2). (...) Se entiende entonces que el principio de legalidad es mucho más amplio que la simple sujeción a la ley; comprende el sometimiento de las autoridades a la totalidad del ordenamiento jurídico, incluidas no sólo la ley y las disposiciones infra-legales, sino por sobre todo la Constitución misma, con sus reglas, valores, principios y derechos.”* CONSEJO DE ESTADO: Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia de 10 de Diciembre de 2013, Exp: 2177, Consejero Ponente: William Zambrano Cetina.

<sup>82</sup> Al respecto se puede consultar las sentencias C-104 de 1993, C-539 de 2011, C-634 de 2011, C-816 de 2011, C-588 de 2012, entre otras.

<sup>83</sup> HOYOS DUQUE, Óp.cit. p. 453

*“(…) La Corte reitera en esta oportunidad que **todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial**, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas **se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.** (Negrillas no son del original)*

*(…) El acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política.”<sup>84</sup>.*

De manera reciente, estos pronunciamientos han influido en la producción de diferentes textos legales que consagran de manera expresa el precedente judicial como obligatorio. Nos referimos,

---

<sup>84</sup> CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-539 de 2011, Expediente: D-8351, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.



a la ley 1395 de 2010<sup>85</sup> y al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante “CPACA”).

Esta última norma, la Ley 1437 de 2011, consagra nuevas instituciones dirigidas a hacer realidad la vinculatoriedad del precedente judicial. Al respecto se puede destacar lo siguiente:

- El artículo 3, referente a los principios, establece la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas, lo cual implica a su vez una igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley.
- El artículo 10 dispone de manera expresa el **deber** que tienen las autoridades de tener en cuenta las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen disposiciones constitucionales, legales y/o reglamentarias.
- Por su parte, el artículo 102 consagra el **mecanismo de extensión de jurisprudencia**. En uso de éste el administrado puede acudir a la autoridad para que se le aplique una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, siempre y cuando su situación cumpla con los mismos supuestos de hecho y de derecho de la decisión que se pretende aplicar. En otras palabras, *“quien no fue parte de un proceso que culminó con una sentencia de unificación puede pedirle a la autoridad que le extienda los efectos de ésta, como si hubiera sido parte, por encontrarse en la misma situación del demandante en la sentencia de unificación.”*<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Al respecto pueden consultarse los artículos 4, 114, 115 de la ley 1395 de 2010.

<sup>86</sup> ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José: Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: Legis. Pág. 163.

En caso de que la administración decida negarle la extensión o guarde silencio, el peticionario podrá acudir a la vía judicial para solicitarle al máximo tribunal de lo contencioso administrativo la extensión de la misma (art. 269).

- Por otra parte, los artículos 256 y siguientes consagran el **recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia**. Éste procede cuando en un proceso contencioso administrativo, la sentencia de única o segunda instancia contraria o se opone a una sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado.
- Finalmente, el artículo 270 determina qué debe entenderse por sentencia de unificación para la aplicación del mecanismo de extensión de jurisprudencia y el recurso extraordinario. Así, por sentencia de unificación debe entenderse una clase especial de providencias dictadas por la Sala Plena o las Secciones del Consejo de Estado por su (i) importancia jurídica, (ii) trascendencia económica o social, (iii) por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia y (iv) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios o el mecanismo eventual de revisión.

Sobre este punto es importante mencionar que, dentro de la noción de sentencias de unificación, deben entenderse también incluidas aquellas proferidas de manera previa a la expedición del CPACA.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Al respecto el lector puede consultar la reciente sentencia proferida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de diciembre de 2013, Exp. 2177, y que se referenció más arriba.

Con base en lo anterior, es posible concluir que, en la actualidad, la jurisprudencia dictada por el Consejo de Estado constituye precedente y por lo tanto vincula a las autoridades administrativas y judiciales. El precedente hace referencia no sólo a las sentencias de unificación sino también a todas aquellas dictadas por la Corporación en virtud de su función constitucional de órgano de cierre. Así lo reconoció la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del artículo 270 del CPACA. Al respecto dijo:

*“Ahora bien, en cuanto a la presunta omisión en el mecanismo de extensión de otras sentencias del Consejo de Estado distintas de las de unificación jurisprudencial, téngase en cuenta que, como bien se ha dicho, estas sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. **Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias -las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado.**”<sup>88</sup> (Negrillas no son del original)*

---

<sup>88</sup> CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C- 588 de 2012, Expediente: D-8864, Consejero Ponente: Mauricio González Cuervo.

Una vez analizado el alcance que las sentencias de unificación recopiladas en el documento del 28 de agosto de 2014 tienen, analizaremos la forma en la que los perjuicios inmateriales se repararan de acuerdo con la última tendencia jurisprudencial.

### **4.3. Valoración del daño moral**

Cómo se expuso en el acápite anterior, el Consejo de Estado reconoce la indemnización por perjuicio moral en tres casos: (i) En caso de muerte, (ii) de lesiones, y (iii) de privación injusta de la libertad.

#### **4.3.1. En caso de muerte**

Para la reparación del daño moral en este evento, el Consejo de Estado ha diseñado en últimos pronunciamientos<sup>89</sup> cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y las víctimas indirectas o perjudicados. Los niveles buscan hacer la reparación más objetiva a través del establecimiento de topes indemnizatorios que varían según la relación afectiva que se tenga con el fallecido. En este sentido, a mayor grado de cercanía habrá lugar a una mayor indemnización.

El nivel número 1 está compuesto por las personas que se consideran más allegadas a la víctima. En él se encuentra la relación afectiva que existe entre personas unidas por el primer grado de consanguinidad o que son cónyuges o compañeros permanentes estables. A este nivel

---

<sup>89</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, Expedientes 26251, 27709, 32988.

corresponde una indemnización equivalente al 100% del tope indemnizatorio, lo que se traduce en una cantidad de hasta cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El nivel número 2 comprende la relación afectiva que existe entre abuelos, hermanos o nietos, propia del segundo grado de consanguinidad o civil. A las personas ubicadas en este nivel les corresponde una indemnización de hasta cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El nivel número 3 está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil, que puede darse entre personas que son tíos o sobrinos entre sí. A este nivel corresponde una indemnización que puede llegar a ser de hasta treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El nivel número 4 incluye a las personas que sostienen entre sí una relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A ellas les corresponde una indemnización equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, en el nivel número 5 se reconoce por parte de la jurisprudencia que no sólo las personas unidas por vínculos familiares pueden resultar víctimas indirectas. También pueden ser acreedores de la indemnización por daño moral personas que, si bien no sostenían con el fallecido una relación afectiva de tipo familiar, si mantenían con él un fuerte lazo de amistad. Las personas ubicadas en este nivel tendrán derecho a una indemnización de hasta quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Los cinco niveles son resumidos por el Consejo de Estado en la siguiente tabla:

<b>REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE</b>					
<b>REGLA GENERAL<sup>90</sup></b>					
	<b>NIVEL 1</b>	<b>NIVEL 2</b>	<b>NIVEL 3</b>	<b>NIVEL 4</b>	<b>NIVEL 5</b>
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
<b>Porcentaje</b>	100%	50%	35%	25%	15%
<b>Equivalencia en salarios mínimos</b>	100	50	35	25	15

#### **4.3.2. Reparación del perjuicio moral en caso de lesiones personales.**

A la hora de reparar el daño moral derivado de lesiones personales, el juez debe verificar el grado de gravedad de la lesión reportada por la víctima, para lo cual se tendrá que acudir a la experticia médica. Para las víctimas indirectas, se tomará como referencia los cinco niveles de los que se habló anteriormente. Así, a mayor gravedad de la lesión y mayor cercanía afectiva, habrá una mayor indemnización para la persona lesionada y para el perjudicado.

El Consejo de Estado recoge las anteriores reglas en la siguiente tabla:

<sup>90</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit., Documento final del 28 de agosto de 2014.

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES <sup>91</sup>					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
<b>GRAVEDAD DE LA LESIÓN</b>	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
<b>Igual o superior al 50%</b>	100	50	35	25	15
<b>Igual o superior al 40% e inferior al 50%</b>	50	40	25	20	12
<b>Igual o superior al 30% e inferior al 40%</b>	60	30	21	15	9
<b>Igual o superior al 20% e inferior al 30%</b>	40	20	14	10	6
<b>Igual o superior al 10% e inferior al 20%</b>	20	10	7	5	3
<b>Igual o superior al 1% e inferior al 10%</b>	10	5	3,5	2,5	1,5

De esta manera, aplicando las anteriores fórmulas, se reconoció a un soldado la máxima indemnización al perder sus dos miembros inferiores debido a la explosión de una granada que cargaba en su chaleco. Consideró la Sala en esa oportunidad que:

*“(...) Dada la relación afectiva entre los padres y el hijo lesionado y la gravedad de la lesión de la víctima directa la cual es superior al 50%, aquellos tienen derecho al reconocimiento de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En relación con los perjuicios morales solicitados por los hermanos de la víctima, al estar acreditado esta condición (...) y dada la gravedad de la lesión sufrida por el soldado Cuellar*

<sup>91</sup> *Ibíd.*

*Penagos, que le generó un 100% de incapacidad, se concederán perjuicios morales en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.*”<sup>92</sup>

#### 4.3.3. Reparación del perjuicio moral en caso de privación injusta de la libertad

Por último, al momento de valorar el daño moral inferido a la víctima como consecuencia de una privación injusta de la libertad, el operador jurídico debe ponderar el tiempo en que la persona estuvo retenida. En cuanto a las víctimas indirectas o perjudicados, se debe seguir aplicando los cinco niveles de afecto expuestos de manera previa.

El cuadro que se incorpora a continuación ilustra lo dicho<sup>93</sup>:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1 <sup>o</sup> de consanguinidad	Parientes en el 2 <sup>o</sup> de consanguinidad	Parientes en el 3 <sup>o</sup> de consanguinidad	Parientes en el 4 <sup>o</sup> de consanguinidad y afines hasta el 2 <sup>o</sup> .	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses	100% del Porcentaje de la víctima directa	50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12

<sup>92</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, Expediente: 31772, Consejero Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz.

<sup>93</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit. Documento final de 28 de agosto de 2014.



inferior a 12					
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual o inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Con base en lo anterior, el Consejo de Estado en Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, concluyó que:

*“(...) Teniendo en cuenta el tiempo durante el cual el señor José Delgado Sanguino permaneció privado de su libertad, esto es casi 9 meses, la gravedad del delito por el cual fue acusado y la afectación, angustia y congoja que el hecho dañoso causó en la víctima directa del daño (...) se considera que hay lugar a reconocer, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 70 SMLMV. En relación con los demás demandantes, se encuentra probado con los registros civiles de nacimiento que fueron aportados al proceso, que José Alberto Delgado Fontecha y Lina María De Las Estrellas Delgado Rangel son hijos del señor José Delgado Sanguino, razón por la cual hay lugar a reconocerles, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 70 SMLMV para cada uno de ellos.”<sup>94</sup>*

Por último, antes de dar paso a la siguiente categoría de daños inmateriales, es importante aclarar que los criterios objetivos de reparación, adoptados recientemente por el Consejo de Estado en

<sup>94</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit., exp. 36149

los eventos de daño moral anteriormente descritos, no buscan eliminar el *arbitrio iuris* del juez, quien en casos excepcionales podrá otorgar una indemnización superior al tope señalado cuando en su concepto exista una mayor gravedad e intensidad del daño moral. La Corporación ha dicho al respecto:

*“En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.”*<sup>95</sup>

#### **4.4. Valoración del daño a la salud**

De acuerdo con la jurisprudencia administrativa, el daño a la salud se compone de dos elementos: (i) uno objetivo o estático y (ii) uno subjetivo o dinámico.

Respecto del primero de ellos ha dicho el Consejo de Estado: *“El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión (...).”*<sup>96</sup> Con base en lo anterior, este

---

<sup>95</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit., Documento final de 28 de agosto de 2014.

<sup>96</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Expediente: 22163, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

ámbito propende por una valoración plenamente objetiva, en donde se repare el daño en sí mismo, sin evaluar las especificidades o consecuencias del mismo, y dejando a un lado elementos abiertos o indefinidos. De allí que, el porcentaje de incapacidad y el tipo de lesión (temporal o permanente) sean los medios idóneos para reparar el daño y solamente el daño.

Respecto del segundo criterio ha dicho la Corporación:

*“En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros). En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope - sumado el ámbito estático y dinámico -del daño a la salud.”<sup>97</sup>*

Con base en lo anterior, lo que se busca con el aspecto dinámico o subjetivo es que las personas sean compensadas de una forma que materialice el principio de igualdad material. En otras palabras, éste componente permite que el juez, a la hora de valorar el daño, pueda atender a las condiciones particulares de la víctima. Solo así, se evita que la reparación asigne un valor

---

<sup>97</sup> Ibídem.

monetario a cada órgano o función corporal (v.gr. un brazo o un dedo), obligando al juez a analizar caso por caso.

Es necesario en este punto advertir que con el componente subjetivo no se busca reparar los daños a la vida social, sino otorgar una indemnización mayor a las personas con una afectación particularmente mayor. En palabras de la Corporación: *“No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave”*<sup>98</sup>.

#### **4.4.1. Naturaleza de las lesiones**

A la hora de valorar el daño a la salud, la jurisprudencia ha distinguido entre dos situaciones: Cuando el hecho dañoso genera lesiones temporales y cuando el mismo genera lesiones permanentes. Para determinar el carácter de temporalidad de las lesiones sufridas, el Consejo de Estado ha establecido que si las lesiones son reversibles, es decir, si en el marco de la atención médica la persona puede ser curada y sólo ha tenido que soportar la lesión por un periodo de tiempo, se estará ante lesiones de carácter temporal. Por el contrario, si las lesiones no son reversibles y no pueden ser curadas, se estará ante unas de carácter permanente.

##### ***4.4.1.1. Lesiones permanentes***

---

<sup>98</sup> *Ibídem.*

En decisión del 28 de marzo de 2012<sup>99</sup> el Consejo de Estado fijó un tope indemnizatorio de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes para reparar las lesiones permanentes que afecten la integridad psicofísica de la persona. Con esta determinación no se pretende que, en todo caso y ante toda lesión, el juez reconozca la indemnización máxima, sino que a partir del arbitrio judicial y de las particularidades del caso en concreto, se determine el importe a pagar sin que pueda exceder en ningún caso de tal cuantía.

De manera reciente, el Consejo de Estado decidió unificar su jurisprudencia en torno a la indemnización del daño a la salud<sup>100</sup> sentando dos reglas a la hora de reparar las lesiones corporales permanentes: una de carácter general en donde los topes indemnizatorios oscilan entre los diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y una excepcional en donde en casos de extrema gravedad el operador jurídico puede aumentar la cuantía hasta los cuatrocientos (400) salarios mínimos. Al respecto dijo el Tribunal:

*“Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.”<sup>101</sup>*

---

<sup>99</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit., exp. 22163.

<sup>100</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias de unificación de 28 de agosto de 2014, Expedientes 31170 y 31172.

<sup>101</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit., Documento final del 28 de agosto de 2014

Así las cosas, el juez, en ejercicio de su arbitrio judicial, deberá considerar la gravedad y naturaleza de la lesión permanente padecida y utilizar la siguiente tabla indemnizatoria según el porcentaje de incapacidad:

<b>REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL<sup>102</sup></b>	
<b>Gravedad de la lesión</b>	<b>Víctima</b>
Igual o superior al 50%	100 SMLMV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMLMV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMLMV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMLMV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMLMV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMLMV

<b>REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD</b>	
<b>Concepto</b>	<b>Cuantía Máxima</b>
Regla General	100 SMLMV
Regla de Excepción	400 SMLMV

#### **4.4.1.2. Lesiones temporales**

La cuantía a compensar difiere cuando el perjuicio a la integridad personal se deriva de lesiones que son reversibles y curables. El Consejo de Estado, en reciente sentencia determinó que para calcular el valor a indemnizar por unas lesiones temporales “(...) *debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de*

<sup>102</sup> *Ibíd.*

*reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar.”<sup>103</sup>*

En otras palabras, el juez deberá, ante unas lesiones de carácter temporal, otorgar una indemnización equivalente a la que correspondería si las lesiones hubiesen sido permanentes, pero teniendo en cuenta el lapso de tiempo por el cual se sufrieron las mismas, todo en función del *arbitrio iure* y bajo la plena observancia de las reglas de la experiencia y la sana crítica.

El Consejo de Estado al analizar el caso de un extranjero en estado de paraplejia, privado de la libertad por el delito de narcotráfico y que por causa de la mala atención médica y la falta de facilidades sanitarias de los centros penitenciarios en los que fue recluido tuvo graves decaimientos en su salud que posteriormente fueron curados, estableció:

*“(…) de haber sido de carácter permanente, dichas lesiones habrían dado lugar a otorgar una indemnización cercana a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin embargo, comoquiera que está demostrado que al señor Sholten le fueron tratadas las dolencias por las cuales fue trasladado al hospital San Ignacio y que allí no sólo se curó de la infección padecida, sino que le practicaron un recubrimiento de la zona perineal, con injertos de piel, intervención respecto de la cual evolucionó favorablemente, está claro que los padecimientos constitutivos de daño a la salud susceptible de ser indemnizado fueron sufridos por un espacio de alrededor de tres*

---

<sup>103</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Expediente: 28832, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

*meses. Así pues, en la medida en que las lesiones padecidas por el señor Sholten corresponden a lesiones que no sólo eran de carácter reversible sino que, efectivamente, fueron revertidas en el marco de la atención médica garantizada por la demandada y que la víctima tuvo que soportarlos por un período relativamente corto en comparación con lesiones graves de carácter permanente que una persona joven tendría que soportar a lo largo de sus años de vida, se considera proporcionado reconocer una indemnización correspondiente a la décima parte de lo que se otorgaría por las lesiones de mayor gravedad de carácter permanente -100 smlmv-, esto es, diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”<sup>104</sup>.*

#### **4.4.2. El porcentaje de incapacidad**

Aparte de la naturaleza de las lesiones, el porcentaje de incapacidad también es fundamental a la hora de tasar el daño a la salud. Con base en él, el operador jurídico debe establecer la cuantía a resarcir según la tabla expuesta anteriormente. En otras palabras, corresponde al juez, *“a través de todos los medios de convicción -directos o indirectos y, principalmente, los que se refieran técnica o científicamente al porcentaje de incapacidad temporal o permanente derivado del daño- la verificación de la existencia de la lesión, las consecuencias que de la misma se derivan en términos de la integridad psicofísica considerada en sí misma y las limitaciones que esa afectación genera en el estado general de bienestar.”<sup>105</sup>*

---

<sup>104</sup> *Ibíd.*

<sup>105</sup> *Óp. Cit. Exp. 22163*



En este sentido, como lo advierte el magistrado Enrique Gil Botero, el médico calificador de la incapacidad adquiere una relevancia importante en lo relacionado al daño a la salud, puesto que *“(...) es a partir de la valoración de la afectación de la integridad corpórea o psíquica que se establece el porcentaje de incapacidad, para lo cual es preciso acudir a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, de conformidad con el procedimiento descrito en el decreto 2463 de 2001.”*<sup>106</sup>

No obstante lo anterior, es necesario precisar que la incapacidad a la que se hace referencia no es únicamente la laboral, sino que se trata de un concepto mucho más amplio en donde se debe tener en cuenta *“la alteración fisiológica, psicológica y/o anatómica, y a la restricción o ausencia para desarrollar o ejecutar una actividad dentro del margen que se considera normal para un ser humano, así como a la aminoración que se genera para el desempeño de un específico rol en la sociedad, lo cual se mide desde la individualidad del sujeto, en relación con su entorno.”*<sup>107</sup> Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, quien en sentencia del 28 de agosto del 2014, unificó su jurisprudencia determinando que si bien el medio de convicción principal que debe utilizar el juez para determinar la gravedad de la lesión es el porcentaje de incapacidad decretado por las juntas de calificación, no es correcto simplemente limitar el daño a la salud a dicho porcentaje. Por el contrario, se debe *“avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.”*<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> GIL BOTERO. Óp. Cit.,p.120

<sup>107</sup> Ibídem.

<sup>108</sup> CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014. Expediente: 28804, Consejero Ponente: Stella Conto Díaz.

En este orden de ideas, a la hora de valorar el daño a la salud, se debe tener en cuenta, además del porcentaje de incapacidad, las siguientes variables:

- *La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)*
- *La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.*
- *La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.*
- *La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.*
- *La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.*
- *Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.*
- *Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.*
- *Los factores sociales, culturales u ocupacionales.*
- *La edad.*
- *El sexo.*
- *El dolor físico, considerado en sí mismo.*
- *El aumento del riesgo vital o a la integridad*
- *Las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima (v.gr. pérdida de una pierna para un atleta profesional).<sup>109</sup>*

---

<sup>109</sup> *Ibídem.*

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha establecido que el daño a la salud no puede verse limitado por una concepción cuantitativa en donde sólo se atiende al porcentaje de incapacidad que experimenta la víctima. En su valoración, debe atenderse también a una concepción cualitativa, en donde se valore la gravedad de la lesión, la cual podrá determinarse a través de cualquier medio de prueba. Al respecto ha dicho:

*“(...) Se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria. Sobre este punto la Sala ha de insistir en que no hay en la Constitución o en la normatividad infraconstitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño.”<sup>110</sup>*

Más adelante la Corporación agrega:

*“se ha de notar que el concepto cualitativo de alteración psicofísica tiene una mayor extensión [que] el relacionado con el mero porcentaje de incapacidad, especialmente cuando éste se entiende referido a lo meramente laboral. Esto es así porque existen circunstancias de afectación [a] la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad. Este es el caso de lo que en algunas ocasiones se ha llamado daño estético (subsumido dentro de esta*

---

<sup>110</sup> *Ibíd.*

*dimensión del daño a la salud) o la lesión de la función sexual, componentes del daño a la salud que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.”<sup>111</sup>*

En conclusión, a la luz de la jurisprudencia administrativa de hoy en día, la forma de tasar el daño a la salud debe ser a través de una concepción no solo cuantitativa, sino también cualitativa, en donde lo que prima es la libertad probatoria. De allí que el porcentaje de incapacidad sea el principal medio de convicción pero no el único que pueda utilizar el juez para verificar las lesiones y sus consecuencias negativas a la integridad personal de la víctima.

#### **4.4.3. Test de proporcionalidad vs. Arbitrio judicial**

Por último, en la valoración del daño a la salud consideramos importante referirnos a la discusión, que al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha existido, en torno al parámetro que debe utilizarse a la hora de establecer el *quantum* de los perjuicios inmateriales. El magistrado Enrique Gil Botero considera que los daños inmateriales deben ser reconocidos conforme al arbitrio judicial<sup>112</sup>, mientras que el magistrado Jaime Orlando Santofimio considera que los mismos deben ser reconocidos mediante el test de proporcionalidad.<sup>113</sup>

Conforme al último criterio adoptado por el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de marzo de 2012, es el arbitrio judicial y no el test de proporcionalidad, el mecanismo idóneo para la liquidación del daño a la salud. En esa oportunidad se dijo:

---

<sup>111</sup> *Ibíd.*

<sup>112</sup> Respecto al arbitrio judicial como mecanismo para establecer el *quantum* de los daños inmateriales pueden consultarse, entre otras, las sentencias 17993 y 19440.

<sup>113</sup> Respecto al test de proporcionalidad como mecanismo para establecer el *quantum* de los daños inmateriales pueden consultarse, entre otras, las sentencias 19959 y 21274

*“En consecuencia, ante la existencia de baremos o tablas de punto legales que definan las indemnizaciones a diferencia de la experiencia de otros países (v.gr. Francia e Italia), para la liquidación el daño a la salud en la jurisprudencia vernácula es preciso recurrir a la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la integridad psicofísica.*

*(...) el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones:*

*Los perjuicios inmateriales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño a la salud constituye una lesión a la órbita psicofísica del ser humano, razón por la cual no es susceptible o posible de ser fijada o establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.*

*Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio fisiológico es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad*

*del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del mismo, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos.*”<sup>114</sup>

Así las cosas, el arbitrio judicial (no la arbitrariedad), permite efectuar el ejercicio de la tasación al daño, ya que al no poder el legislador prever todas las variables que se puedan presentar en la vida, el operador judicial debe tener un “*campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza [traza] derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley*”<sup>115</sup>. Sobre todo cuando la afectación se predica de un bien tan personalísimo como son las lesiones personales, las cuales son incommensurables, es el arbitrio judicial el llamado a determinar el quantum de la indemnización.

#### **4.5. Valoración del daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados**

Por último, es necesario referirnos a la forma de valorar el daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados como especie de los daños inmateriales. En cuanto a la reparación de esta clase de perjuicios, el Consejo de Estado ha precisado que:

---

<sup>114</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp., Cit. exp. 22163.

<sup>115</sup> *Ibíd.*

*“(...) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario. (...) Sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado”.*<sup>116</sup>

Aplicando los criterios anteriormente descritos, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha reconocido en varias de sus sentencias diferentes medidas de satisfacción con el fin de reconocer la dignidad de las víctimas, hacer realidad las garantías a las que tienen derecho y reprobar las violaciones a los derechos humanos. Algunas de estas medidas de carácter no pecuniario han consistido en el reconocimiento público de la falla en el servicio del Estado, en la orden de publicar las sentencias condenatorias en medios de amplia divulgación, e incluso en restablecer la dignidad, la honra, el buen nombre y la reputación de las familias de las víctimas.

Lo anterior es resumido por la Corporación en los siguientes términos:

---

<sup>116</sup> CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit, exp: 32988

<b>REPARACIÓN NO PECUNIARIA</b>		
<b>AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS</b>		
<b>Criterio</b>	<b>Tipo de Medida</b>	<b>Modulación</b>
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

<b>INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA</b>		
<b>Criterio</b>	<b>Cuantía</b>	<b>Modulación de la cuantía</b>
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecunarias satisfactorias.	Hasta 100 SMLMV	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.



## **5. EL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO COMPARADO**

Con el fin de brindar una explicación al constante cambio de posición en torno a los perjuicios inmateriales, nos referimos en este capítulo al sistema de daños del derecho francés e italiano, por ser los que en mayor medida han influido en nuestra jurisprudencia. Para esto, seguiremos la clasificación propuesta por Milagros Koteich Khatib en los diferentes textos de su autoría.

### **5.1. Los daños inmateriales en el derecho italiano**

#### **5.1.1. Del daño a la vida de relación al daño biológico (o a la salud)**

La reparación del daño inmaterial no fue siempre admitida en el ordenamiento italiano. En efecto, sólo hasta el año de 1930, con la adopción de un nuevo Código Penal, se aceptaría la posibilidad de reparar el perjuicio moral, dejando atrás la consolidada tradición romana según la cual los daños a la persona no podían ser objeto de indemnización.

A pesar del avance que se introdujo en la materia, la reparación del daño moral resultó limitada únicamente a las lesiones producto de un ilícito penal. De esta manera, si la causa del perjuicio era otra, sólo podía reconocerse el detrimento económico sufrido por la víctima en la modalidad de lucro cesante y daño emergente.

Para superar esta limitante la jurisprudencia italiana comenzó a desarrollar una nueva categoría de daño denominado “**a la vida de relación**”. No obstante, alrededor del mismo se presentaron fuertes discusiones acerca de la naturaleza que éste debía tener. Así, en un principio se le concibió como daño extrapatrimonial autónomo del moral. Luego, con la entrada en vigencia del Código Civil de 1942, sería clasificado como uno de tipo patrimonial, llegándose a confundir con la pérdida de la capacidad laboral de la víctima.

De esta forma, para que procediera una indemnización por el daño –patrimonial– a la vida de relación “*debía existir un ligamen, aunque fuera indirecto, con un interés patrimonial de la víctima, con lo que en últimas se hacía vano el remedio correctivo que tal tipo de daño pretendía ser, al terminar cobijado por la misma lógica, tradicional, de productividad y ganancias.*”<sup>117</sup>

Bajo esta concepción, entonces, el hombre valía sólo por lo que producía. La pérdida de un miembro del cuerpo humano no era resarcible si no se demostraba que la misma había producido un detrimento en el patrimonio de la víctima.<sup>118</sup>

En este sentido, gracias a la visión materialista del daño a la vida de relación, su resarcimiento estuvo encaminado a mantener la posición económico-social que tenía la persona antes del hecho dañoso. De ahí que la indemnización debiera ser acorde con su condición social y la solidez de su patrimonio. Esto llevó a que el perjuicio se entendiera como exclusivo de ciertas clases sociales y fuera considerado como uno subjetivo e inequitativo en la medida en que una persona podía tener una vida relacional más activa que otra, haciéndose consecuentemente acreedor de una mayor indemnización, aun cuando la lesión fuera la misma.

---

<sup>117</sup> GIL BOTERO. Óp. Cit. p. 95.

<sup>118</sup> KOTEICH KHATIB, Milagros: El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias. En: Revista de Derecho Privado, núm. 10, 2006. Págs. 161-193.

Para hacer frente a estas críticas, la jurisprudencia italiana recurrió al derecho constitucional. Así, hacia los años sesentas, comenzó a hacer uso del **derecho a la salud** para con base en él reparar las distintas lesiones a la integridad personal originadas en fuentes diversas del ilícito penal y de manera aislada a la capacidad para producir renta de la víctima.

Más adelante, la reparación del derecho a la salud se manifestaría en la creación del “**daño biológico**”, utilizado para resarcir “*aquellas situaciones de invalidez física, pérdida de funcionalidad de un órgano, deturpación, impotencia sexual, enfermedades nerviosas y sicosomáticas, insomnio, trastornos mentales y cualquiera otra lesión, permanente o no, de la persona en cuanto a la entidad biológica.*”<sup>119</sup> Con esta nueva concepción la jurisprudencia dotó los daños a la persona de una mayor objetividad al referirse únicamente a su esfera funcional y al eliminar toda referencia al estatus social de la víctima.

En este orden de ideas, se abrió paso en el sistema de daños un perjuicio biológico o a la salud siempre indemnizable e independiente de la capacidad para producir ingresos de la víctima, el cual terminaría por absorber, en los años noventa, todas las anteriores categorías (v.gr. daño a la vida de relación, estético, daño a la esfera sexual etc.)<sup>120</sup>

La Corte de Casación italiana se ha referido en varias sentencias<sup>121</sup> al daño biológico como “*un daño extrapatrimonial “complejo” que comprende no sólo la lesión psicofísica en sí misma, sino todas aquellas hipótesis de daño de naturaleza no reidual, como el daño a la vida de relación,*

---

<sup>119</sup> ROZO SORDINI, Paolo Emanuele: El daño biológico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p.85.

<sup>120</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias no. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 1133 de 1990, 9170 de 1994 y 7262 de 1991, citadas por el Doctor Enrique Gil Botero, en donde se agrupan los daños estéticos, a la vida de relación, sexual, a la incapacidad genérica, etc. dentro del concepto de daño biológico.

<sup>121</sup> Sentencias de Casación Civil no. 15859 del 15 de diciembre de 2000 y no. 15187 del 6 de agosto de 2004, citadas por Milagros Koteich.

*el daño estético y el daño a la capacidad laboral genérica, que inciden sobre el bien salud entendido en sentido lato.*”<sup>122</sup>

Esta posición jurisprudencial ha sido consagrada en la Ley Italiana del 5 de marzo de 2001 al definir el daño biológico como *“aquella lesión de la integridad psicofísica de la persona, susceptible de comprobación médico-legal”*<sup>123</sup>, y al consagrar de manera expresa cómo *“el daño biológico es resarcible independientemente de su incidencia sobre la capacidad del damnificado de producir renta.”*<sup>124</sup>

### **5.1.2. Sistema actual de los daños en Italia**

Actualmente, en la jurisprudencia italiana se reconocen tres clases de daños inmateriales: (i) el daño moral subjetivo (ii) el biológico o a la salud y (iii) la lesión a intereses de rango constitucional.

La anterior clasificación se extrae de una serie de pronunciamientos proferidos por la Corte Suprema de Casación y la Corte Constitucional<sup>125</sup>, en los que se concluyó que una lectura acorde con la Carta Política debía extender la aplicación del artículo 2059 del Código Civil a otras categorías de daños inmateriales diferentes al moral. Al respecto dijo la Corte Constitucional:

---

<sup>122</sup> KOTEICH KHATIB, Milagros: La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. "daño existencial". En Revista de Derecho Privado, núm. 15, 2008, Págs. 145-162.

<sup>123</sup> VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio: Responsabilidad civil extracontractual . Bogotá: Temis, 2013. Pág. 328

<sup>124</sup> *Ibidem.* p. 328

<sup>125</sup> Al respecto pueden consultarse las Sentencias de Casación Civil no. 8827 y 8828 del 31 de mayo de 2003 y la no. 15022 del 15 de julio de 2005. En este mismo sentido la Sentencia no. 233 del 11 de julio de 2003, proferida por la Corte Constitucional italiana. Citadas por Milagros Koteich.

“(…) en dos recientes pronunciamientos (Cas. 31 de mayo de 2003, n. 8827 y 8828), que tienen el indudable mérito de conducir a la racionalidad y coherencia el tormentoso capítulo de la tutela resarcitoria del daño a la persona, con riqueza argumentativa se hace –en el marco de un sistema bipolar de daño patrimonial y daño extrapatrimonial– una interpretación constitucionalmente orientada del artículo 2059 C.C., tendiente a comprender en la previsión abstracta de la norma todo daño de naturaleza extrapatrimonial derivado de la lesión a valores inherentes a la persona: **el daño moral subjetivo**, entendido como turbación pasajera del estado de ánimo de la víctima; **el daño biológico** en sentido estricto, entendido como lesión del interés constitucionalmente protegido, a la integridad psíquica y física de la persona, médicamente constatable (art. 32 const.); y finalmente, **el daño (...) derivado de la lesión a (otros) intereses de rango constitucional inherentes a la persona.**”<sup>126</sup> (Negrillas no son del texto original)

Por último, consideramos necesario mencionar cómo en los últimos años se ha difundido en la jurisprudencia y doctrina italiana una nueva categoría denominada “**daño existencial**” entendido como: *todo perjuicio causado en el hacer no reductivo del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.*”<sup>127</sup>

Patrizia Zivis, citada por Milagros Koteich, advierte cómo el daño existencial debe entenderse dirigido a resarcir el campo de “realización de la persona”, el cual comprende: (i) sus actividades

---

<sup>126</sup> KOTEICH KHATIB. Óp. Cit., p. 174.

<sup>127</sup> CORTE DE CASACIÓN ITALIANA: Sentencia no. 6572 del 24 de marzo de 2006. En el mismo sentido, Sentencia no. 26972 del 24 de junio de 2008. Citadas por Milagros Koteich.

biológicas y de subsistencia, (ii) sus relaciones afectivo-familiares, (iii) sus relaciones sociales, (iv) sus actos de carácter cultural y religioso, y (v) su esparcimiento y diversión. De ahí que algún sector de la doctrina considere este tipo de daño como uno excesivamente amplio, dentro del cual todo tiene cabida, tildándolo de “megacategoría.”

Lo cierto es que, en la actualidad, no existe claridad acerca de si ésta nueva categoría es un daño inmaterial autónomo o de si es posible encuadrarlo en otros como la lesión a intereses o derechos constitucionalmente protegidos. Habrá entonces que esperar una decisión en éste sentido.

## **5.2. Los daños inmateriales en el derecho francés**

### **5.2.1. Daños derivados de la lesión corporal**

En el derecho francés se acoge una concepción amplia de los daños basada en el artículo 1382 del Código Civil. En esta disposición se consagra el deber de reparar el daño sin distinguir entre sus diferentes clases; de ahí que, a diferencia de lo sucedido en el derecho italiano, se haya admitido la posibilidad de reparar todo tipo de perjuicio: patrimonial y extrapatrimonial.

Como lo anota el autor argentino Jorge Mosset Iturraspe<sup>128</sup>, la reparación del daño corporal en éste país es el género, derivándose de él los demás daños. En otras palabras, *“el daño corporal puede producir además del perjuicio patrimonial o económico, constituido por el daño*

---

<sup>128</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge: Responsabilidad por daños. Parte General. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 2004. Pág. 321.

*emergente y el lucro cesante derivado de la incapacidad temporal y del déficit funcional permanente, diversos perjuicios de carácter extrapatrimonial.”*<sup>129</sup>

En este orden de ideas, siguiendo de cerca las ideas de Milagros Koteich, la jurisprudencia francesa ha reconocido los siguientes daños inmateriales derivados del daño corporal: (i) El daño moral, (ii) el perjuicio de agrado, (iii) el perjuicio fisiológico, (iv) el perjuicio estético, y (v) el perjuicio sexual. A continuación nos referimos brevemente a cada uno de ellos.

En un principio, el sistema de daños se refirió únicamente a los patrimoniales y al **“daño moral”**. Este perjuicio ha sido utilizado por la jurisprudencia francesa, al igual que la nuestra y la italiana, para referirse a los sentimientos de pesar, dolor o angustia, que experimenta la víctima como consecuencia del hecho dañoso. La diferencia está en la forma en la que se valora el daño, en donde el juez debe atender a la duración e intensidad del sufrimiento. Para esto, además de oír conceptos médicos acerca del dolor que experimenta la víctima, debe consultar baremos que califican el dolor para determinar su valor.<sup>130</sup>

Más adelante, la jurisprudencia francesa reconoció que restringir los daños inmateriales únicamente al moral hacía del sistema uno limitado. Por eso, hacia los años cincuenta se refirió a un **“perjuicio de agrado”**<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> KOTEICH, KHATIB, Milagros: La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del ‘daño corporal’) en el ordenamiento francés. En: Revista de Derecho Privado. núm. 18. Págs.159-204

<sup>130</sup> Al respecto puede consultarse la obra anteriormente citada de Milagros Koteich, en dónde expone cómo el dolor puede clasificarse en 5 niveles: muy ligero, ligero, moderado, medio, medianamente importante, importante, y muy importante. El baremo tiene referencia apenas indicativa, por lo que el juez deberá en cada caso atender a las condiciones particulares de la víctima (la lesión sufrida, las intervenciones quirúrgicas prácticas, los desplazamientos dolorosos, etc.)

<sup>131</sup> Es importante advertir que el perjuicio de agrado es desarrollo de la jurisdicción ordinaria francesa y no de la contencioso administrativa. No obstante, dado que en nuestro país se adoptó por el Consejo de Estado consideramos necesario referirnos a la noción.

En su concepción original (1950-1973) el perjuicio de agrado se concibió para reparar las “*actividades deportivas o artísticas, en las cuales la víctima se había destacado y que debía dejar por causa del accidente*”<sup>132</sup>. Así, para que su reconocimiento fuera procedente, el afectado debía practicar la actividad simplemente por placer, ya que si la misma era desempeñada a título profesional se configuraba un daño patrimonial en la modalidad de lucro cesante.

Esta concepción llevó a que se le considerara por parte de un sector de la doctrina como uno de carácter restrictivo y elitista. Por eso, años más tarde, su naturaleza se ampliaría al considerarse por parte de la jurisprudencia que la disminución en los gozos de la vida no se producía únicamente por actividades de tipo lúdico o deportivas, sino por la imposibilidad de poder realizar placeres normales de la existencia como pasear, leer, oler, saborear, practicar la jardinería, tener relaciones sexuales, entre otras.

En la década de los sesentas, el Consejo de Estado francés se refirió a un “**daño por alteración en las condiciones de existencia**”<sup>133</sup>, reconociéndolo como uno autónomo e independiente frente al moral y encaminado a cubrir todas aquellas “*modificaciones anormales del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, hábitos o en sus proyectos.*”<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> MOSSET ITURRASPE. Óp. Cit., p. 321

<sup>133</sup> Al igual que lo que sucede con el perjuicio de agrado, la noción de daño por alteración en las condiciones de existencia es únicamente utilizada en la jurisprudencia administrativa, y no en la ordinaria. Puede decirse que ambas categorías resarcan lo mismo, aunque con nombres diferentes, en una y otra jurisdicción.

<sup>134</sup> HEANO. Óp. Cit. p. 252.



La nueva categoría tuvo lugar gracias a tres pronunciamientos<sup>135</sup> en los cuales se concluyó que el núcleo familiar de la víctima (hijos y esposa) se veía gravemente alterado al perder al padre, sustento de la familia.

La autora Milagros Koteich, al referirse a éste daño, señala cómo la jurisprudencia administrativa divide los problemas en las condiciones de existencia en dos:

*“el primero, referido a los problemas fisiológicos, relacionados directamente con la lesión a la integridad psicofísica de la víctima ... (como por ejemplo: las dificultades de masticación, los problemas provocados por lagrimeos, derrames auriculares y salivales, vértigos, etc.) ; y el segundo, concerniente a los problemas no-fisiológicos provocados por la lesión, como las molestias para realizar los actos de la vida corriente, que tienen carácter subjetivo, son variables de un individuo a otro ... (a título de ejemplo: los problemas ligados a las relaciones con el entorno, como dificultades para llevar una vida social y familiar normal, los problemas relacionados con la alteración del modo de vida, bien sea por ejemplo a causa de un cambio de domicilio o por una modificación en las condiciones de trabajo.)”*<sup>136</sup>

Para los años ochenta, el perjuicio de placer desaparecería y la jurisprudencia francesa adoptaría la noción **“perjuicio fisiológico”**. El concepto se consolidó gracias al trabajo de la *Comision Bellet*, creada en 1981 para estudiar los daños derivados de los accidentes de tránsito, que

---

<sup>135</sup> Se hace referencia a los Fallos “Consortes Vimart”, “Lettiserand” y “Comuna de Plonisy” citados por Juan Carlos Henao en su obra “El daño”. Pág. 252.

<sup>136</sup> KOTEICH KHATIB. Óp. Cit. p. 177.

recomendó reemplazar la noción de perjuicio de agrado por este nuevo concepto<sup>137</sup>. De esta forma, la jurisprudencia terminaría aceptando la noción para referirse al “*mal funcionamiento de los órganos humanos o, más ampliamente, la reducción permanente de las funciones físicas o psíquicas de la víctima, que se produce como consecuencia de la lesión corporal y acarrea, problemas que afectan las condiciones de trabajo y de existencia (por ejemplo, molestias al usar los miembros, tener que emplear un esfuerzo mayor en el desarrollo de las actividades, etc.)*”<sup>138</sup>

En la actualidad, este perjuicio se compone de dos elementos: uno cuantitativo y uno cualitativo. Del primero se encarga la medicina legal al analizar y valorar la magnitud de la pérdida funcional de la víctima. El segundo, toma en consideración las consecuencias personales que se producen en la vida del lesionado en su trabajo, sus relaciones sociales, en su proyecto de vida etc.

A la hora de calcular la indemnización, se utiliza por parte de los jueces una tabla que clasifica en porcentajes la pérdida de capacidad de la víctima y la correlaciona con su edad. Así, a mayor incapacidad y menor edad corresponderá una indemnización más elevada.

De otra parte, es posible encontrar dentro de las decisiones francesas, un “**perjuicio estético**” dirigido a reparar “*la alteración en la armonía física de la persona en virtud de las huellas visibles que deja en ella la lesión corporal, como cicatrices, deformaciones, mutilaciones etc.*”<sup>139</sup> En otras palabras dentro de él se incluyen los sentimientos de molestia, humillación o

---

<sup>137</sup> MOSSET ITURRASPE. Óp. Cit .p. 322.

<sup>138</sup> KOTEICH MILAGROS. Óp. Cit. p. 182.

<sup>139</sup> Ibídem. p.174.

pesar que experimenta una persona al ver ciertas heridas que dañan la estética de su cuerpo. Se trata en últimas de la lesión a la belleza física.<sup>140</sup>

En la valoración de este perjuicio, al igual que en el daño moral, los jueces deben atender a la intensidad del daño estético (para lo cual deberán oír la experticia médica) y a las condiciones particulares de la víctima (su edad, sexo, profesión).

Por último, también se ha reconocido que el daño corporal puede ocasionar un “**perjuicio sexual**” consistente no sólo en la imposibilidad de desarrollar la función sexual, sino en la incapacidad para procrear o concebir. Respecto de esta categoría, no existe una posición unánime acerca de su naturaleza, es decir, no existe certeza acerca de si es un daño autónomo o de si debe ser incluido dentro del daño fisiológico.

### 5.2.2. Otras categorías

Dentro de la tipología de los daños inmateriales también es posible encontrar otras categorías como el perjuicio de establecimiento, el perjuicio juvenil y el de contaminación, desarrollados por la Corte de Casación francesa.

El “**perjuicio de establecimiento**” se ha concebido como *“la pérdida de la esperanza y de las posibilidades normales de realizar un proyecto de vida familiar, como contraer matrimonio, formar una familia, criar hijos, etc.”*<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> Ibídem. p 170

<sup>141</sup> Ibídem. p.180.

Por su parte, el **“perjuicio juvenil”** está dirigido a reparar *“las frustraciones y privaciones que derivan de no poder participar de los juegos y de las alegrías propias de su edad.”*<sup>142</sup>. Este se reconoce a las víctimas menores de edad cuando se ven expuestas a lesiones graves y permanentes (paraplejia, tetraplejia, traumatismos craneales etc.)

Por último, también se ha reconocido un **“perjuicio de contaminación”** para aquellas personas que resultan contaminadas por virus como el Sida o la Hepatitis C. Este comprende *“el conjunto de problemas que dichas enfermedades provoca en las condiciones de existencia de la víctima (incluidos el perjuicio fisiológico y los daños morales, por los que no puede pedirse una reparación adicional).”*<sup>143</sup>

### **5.2.3. Estado actual del sistema de daños**

Como lo pone de presente Milagros Koteich, en la actualidad la Corte de Apelaciones francesa, perteneciente a la jurisdicción ordinaria, pareciera inclinarse por una nueva noción consistente en el **“perjuicio funcional de agrado”** para reunir en una sola categoría todas las consecuencias extrapatrimoniales que sobre la vida familiar e individual de la persona se producen a causa de la lesión a su integridad psicofísica.<sup>144</sup>

No obstante lo anterior, el perjuicio no se encuentra consolidado en el sistema de daños toda vez que la Corte de Casación, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, sigue reconociendo de

---

<sup>142</sup> Ibídem. p. 181.

<sup>143</sup> Ibídem. p.179.

<sup>144</sup> Ibídem. p. 187

manera autónoma el perjuicio fisiológico y el de agrado. Habrá entonces que esperar si está última Corporación decide reconocerlo.

## 6. CONCLUSIONES

Del análisis jurisprudencial realizado es posible concluir lo siguiente:

- a. Es evidente la falta de claridad y consistencia en la sistematización de los daños inmateriales hecha por el Consejo de Estado. Lo anterior se deduce de los diferentes nombres y alcances dados al daño a la integridad psicofísica en las últimas dos décadas.
- b. En una primera etapa se usó como sinónimos el perjuicio fisiológico y el daño a la vida de relación sin que hubiera una explicación jurídica para esto, ya que no se entiende como un daño que busca reparar la lesión corporal en sí misma, termina reparando las consecuencias exteriores del mismo. El daño fisiológico en su concepción original - Francia- es uno indemnizable en sí mismo, del cual pueden derivarse otros daños: el moral, a la vida de relación, etc. No obstante, al incorporarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico se le comparó con el daño a la vida de relación –Italia– haciendo que el mismo perdiera toda su naturaleza.
- c. Más adelante, en el año de 1997, las lesiones a la integridad corporal fueron dotadas de una naturaleza híbrida: daño extrapatrimonial y patrimonial a la vez. La jurisprudencia pronto cayó en cuenta de su error y en el mismo año lo corrigió, devolviéndole su naturaleza de perjuicio inmaterial autónomo.

- d. En el año 2000 se abandonó la noción de perjuicio fisiológico para adoptar definitivamente la de daño a la vida de relación. Si bien con esta determinación desaparecieron las imprecisiones de comparar ambas nociones, lo cuestionable es que con ella haya desaparecido el primero concepto. Además es de notar que la tendencia en países como Italia y Francia fue la contraria: erradicar categorías abiertas, elitistas y subjetivas del daño (daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia) para dar lugar a nociones objetivas tendientes a reparar las lesiones a la integridad corporal.
- e. Siete años después, en el 2007, la jurisprudencia local volvió a modificar el *nomen iuris* para referirse a las lesiones corporales, optando esta vez, por la noción de alteración grave a las condiciones de existencia y la consecuente eliminación del daño a la vida de relación. Con este cambio, el espectro de lo indemnizable resultó ampliado al considerarse que los cambios bruscos y significativos en las condiciones de existencia de las personas, podía tener lugar no solo gracias a lesiones producidas en la integridad corporal de la víctima, sino en otros derechos o intereses jurídicamente tutelados como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otros.
- f. En el 2011, el Consejo de Estado retomó el concepto de perjuicio fisiológico al considerar que este no podía entenderse del todo eliminado, sino que debía utilizarse cuando el daño tuviera origen en una lesión corporal. En ese mismo año, la jurisprudencia dio un salto hacia el daño a la salud. Respecto de este último concepto se puede decir lo siguiente:

- En primera medida, el daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son el perjuicio fisiológico, la alteración grave a las condiciones de existencia y el daño a la vida de relación.
- Antes de la consagración del daño a la salud, la jurisprudencia no resarcía el déficit o la pérdida funcional. Únicamente se tenía en cuenta las consecuencias que en el modo de vivir de la víctima se producían. No había como tal una reparación del derecho a la salud.
- El daño a la salud tiene una doble connotación: (i) Una objetiva o estática en donde se debe tener en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión y (ii) una de contenido dinámico en la cual se debe analizar las particularidades o especificidades que ese perjuicio significó para cada víctima en particular, con el fin de incrementar el importe a indemnizar. En otras palabras, el daño a la salud tiene un componente igual para todos (objetivo) y uno personalizado para cada individuo (subjetivo).
- El criterio objetivo o estático debe ser tasado con base en el porcentaje de invalidez integral (no laboral) decretado por el médico. En el criterio subjetivo o dinámico se podrán utilizar otros medios de convicción, esto es, un criterio cualitativo de libertad probatoria para determinar lo resarcible.



- La reparación por el concepto de daño a la salud debe ir de diez (10) a cien (100) salarios mínimos dependiendo del porcentaje de invalidez decretado por un médico. Excepcionalmente y en casos de extrema gravedad la indemnización puede llegar a los cuatrocientos (400) SMLMV.
  - La reparación por el concepto de daño a la salud en lo atinente a lesiones temporales, debe llevarse a cabo haciendo un parangón con la reparación procedente a unas lesiones permanentes de igual categoría.
  - Actualmente, la tasación del daño a la salud se debe hacer en aplicación del principio del arbitrio iure (aunque la posición dentro de la Corporación no sea pacífica), es decir, que el juez deberá determinar con fundamento en la sana crítica, la experiencia y el sentido común, la compensación para resarcir el daño a la integridad personal.
- g. De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, la tipología de daños queda sistematizada de la siguiente manera: (i) Los daños materiales en su modalidad de daño emergente o lucro cesante. (ii) Los daños inmateriales compuestos por: (a) los perjuicios morales, (b) el daño a la salud y (c) la lesión a derechos o intereses jurídicamente tutelados que no estén comprendidos dentro del daño a la salud. Respecto de esta última categoría vemos con preocupación la indeterminación de lo resarcible por ella, ya que no se sabe a ciencia cierta si dentro de la misma es posible indemnizar las alteraciones en las condiciones de existencia o a la vida de relación producidas por el hecho dañoso. De

igual manera, consideramos que no puede entenderse incluida dentro del daño a otros bienes jurídicamente tutelados cualquier derecho, sino únicamente aquellos íntimamente relacionados con la dignidad del hombre y con su existencia. Todo esto con el fin de evitar que bajo esta categoría se vuelva a degenerar la objetividad tan anhelada por la jurisprudencia.

- h. En la actualidad los límites y criterios de reparación en torno a los perjuicios inmateriales se encuentran recopilados en el documento del 28 de agosto de 2014, proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado. El documento es un esfuerzo de la Corporación por sistematizar los últimos lineamientos jurisprudenciales acerca del tema. En este sentido, consideramos que el mismo es afortunado. Sin embargo, en nuestra opinión, debería ser el legislador quien definiera los topes indemnizatorios en la reparación de los daños inmateriales, toda vez que los jueces están llamados a ampliar e interpretar la ley y no a crear el derecho de manera directa.
- i. Con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha influido directamente en las demás Altas Cortes, las sentencias proferidas por los Tribunales de cierre son vinculantes para las autoridades administrativas y judiciales. De manera específica, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el legislador ha incluido figuras tendientes a hacer vinculante el precedente dictado por el Consejo de Estado:
  - En uso del mecanismo de extensión de jurisprudencia, el administrado puede acudir a la autoridad para que se le aplique una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, siempre y cuando su situación cumpla con los mismos

supuestos de hecho y de derecho de la decisión que se pretende aplicar (art. 102). En caso de que la administración decida negarle la extensión o guarde silencio, el peticionario podrá acudir a la vía judicial para solicitarle al máximo tribunal de lo contencioso administrativo la extensión de la misma (art. 269).

- Por su parte, para que proceda el recurso de unificación de jurisprudencia, es necesario que exista una sentencia, de única o segunda instancia, que haya causado un perjuicio a una de las partes por inaplicar o contradecir una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado (Art. 258).
- j. Las providencias recopiladas en el documento del 28 de agosto de 2014 tienen la connotación de ser sentencias de unificación. En este sentido, las mismas no sólo resultan vinculantes, sino que también pueden ser objeto de los mecanismos de extensión de jurisprudencia a terceros y del recurso extraordinario de unificación. De esta forma, una persona podría acudir ante la administración y/o ante el Consejo de Estado para solicitar la extensión de los efectos de estas sentencias, siempre y cuando estuviese en la misma situación de hecho y de derecho del demandante de la decisión que se pretende aplicar.
- k. De acuerdo con las normas del CPACA y la jurisprudencia de la Corte Constitucional es necesario distinguir entre los conceptos de *precedente judicial* y *sentencias de unificación*. Sólo las de unificación pueden ser objeto de extensión. Las demás sentencias proferidas por el Consejo de Estado tienen el valor de precedente judicial.
- l. Por último, queremos llamar la atención acerca de la importación de categorías foráneas en nuestro país, dado que la presente investigación ha demostrado que la misma no

siempre ha sido afortunada. Aunque reconocemos la importancia que existe a la hora de comparar nuestro ordenamiento con otros más desarrollados y con larga trayectoria en elaboración de instituciones jurídicas, no se puede entrar a trasplantar los mismos sin tener en cuenta las realidades propias del ordenamiento nacional. En este sentido, es posible afirmar que aparte de incorporar la doctrina francesa y la italiana, nuestra jurisprudencia también reprodujo sus problemas.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José: Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: Legis. Pág. 163.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 6a Ed. Argentina: Abeledo-Perrot, 1996. Pág. 286.
- GIL BOTERO, Enrique: La institución del daño a la salud en Colombia. En: Instituciones de Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Pág. 322-342.
- GIL BOTERO, Enrique: El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. En: Revista digital de Derecho Administrativo, núm 8. Págs. 89-145.
- HENAO, Juan Carlos: El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y francés. Bogotá: Temis, 1998. Pág. 38.
- HOYOS DUQUE, Ricardo: El valor del precedente judicial en la ley 1437 de 2011: ¿Es la jurisprudencia fuente de derecho? En: Revista IARCE, núm. 32. Págs. 453 – 474.
- ISAZA POSSE, María Cristina: De la cuantificación del daño. Manual Teórico Práctico. 3a. Ed. Bogotá: Temis. 2013. Pág. 21
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: Responsabilidad por daños. Parte General. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 2004. Pág. 321.

- NADER ORFALE, Rachid. Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En *Advocatus*, Universidad Libre Seccional Barranquilla, núm. 15. Pag. 55 - 71.
- NAVIA ARROYO, Felipe: Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relacion en Colombia. En: *Revista de Derecho Privado*, núm. 12-13, 2007. Pág. 289-304
- KOTEICH KHATIB, Milagros: El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias. En: *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, 2006. Págs. 161-193.
- KOTEICH KHATIB, Milagros: La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. "daño existencial". En: *Revista de Derecho Privado*, núm. 15, 2008, Págs. 145-162.
- KOTEICH, KHATIB, Milagros: La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del 'daño corporal') en el ordenamiento francés. En: *Revista de Derecho Privado*. núm. 18. Págs.159-204
- ROZO SORDINI, Paolo Emanuele: El daño biológico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p.85.
- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Desarrollo histórico de la responsabilidad administrativa en Colombia. Bogotá. Pág. 8.
- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro: Perspectivas de la Responsabilidad del Estado Colombiano. Las formas actuales y las cuentas pendientes. En *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*. Bogotá: Temis. Pág. 489-512
- VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio: Responsabilidad civil extracontractual . Bogotá: Temis, 2013. Pág. 328

- VÉLEZ GARCIA , Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo: Ensayo de derecho público comparado. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996.

## **JURISPRUDENCIA**

- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, Expediente: 36149, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, Expediente: 31772, Consejero Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente: 19046. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 12 de febrero de 2014, Expediente: 40802, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1997, Expediente: 12499, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección tercera, Sentencia del 14 de febrero de 1992, Expediente: 6477, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Expediente: 38222, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Expediente: 19031, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007, Radicado: 190012331000200300385-01, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente: 11842, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 1989, Expediente: 4655, Consejero Ponente: Antonio José de Irrisarri Restrepo
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Expediente: 10421, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 1992, Expediente: 7130. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Expediente: 28832, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014. Expediente: 28804, Consejero Ponente: Stella Conto Díaz.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Expediente: 22163, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 28 de octubre de 197, Expediente: 1842, Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 30 de septiembre de 1960, Consejero Ponente: Francisco Eladio Gómez.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección tercera, Sentencia del 4 de diciembre del 2006, Expediente: 13168, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Expediente: 15657, Consejero Ponente: Myriam Guerrero De Escobar.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 4 de mayo de 2011. Expediente: 17396, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.



- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo de 1993, Expediente: 7428. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Expedientes: 13232 -15646. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio 1993, Expediente: 8163. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Expediente: 32988, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999. Expediente: 11499, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 1991. Expediente: 12165. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.
- CONSEJO DE ESTADO: Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia de 10 de Diciembre de 2013, Expediente: 2177, Consejero Ponente: William Zambrano Cetina.
- CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-333 de 1996, Expediente: D-1111, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-539 de 2011, Expediente: D-8351, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 7 de mayo 1968.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 18 de septiembre de 2009, Expediente: 2005-00406, Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

## **OTROS**

- **CONSEJO DE ESTADO:** Sección Tercera, Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014, Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Bogotá. 2014