

Tasación del daño moral con base en la edad de la víctima a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

¿Debe ser la edad, y más precisamente la capacidad cognitiva de la víctima frente al daño, un factor determinante para tasar la indemnización proveniente de este?

Nicolás Londoño Vélez

Juliana Hoyos Barba

Asesorado por: Esteban Mejía Rico

Escuela de Derecho

Universidad de EAFIT

2020

Tasación del daño moral con base en la edad de la víctima a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

¿Debe ser la edad, y más precisamente la capacidad cognitiva de la víctima frente al daño, un factor determinante para tasar la indemnización proveniente de este?

Nicolás Londoño Vélez

Juliana Hoyos Barba¹

Tabla de contenido

1. Resumen
2. Introducción
3. Concepto de Daño
4. Principio de Reparación Integral
5. La Necesidad del Perjuicio Para la Declaratoria de Responsabilidad.
6. Tipología de perjuicios
 - 6.1. Perjuicios patrimoniales
 - 6.1.1. Daño emergente
 - 6.1.2. Lucro Cesante
 - 6.2. Perjuicios extrapatrimoniales
 - 6.2.1. Daño a la vida de relación o daño a la salud
 - 6.2.2. Afectación o vulneración a los bienes convencional y constitucionalmente amparados (Daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional)
 - 6.2.3. El Daño moral
 - 6.2.3.1. Presunción del daño moral
 - 6.2.3.2. Cuantificación del daño moral

¹ Asesor: Esteban Mejía Rico

7. ¿Debe ser la edad de la víctima un factor determinante para reconocer la indemnización por daño moral?
8. Otros casos de indemnización del daño moral, donde la víctima del daño tiene capacidad cognitiva reducida o carece de esta.
 - 8.1. Reconocimiento del daño moral a los hijos póstumos
 - 8.2. Reconocimiento del daño a personas con déficits mentales, análisis de la sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 30871. Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.
9. Análisis de la Sentencia SC5686 del 19 de diciembre de 2018. “Caso machuca”
10. Conclusiones
11. Bibliografía

1. Resumen

Este trabajo consiste en el estudio del daño moral, y más específicamente del tratamiento dado por la jurisprudencia a la tasación del mismo y los criterios usados para esto. El objetivo principal es determinar si debe ser la edad, y más precisamente la capacidad cognitiva de la víctima, un factor determinante para disminuir la indemnización por concepto de daño moral. Se hará un amplio repaso jurisprudencial sobre decisiones de las Altas Cortes en donde se tuvo que decidir si se concedía o no la indemnización por daño moral a niños menores de 7 años (edad que parece tener la jurisprudencia como referencia).

2. Introducción

El daño moral ha sido uno de los perjuicios indemnizables más discutidos y estudiados dentro de la jurisprudencia y la doctrina, no solo por la dificultad que representa para los jueces a la hora de tasarlo en términos pecuniarios, sino también porque su contenido

no ha sido claro para los operadores jurídicos, entrando así en la cuestión de definir qué es lo que se debe entender como daño moral.

La dificultad probatoria que se presenta a la hora de demostrar la cuantía del daño moral ha llevado a que la jurisprudencia establezca montos predeterminados dependiendo de las circunstancias particulares de la víctima, entre ellas, la edad. La jurisprudencia ha tenido que resolver la cuestión de si la edad debe ser o no un factor determinante a la hora de tasar el daño moral a indemnizar, pues para algunos jueces, los niños y niñas aún no tienen la capacidad cognitiva de entender el hecho mismo y las consecuencias de la muerte o el sufrimiento de un ser querido, y por tanto la dimensión o intensidad del daño moral no debe ser tasada de la misma forma que frente a los adultos.

Este trabajo tiene entonces como objeto principal determinar en qué consiste el daño moral, sus elementos y tratamiento a la luz de la jurisprudencia colombiana, y de qué manera se ha resuelto de forma reciente la cuestión de si se debe o no disminuir la indemnización de los niños en razón de su edad. Para ello, primero se buscará dar al lector la claridad conceptual suficiente para entender el problema, haciendo un recorrido por el concepto de daño, explicando su naturaleza y su papel en la responsabilidad civil, pasando a dar una breve ilustración sobre principio de reparación integral, su entendimiento en el sistema jurídico colombiano, y cómo este se puede enmarcar en los llamados perjuicios extrapatrimoniales. Se explicará también las diferentes especies de daño para lograr entender cómo se ubica el daño moral entre estas y qué lo diferencia. Por último, se plantearán las conclusiones a las que se llegó después del análisis

jurisprudencial hecho a las decisiones tomadas por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, y en estas se buscará ilustrar de qué forma ha ido cambiando la opinión de las Altas Cortes durante el tiempo, más precisamente en la segunda mitad del siglo XX y principios del siglo XXI.

3. Concepto de Daño

Antes de adentrarnos en cuestiones más específicas del presente trabajo, corresponde primero hablar del concepto de daño. Este es sin lugar a dudas un elemento esencial de la responsabilidad civil pues, para que una persona sea civilmente responsable, se requiere que con su comportamiento haya dañado un bien de un tercero que estaba protegido por el orden jurídico (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 323)². Así lo establece el Código Civil colombiano en su artículo 2341, cuando se prescribe que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (subrayado fuera del texto original). También lo ha mencionado así el doctrinante español Luis Moisset de Espanés (1998), aduciendo que el daño es “el elemento indispensable para que se genere la responsabilidad civil, ya que si no se ha ocasionado un daño, aunque haya mediado un acto ilícito (objetiva y subjetivamente ilícito), no ha de nacer ninguna obligación para el agente” (pág. 396).

Es clara entonces la importancia del daño dentro de la responsabilidad civil, pero ¿en qué consiste este? La doctrina le ha dado diferentes connotaciones, y se ha llegado a

² Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II. Legis. P. 323

definir como “cualquier lesión causada a los derechos subjetivos”, entendiendo por estos “los intereses o bienes de las personas, protegidos jurídicamente contra lesiones de los demás” (Valencia Zea, 2015, pág 227). Por su parte, Gilberto Martínez Rave (2003) se ha separado de la noción del “interés jurídicamente protegido” y ha definido el daño como “la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que sea un interés patrimonial del ofendido, el que se afecte para que exista daño” (pág. 20). El doctrinante colombiano Javier Tamayo Jaramillo (2007), posiblemente queriendo apartarse de la discusión anterior, ha añadido la connotación de “indemnizable” al daño, con el fin de denominarlo como “daño civil indemnizable” y definirlo como “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial” (pág. 326). Para este doctrinante un daño se considera indemnizable cuando es cierto, directo, personal y que haya causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el lesionado.

Es importante, antes de seguir con el análisis, plantear la discusión que se ha tenido sobre la utilidad de distinguir el daño y el perjuicio, puesto que por muchos años se ha utilizado dicha terminología de manera indistinta. El doctrinante Juan Carlos Henao (1998), plantea que para efectos prácticos del ejercicio del derecho no es necesaria dicha distinción, pero cuando de la teoría se trata, esta puede llegar a ser muy útil como se demostrará más adelante (pág.105).

Frente al primer y segundo requisito, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que para que el daño sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente

‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’”. En cuanto a la certeza del daño, doctrinantes como el ya citado Javier Tamayo Jaramillo (2007), consideran que el daño no requiere ser actual para que sea indemnizado, pero sí lo debe ser la conducta activa u omisiva del agente que genera el daño (pág. 337). La certeza del daño proviene de que su existencia fue, es o será segura, ante una actuación que necesariamente se ha producido (Pantoja Bravo, 2017, pág.400).

Lo anterior no significa que la certeza del daño tenga que ser absoluta, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que esta “no debe ser entendida como aquella que se acerca a la noción de verdad científica, sino que se haya enmarcada en el ámbito de lo razonable, de lo altamente probable o previsible, o de lo que por ser muy verosímil es susceptible de ser tenido en consideración”³. De allí que sea el juzgador quien decidirá si el daño es lo suficientemente cierto o no como para considerarlo indemnizable con base en criterios de probabilidad. En otras palabras, el daño “debe resultar objetivamente probable” (Alterini, Atilio & López, 1995, pág. 115).

La certeza del daño es diferente a la certeza de su cuantía o intensidad. Esta última, a falta de prueba dentro del proceso, debe ser determinada por parte del juzgador. Frente a esto, ha expresado la Corte:

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 09 de julio de 2012. M.P Ariel Salazar Ramírez, exp. 11001-3103-006-2002-00101-01.

“Sin embargo, una es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio. De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero), (...). Desde luego que demostrada la lesión como tal, la falta de la prueba de la intensidad para efectos de la cuantificación reparatoria, debe ser suplida por el juzgador de primera o segunda instancia, cumpliendo con el deber de decretar pruebas de oficio, de acuerdo con lo preceptuado para tal efecto por los incisos 1º y 2º del art. 307 del C. de P. Civil, so pena de incurrir en ‘falta sancionable conforme al régimen disciplinario’, pues dicho texto legal vedó como principio general, las condenas en abstracto o in genere”.⁴

Si bien frente a este punto hubo por muchos años discusión en la doctrina y la jurisprudencia, hoy resulta claro que es al juez al que le compete fijar el monto a indemnizar, aún sin prueba dentro del proceso que acredite cuantía alguna. El artículo 16 de la ley 446 de 1998 prescribe que “dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”, imponiendo la obligación al juez de tasar la cuantía de los daños, y dándole criterios para ello.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 1999, M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Rad. n.º 4897

Cuando se hace referencia a que el daño sufrido tiene que ser de carácter personal, lo que se debe entender es que la indemnización que se desprende de este, sólo puede ser reclamada por la víctima del daño o sus herederos (Le Torneau, 1972, pág. 919) o en otras palabras, sólo cuando el daño legitima al demandante para actuar por activa dentro de un proceso judicial, se considera personal para este. En todo caso, es en este momento donde podemos traer a colación la importancia de distinguir el daño del perjuicio, esto porque como lo ha sostenido Juan Carlos Henao (1998), la distinción nos permite considerar el alcance que puede tener el carácter personal del daño, más específicamente nos permite identificar los títulos que se pueden emplear para interponer una acción de Responsabilidad Civil. En este sentido, si se sólo se entiende que se puede indemnizar, y por tanto la acción sólo procede, cuando de perjuicios individualmente considerados se trata, se entiende que no habría posibilidad de interponer una acción de Responsabilidad para proteger patrimonios colectivos (pág.106).

Por último, se ha dicho que el daño debe afectar un beneficio lícitamente obtenido por el afectado. Dicho elemento no presenta discusión en los daños a los bienes, pues el afectado tiene un derecho real sobre estas o un derecho de crédito frente a su propietario, y por ende, se puede decir que hay claridad en que el demandante tenía un derecho adquirido que lo legitima a demandar (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 441). Lo dicho tiende a complicarse cuando se toma en cuenta que no todos los perjuicios indemnizables han sido causados sobre bienes que el perjudicado efectivamente ha adquirido, como lo son, por ejemplo, los casos de lucro cesante, en donde no hay un derecho adquirido, sino una mera expectativa que, a la luz de la ley, resulta indemnizable. Ante esta discusión, la

doctrina y la jurisprudencia plantearon que para que un daño se considerará civilmente indemnizable no se requería que se causara sobre un beneficio obtenido lícitamente por el afectado, sino meramente sobre “un interés legítimo” (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 442).

4. Principio de Reparación integral

Antes de comenzar a explicar en qué consiste el principio de reparación integral, se debe resaltar que el entendimiento de este resulta fundamental en el desarrollo del presente trabajo. Lo anterior, ya que la indemnización del daño moral y de los demás perjuicios inmateriales, ha sido criticada en razón de que no ha logrado satisfacer los postulados de dichos perjuicios. En el presente capítulo se comenzará a explicar cómo se puede superar conceptualmente dicha crítica⁵, y de qué forma el principio de reparación integral resulta de gran importancia a la hora de tasar las respectivas indemnizaciones dentro del sistema de responsabilidad.

En Colombia, el sistema de responsabilidad civil ha establecido tradicionalmente que la reparación del daño imputable debe ser integral, es decir, “el resarcimiento debe buscar que se coloque a la víctima en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera producido” (Solarte, 2011, pág. 190). Dicho principio, aunque desarrollado mayoritariamente por la jurisprudencia⁶ y la doctrina, recibe consagración legislativa por primera vez con la ley 446 de 1998, la cual establece en su artículo 16 que “Dentro de

⁵ El tema es de nuevo abordado con más profundidad en el capítulo de perjuicios extrapatrimoniales.

⁶ Ver: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de septiembre de 1991 y 5 de noviembre de 1998.

cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. De igual forma lo hizo en el ámbito penal la ley 906 de 2004, la cual establece en su artículo 11, literal C, que las víctimas de una determinada conducta delictual tienen derecho “a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código”.

Es apenas lógico que el causante de un daño que resulte indemnizable a la luz del ordenamiento jurídico, deba dejar indemne a la víctima del mismo frente todas las consecuencias que este le produjo, y para ello, la doctrina ha planteado que dicha reparación “debe atender la especial situación de la víctima y, en particular, la estimación y valoración que se haga de su situación específica luego de la ocurrencia del hecho dañoso” (Solarte, 2011, pág 192), esto quiere decir que se debe tomar en cuenta el especial valor que tenían los intereses lesionados para la víctima del daño, esto porque, en la medida en que las necesidades de cada sujeto tienen carácter subjetivo, el valor de los bienes o intereses lícitos que tenga la víctima para satisfacerlas también lo tendrán.

Sin embargo, el principio en cuestión parece desdibujarse cuando se trata de perjuicios extrapatrimoniales, pues a diferencia de aquellos perjuicios de naturaleza económica, “no existe un patrón de referencia ni una medida de comparación que puedan ser utilizados en la determinación de la respectiva indemnización” (Solarte, 2011, pág 195),

lo cual lleva a que en muchas ocasiones, como se explicará en detalle más adelante en este trabajo, sea el legislador o las Cortes a través de sus decisiones, quienes establezcan montos predeterminados para indemnizar dichos perjuicios extrapatrimoniales. Ante esta realidad, resulta difícil sostener que la indemnización para dichos perjuicios, o bien indemniza totalmente el daño o se limita únicamente a indemnizar este sin enriquecer a la víctima. Es por ello por lo que se ha llegado a sostener que "en las más recientes manifestaciones doctrinales se ha abandonado del todo el principio de 'reparación íntegra' cuando se trata de daño a la persona en sentido estricto, esto es, al margen de sus consecuencias económicas, fenómeno que sin duda responde a la evidencia de que hablar de 'completa reparación' es en este caso una entelequia" (De Ángel, 1995, pág. 59).

La problemática planteada frente a este principio es una realidad innegable, no obstante, sería exagerado decir que este resulta obsoleto o no tiene cabida dentro del sistema de Responsabilidad Civil en Colombia. Los principios, tal y como los define el doctrinante alemán Robert Alexy (1993), son un "mandato de optimización", es decir, "son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes" (pág 86). Esto quiere decir que aunque se presente dificultad para los operadores jurídicos a la hora de aplicar el principio para la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales, ello no obsta para que estos intenten realizar dicho principio "en la mayor medida de lo posible", esto es, brindando a la víctima una compensación que le resulte satisfactoria, y que no se constituya para esta como una fuente en enriquecimiento.

Aunque esto parece un desafío, y la alta dosis de subjetividad que implica la actividad judicial amenaza con anular por completo los postulados clásicos del principio de reparación integral a la hora de tasar perjuicios extrapatrimoniales, los montos predeterminados por la justicia, y que se presumen a favor de la víctima directa y de ciertas víctimas indirectas, no solo constituyen una guía para los jueces a la hora de tasar dichos perjuicios, sino que no se presentan como una camisa de fuerza para los mismos, ya que podrán las partes interesadas probar dentro del proceso, o que bien el daño que en principio se presume, no se causó, o que la indemnización realmente debe ser mucho mayor a la presumida por ley o jurisprudencia. Sobre este tema se profundizará en capítulos posteriores.

Es importante agregar que hay autores que se contraponen a la idea de que este principio realmente actúe como un limitante para los jueces, ya que el mismo al ser considerado un principio y no una regla "...no conducen a respuestas únicas o correctas, por lo que las valoraciones a las cuales está expuesto el juez en su labor de orientador del derecho no se escapan a las vaguedades y desproporciones..." (Sandoval, 2013, pág. 243). Uno de los autores que se contraponen a esta posición es Luis Prieto Sanchís (1996), quien afirma que "tal vez los principios sean uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas". (Pág. 41).

Es importante resaltar, que la jurisprudencia ha sido clara en establecer que el principio de reparación integral no sólo implica una reparación de carácter pecuniario para la víctima, sino que además se deben reparar en caso de verse afectados todos los derechos y bienes constitucionalmente protegidos, que hacen parte del denominado patrimonio inmaterial y que hayan sido vulnerados por el hecho dañoso. Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del año 2015, en donde ordenó medidas de reparación no pecuniarias a favor de las víctimas, dentro de un caso de abuso sexual perpetrado por un sacerdote perteneciente a la Iglesia Católica. En dicha providencia expresó lo siguiente:

“...la reparación integral del perjuicio (que es una obligación de los funcionarios judiciales, sobre todo cuando se vulneran los intereses superiores de los menores) tendría que satisfacerse no sólo con una compensación de carácter pecuniario, sino, además, mediante la restitución de todos los bienes jurídicos constitucional y legalmente quebrantados con la conducta indigna del clérigo, tal como lo es el valor espiritual de las víctimas directas y de la propia comunidad. Ello en razón de la función que cumple la responsabilidad civil en el orden constitucional vigente, para lo cual vendría bien mandar al obispo de la diócesis incardinante que adopte todas las medidas administrativas y simbólicas que resulten necesarias para reparar el daño causado en su total dimensión, tales como reconocer públicamente el menoscabo causado a la confianza de los creyentes en la religiosidad, pedir perdón, brindar apoyo

espiritual a las víctimas, adoptar mecanismos eficaces que garanticen la no reincidencia...”⁷

De argumentaciones como la anterior, se desprende parte del sentido del principio de reparación integral frente a los daños extrapatrimoniales, pues aunque el daño no se pueda tasar con exactitud y no pueda ser indemnizado con precisión como en el caso de los perjuicios patrimoniales, esto no obsta para que el sistema jurídico busque reparar en la mayor medida posible a aquellas víctimas de un daño que, más allá de haber representado un detrimento patrimonial, ha significado una clara vulneración de sus bienes personalísimos y buscan que estos les sean restaurados.

5. La Necesidad del Perjuicio Para la Declaratoria de Responsabilidad

La doctrina y la jurisprudencia han entendido históricamente que debe existir una distinción entre daño y perjuicio (Marty & Pierre, 1962, pág. 375, como se citó en Santos, 1981, pág. 130), la segunda ha definido al perjuicio como “todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad”⁸. Es decir, el perjuicio se constituye bajo esta óptica como las consecuencias o resultados del daño en las esferas patrimonial o extramatrimonial de la víctima (Pantoja Bravo, 2017, Pág. 397).

Las altas cortes suelen hablar del daño y de las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales que se derivan de este, siendo las segundas el objeto de la

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil. Sentencia del 7 de octubre de 2015. M.P. Ariel Salazar Ramirez

⁸ Corte Suprema de Justicia, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01.

indemnización en las respectivas condenas. La Corte Suprema de Justicia, hablando del “daño a la persona”, expresa que es “susceptible de traducirse en consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto”⁹. El Consejo de Estado a su vez, ha manifestado expresiones como: “Así las cosas, está demostrado el daño del cual, según lo expresado en la demanda, se derivan los perjuicios cuya indemnización se solicita”¹⁰. Es claro entonces, que para la jurisprudencia hay una clara división entre el hecho dañoso como tal y las consecuencias o perjuicios que se derivan de este. Asumir esta posición podría dar lugar a pensar que puede haber casos en los que se materialicen daños, pero que de estos no se derive ningún detrimento a los bienes jurídicos del tercero afectado, y que por ende no haya lugar a la responsabilidad del agente.

Por su parte, el autor peruano Carlos Fernández Sessarego (2011) aduce que, las consecuencias podrán ser de menor o mayor magnitud, pero éstas siempre se desprenden de una lesión. Es por esto que se puede decir que no hay daño sin evento ni daño sin consecuencias. En este sentido, no hay razón para distinguir entre las categorías de “Daño” y “Perjuicio”, ya que el concepto de “daño” ya incluye las consecuencias, y de estas no existir no se puede aducir la existencia del mismo.

La posición de este autor es bastante particular, pues si bien descarta una distinción entre daños y perjuicios, no lo hace en razón de que los perjuicios sean superfluos para

⁹ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil. sentencia de abril 4 de 1968, G.J. t. CXXIV, pág. 58

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

la existencia del daño, sino todo lo contrario, son inherentes a él, y a falta de estos, tampoco se podría hablar de daño alguno, y por ende de responsabilidad. El daño y sus consecuencias, según esta posición, son partes indisociables del mismo concepto jurídico.

Sin embargo, la opinión de que se debe distinguir entre daño y perjuicio, y que la existencia del segundo es necesaria para que exista responsabilidad, no ha sido unánime en la doctrina, para algunos autores como el ya citado tratadista Javier Tamayo Jaramillo (2007), el daño en bienes jurídicos como la pérdida de la vida o de la integridad personal constituyen por sí solas un daño, independientemente de que a causa de este se afecten bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de la víctima (pág. 328). Para este autor, los sujetos de derechos poseen bienes de carácter extrapatrimonial que son garantizados por la constitución y por las leyes, tales como la tranquilidad, la libertad, la honra, la buena imagen y el buen nombre, la integridad personal y la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc. La lesión por sí sola a cualquiera de estos bienes constituye un perjuicio que debe ser reparado, por tanto, no es necesario que una de estas lesiones produzca un detrimento patrimonial o afectivo a la víctima para que pueda hablarse de daño reparable. “El hecho mismo de la lesión al bien es constitutivo del daño” (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 323).

Esta posición es fundamental en el desarrollo del presente trabajo, pues la jurisprudencia se ha topado con casos en donde la víctima en realidad no sufre un perjuicio, un daño moral subjetivo, no hay un dolor psicológico, un sufrimiento o congoja a causa del daño,

un daño a la vida en relación o tan siquiera una aminoración patrimonial, y ha tenido que tomar la decisión de si se debe absolver al demandado o condenarlo a causa del mero daño sobre bienes personalísimos de la víctima. La posición de la Corte Suprema de Justicia frente a esta cuestión hace parte del objeto principal del presente trabajo, y se presentará de forma más extensa a medida que se desarrolle el mismo.

6. Tipología de Perjuicios

6.1. Perjuicios patrimoniales.

Los perjuicios patrimoniales son aquellos dados “por las consecuencias o repercusiones del daño en la esfera económica del reclamante. La medida de estas consecuencias en su patrimonio determina el alcance o valor del derecho a ser indemnizado por concepto de perjuicio patrimonial”(Posse Isaza, 2018, pág. 21). Frente a estos perjuicios se hará un breve repaso pues, como ya dijo, la medida de estos se hace con base al detrimento material del patrimonio, y la capacidad cognitiva o la edad de la víctima nada tienen que ver con su tasación, por ende se enunciarán algunos aspectos relevantes de los mismos pero no se ahondará en su desarrollo.

Dicho grupo de perjuicios, a la luz del artículo 1614 del Código Civil colombiano, está compuesto por dos elementos o rubros indemnizatorios: el Daño Emergente y el Lucro Cesante.

6.1.1. El Daño Emergente.

El daño emergente se puede entender como “toda pérdida, gasto, erogación o disminución del patrimonio, que se causa como consecuencia del daño sufrido por la víctima” (Gaviria Cardona, 2018, pág. 41). Para la Corte Suprema de Justicia:

“El daño emergente involucra la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad”¹¹.

De dicha definición se puede desprender que este rubro comprende toda erogación económica del patrimonio, incluyendo todas aquellas que se den desde la causación del daño hasta la sentencia condenatoria, es decir, futuras al hecho dañoso, comprendiendo así dentro de este rubro de perjuicios “todas las pérdidas efectivamente sufridas y los desembolsos realizados en atención al daño” (Pantoja Bravo, 2017, pág 714). Frente a esto, el Consejo de Estado ha dicho:

“doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el daño emergente (damnum emergens) es la disminución patrimonial inmediata a causa del hecho que se juzga, representada en la pérdida de elementos económicos bien por los gastos que ellos significaron en su adquisición, ora por los desembolsos futuros para recuperarlos o enmendarlos, incluso, por la

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 7 de mayo de 1968.

constitución de un pasivo, es decir, un empobrecimiento debido a que un bien salió o saldrá del patrimonio”.¹²

Con base en lo anteriormente planteado, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que el daño emergente se puede dividir en dos categorías: Daño emergente consolidado y futuro. En el primer caso, también llamado daño emergente pasado, se entiende al daño emergente como aquel que ya se exteriorizó como una consecuencia en el patrimonio de la víctima, y que su compensación “más que una indemnización es un reembolso de gastos a la víctima” (Posse Isaza, 2018, p. 29). En el segundo caso, se entiende por daño emergente a aquellos perjuicios que se causarán con certeza con posterioridad a la sentencia condenatoria, como lo son por ejemplo, en el caso de daños corporales, los gastos farmacéuticos o cirugías en las que tenga que incurrir la víctima.

6.1.2. Lucro Cesante.

Se entiende que el daño causa un lucro cesante cuando “un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima” (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 474). Dicho bien económico no percibido “debe surgir como probabilidad objetiva de los hechos o circunstancias del caso. No puede fundarse en un sueño de ganancia” (Posse Isaza, 2018, pág 29). De esto se deriva que la jurisprudencia y la doctrina hayan llegado a la conclusión de que el

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

lucro cesante, aunque tratándose de una mera expectativa de ganancia, debe ser cierto como cualquier otro perjuicio indemnizable, esto quiere decir que debe “edificarse en situaciones reales, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación”¹³.

Pero dicha certeza es relativa, pues la utilidad o provecho que se reclama no se ha producido, y por ende basta con llegar a la conclusión de que esas ganancias frustradas se hubieran producido, de no haber sucedido el hecho generador de Responsabilidad (Pantoja Bravo, 2017, pág 754). En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “la jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual”¹⁴. Se entiende entonces que el lucro cesante es indemnizable, en la medida que en el curso normal de las cosas, con base a un análisis de probabilidad, y no una mera conjetura o expectativa, la ganancia o provecho frustrada a causa del daño se hubiera producido para la víctima.

El lucro cesante se ha dividido en dos categorías, lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro; siendo el primero la manifestación del perjuicio antes de la sentencia, y el segundo posterior a ella. Ambos conceptos se indemnizan de forma conjunta y en un único pago, eso “supone considerar que ese dinero, invertido razonablemente, produce

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección A. Sentencia del 10 de agosto de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de mayo de 1954.

una renta que representaría (al menos en lo posible) el daño causado o perjuicio a reparar” (Pantoja Bravo, 2017, 744).

Un sector de la doctrina, acogido en ocasiones por la jurisprudencia colombiana, ha sostenido que no hay lugar a la reparación por lucro cesante cuando la utilidad dejada de percibir no es dinero o cosas¹⁵. Ante esto se debe decir que el artículo 1614 del Código Civil, que consagra el lucro cesante como “la ganancia o provecho que deja de reportarse”, de lo cual se puede intuir que en el lucro cesante “se incluye tanto la pérdida de utilidades, ganancias o ventajas efectivas como la pérdida de la capacidad de obtenerlas” (Pantoja Bravo, 2017, pág 743). Javier Tamayo Jaramillo (2007) interpreta de igual forma el artículo citado, aduciendo que por ganancia se entiende la actividad lucrativa, consistente en dinero o cosas que devienen de una fuerza de trabajo o de un capital; y por provecho, se entiende cualquier ganancia que se genera para una persona, es decir, ambos términos tienen una relación género-especie, siendo el género este último. No sólo deviene cesante el lucro de los bienes producidos por el hombre, sino también de los bienes de la naturaleza (pág. 477) , entre estos últimos, se encontraría la capacidad de obtener bienes por cualquier medio.

El provecho del que se habla debe ser de valor económico, por tratarse de un perjuicio de carácter patrimonial. Esto quiere decir que, independientemente de que el bien afectado estuviera produciendo una utilidad o ganancia para la víctima al momento del daño, este tenía la capacidad de hacerlo, y por ende la víctima tendría derecho, a la luz

¹⁵ La sentencia del 7 de mayo de 1968 de la Corte Suprema de Justicia decide negar la pretensión de lucro cesante en el caso de daños a automotores particulares que no generan utilidades económicas para la víctima.

de esta teoría, de que se le indemnice la pérdida de esa capacidad. Por ejemplo, los vehículos de uso particular no son usados normalmente para llevar a cabo una actividad económica, sin embargo, esto no obsta para que su propietario estuviera en capacidad de darles dicha destinación, “prueba de ello es que si el titular de ese beneficio quisiera privarse de él para que lo disfrutaran terceras personas, podría hacerlo, recibiendo por ello una suma de dinero” (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 477).

En conclusión, para esta teoría, se cae en un error si se considera que el lucro cesante se constituye únicamente en el no ingreso de dinero o cosas al patrimonio, pues se deben incluir todo tipo de beneficios o provechos que dejan de reportarse para la víctima a causa del daño. El Consejo de Estado ha dicho que, independientemente de que se catalogue como lucro cesante o daño emergente, “la falta de disponibilidad de uso y goce vulnera un interés de la víctima, se le priva de la utilización del vehículo, sea con fines lucrativos o puramente personales ajenos a toda noción de provecho económico, utilidad o ganancia”¹⁶. Véase como el órgano citado acoge la teoría planteada, diciendo que independientemente de que el bien sea productivo o no, la privación del uso y goce del mismo debe resarcirse. Javier Tamayo Jaramillo (2007) propone que para calcular la indemnización en estos casos, bastará con averiguar cuánto cuesta en el comercio, la obtención de un servicio similar al que fue privado de prestar (Pág. 477).

Por último, frente a este rubro indemnizatorio, es pertinente aclarar que no sólo puede ser sufrido por personas que tengan una relación jurídica con un bien (por ejemplo el

¹⁶ Consejo de Estado, providencia del 8 de junio de 1999. Gaceta jurisprudencial, núm 77, P. 88

dueño o el arrendatario) sino que además, puede ser sufrido por toda persona que perciba cualquier tipo de ingreso como consecuencia de una relación fáctica (Gaviria Cardona, 2018, Pág. 44).

6.2. Perjuicios extrapatrimoniales.

Es el perjuicio que se infiere a una esfera distinta de la patrimonial, no tiene, en principio, naturaleza económica, y por ende corresponde al juzgador determinar el monto al que corresponde su reparación. El estudio de estos principios es parte fundamental del presente trabajo, pues su entendimiento a la luz de la doctrina y la jurisprudencia nos dará paso a comprender si debe ser o no reducida la indemnización de una víctima en razón de su edad o capacidad cognitiva.

Por mucho tiempo, se discutió si era en realidad posible la indemnización de los daños al fuero interno de las personas, a sus sentimientos, emociones, honra, buen nombre, integridad personal, afectos, etc. Se argumentaba que, con una suma de dinero no iba a ser posible restaurar las cosas al estado en el que estaban antes del daño, o en otras palabras, no iba a ser posible indemnizar integralmente a la víctima por el daño sufrido. Se debe aceptar que frente a un perjuicio extrapatrimonial:

“suele resultar imposible reponer las cosas en el estado en que estaban y la “reparación” consistirá entonces en conceder aquello que por una evaluación con frecuencia grosera, se considera como un equivalente...”

“Reparar” un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido; casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. El verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel «satisfactorio” (Mazeaud, Mazeaud, Tunc, 1962, pág. 438).

Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, afirmando que: “...debe quedar entendido que la reparación del daño moral tiene una función de compensación o satisfacción, en la que no se persigue reemplazar el dolor ni suplir la ausencia del ser querido, sino hacer que la víctima obtenga un poco de alivio”¹⁷.

Véase como la jurisprudencia ha asumido que la reparación de perjuicios extrapatrimoniales, como el daño moral, no es una restauración del patrimonio, sino una compensación por el daño sufrido. No se busca que el patrimonio de la víctima vuelva a un estado idéntico al anterior del daño, pues como ya se dijo, esto suele resultar imposible, es por esto que la finalidad que se tiene es la de reivindicar los derechos vulnerados por el hecho dañoso. Bien lo explica el doctrinante Juan Carlos Henao (1998) cuando afirma que:

“...la indemnización que se decreta con el otorgamiento de una suma de dinero frente al daño moral por ejemplo, no busca el pago de las lágrimas ni el dolor producido por el hecho dañino(...). En los eventos de

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco

indemnización de daño inmaterial la naturaleza de la indemnización, se reitera, es compensatoria, en el sentido de que mediante el bien equivalente en dinero, o, de cualquier otra manera de petición razonable de la víctima o por decisión del juez, se otorga a aquella un bien que le ayude a alivianar su pena, sin que sea relevante que la indemnización sea o no dineraria” (pág 230).

Es claro entonces que la imposibilidad de que una reparación no sea equivalente al daño causado, no impide que este sea indemnizado. Para lograr una reparación integral en la mayor medida de lo posible, se debe tratar de restituir el bien lesionado (como por ejemplo; en el daño contra el buen nombre se puede realizar una publicación de prensa que restituya en la medida de lo posible la buena imagen perdida), o “se puede brindar a la víctima una satisfacción que compense o suprima la pena producida por el hecho dañoso”(Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 489), lo cual suele ser, por lo general, una suma de dinero.

Dentro de los perjuicios extrapatrimoniales, la jurisprudencia ha reconocido diferentes rubros, siendo los más consolidados el daño moral, el daño a la vida de relación o daño a la salud, y la categoría de más reciente aparición en el ordenamiento colombiano que se denominó daños a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados. La doctrina y la jurisprudencia también han dado relevancia a diferentes perjuicios extrapatrimoniales, como el daño estético, el daño psíquico, perjuicio fisiológico, etc. Esto

ha sido denominado, por la misma Corte Suprema de Justicia, como una “inflación” de perjuicios extrapatrimoniales, afirmando que este fenómeno:

“ha dado lugar a que se proclame la necesidad de ir con prudencia a la hora de implementar o establecer nuevos perjuicios de ese linaje en tanto los mismos no se encuentren técnicamente definidos de modo tal que, más que el bien directamente afectado, se mire y precise el interés jurídico lesionado, de suerte que no sea objeto de múltiple reparación por encontrarse protegido o solapado en dos o más clases, pues, como ya es sabido, la responsabilidad civil es meramente resarcitoria, de modo que no puede convertirse en fuente de lucro para el damnificado ni en factor de expoliación para el dañador”¹⁸.

En el derecho comparado, más precisamente en Italia, se ha velado porque la valoración de todos los daños extrapatrimoniales sea unitaria, teniendo en cuenta todas las proyecciones del daño en una única suma, así:

“sólo en el caso de consecuencias perjudiciales que se deriven, según los principios de la regularidad causal, de la lesión a intereses de rango constitucional, se resarcen daños distintos del daño biológico y del daño moral subjetivo, si es que ellas tienen, como estos últimos, naturaleza no patrimonial. Lo que no impide, justamente por ello y dentro de la óptica de

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco

una concepción unitaria de la persona, que la valoración equitativa de todos los daños extrapatrimoniales pueda también ser única, sin distinguir -lo que puede ser oportuno pero no siempre indispensable- entre lo que se reconoce a título de daño moral subjetivo y lo que se reconoce a título de alivio de perjuicios diferentes del mero sufrimiento psíquico; o entre lo que debe ser liquidado a título de resarcimiento por el daño biológico en sentido estricto (si se verifica una lesión a la integridad psicofísica) y lo que corresponde al alivio de los perjuicios mencionados; y que tampoco impide que la liquidación del daño biológico, el daño moral subjetivo y los perjuicios adicionales resarcibles se exprese en una única suma de dinero, para cuya determinación deben no obstante tenerse en cuenta todas las proyecciones dañosas del hecho lesivo¹⁹(subrayado fuera del texto original)

Estas posiciones han llevado a que la doctrina y la jurisprudencia entiendan que rubros como el perjuicio estético o el daño psíquico no sean perjuicios independientes a otros tipos de daños (Posse Isaza, 2018, Pág 118), y que se puedan enmarcar dentro de otros perjuicios, como lo son el daño moral, el daño a la vida de relación y la afectación o vulneración a otros bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados, los cuales si han sido reconocidos expresamente como perjuicios independientes por la jurisprudencia, como se explicará más adelante en este trabajo.

¹⁹ Casación Civil 8827 de 31 de mayo de 2003 en Koteich Khatib, Milagros, la dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. "daño existencial", en http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/koteich_dispersion.pdf.

6.2.1. El daño a la vida de relación o daño a la salud.

Antes denominado daño fisiológico, este perjuicio consiste en la pérdida de oportunidad para disfrutar la vida, pues la víctima se ve privada de vivir en las mismas condiciones de sus congéneres y pierde la posibilidad de realizar actividades vitales, que aun sin producir rendimiento patrimonial alguno, hacen agradable la existencia (Posse Isaza, 2018, pág 102).

En reiteradas ocasiones se le ha confundido con el perjuicio o daño moral, y el Consejo de Estado lo ha diferenciado de este, afirmando que “se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquel que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral”²⁰ y diciendo que este se trata de “un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (petitum doloris o Schmerzergeld) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art 1613 del CC)”²¹.

La doctrina también ha diferenciado dichos perjuicios, en este sentido Javier Tamayo Jaramillo (2007) ha sostenido que el objetivo de la indemnización del perjuicio fisiológico es reparar la anulación de actividades vitales, en cambio, cuando se habla de la indemnización de los perjuicios morales subjetivos, lo que se busca es reparar el descontento psíquico o el dolor físico de la víctima. Es por esto, que casi se podría

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 19 de julio del 2000. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

²¹ Consejo de Estado, sentencia del 25 de septiembre de 1997, exp 10.421

concluir que el daño moral subjetivo, es un asalto a las capacidades íntimas de la víctima, mientras que cuando de daño fisiológico se trata, lo que se puede ver afectado son las facultades de la víctima para realizar cualquier tipo de actividad, independientemente de que estas representen algún tipo de rendimiento económico (Pág. 510).

A grandes rasgos, la razón para abandonar la denominación de “perjuicio fisiológico”, es porque “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” (Posse Isaza, 2018, Pág. 106). A pesar de esto, se debe aclarar que dichas consecuencias no deben derivar únicamente de un daño corporal, ya que la supresión de las actividades vitales puede provenir de una gran variedad de daños, tanto materiales como inmateriales, como lo son por ejemplo una acusación calumniosa o injuriosa, una depresión (daño moral) tan grande que impida a la persona disfrutar normalmente de las condiciones de vida, o una pérdida económica tan grande que, al margen del perjuicio material que en sí misma implica, produce una alteración importante de las posibilidades vitales de la persona (Posse Isaza, 2018, pág 107).

Con base en lo anterior, el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de julio del 2000, introdujo la nueva denominación de “daño a la vida de relación”²² entendiendo que el adjetivo “fisiológico” “no resultaba adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria cuya pérdida, precisamente, pretendía

²² Consejo de Estado, Sentencia de Julio 19 del 2000. Exp 11.842. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

indemnizar” (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 513). En dicha sentencia, la corporación aclaró diferentes puntos frente al perjuicio, entre ellos que:

“no es 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, ya que no hay duda de que aquí se trataría de un perjuicio material bajo la modalidad de daño emergente, en cuanto la víctima tendrá que efectuar una erogación para sustituir el elemento perdido”.

Posteriormente agrega, en la mencionada sentencia, que se debe demostrar la existencia e intensidad del perjuicio dentro del proceso, y a diferencia de lo que sucede en algunos eventos con el daño moral, la prueba debe resultar relativamente fácil, ya que este se realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es por ello fácilmente perceptible.

Actualmente, el Consejo de Estado ha dado una nueva dimensión al daño a la vida de relación y le ha dado un concepto más amplio, llamándolo daño a la salud. Se ha entendido que esta categoría subsume lo que tradicionalmente se llamó daño a la vida de relación, y se añaden otros perjuicios que en otra época se consideraban independientes, como por ejemplo el perjuicio sexual y el perjuicio estético. Se entiende que el daño a la salud “abarca el estado de bienestar integral de la persona, y, por tanto, comprenderá las actividades normales y rutinarias del ser humano, ordinarias, laborales,

profesionales, recreativas, didácticas, sexuales, de relación social, deportivas, estéticas, entre otras” (Álvarez, 2014, pág. 10).

Esto lo explica el Consejo de Estado, diciendo que:

“...el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden (refiriéndose al perjuicio a la vida de relación), puesto que siempre está referido a la afectación a la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería omnicomprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con la que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial”

(...)

”En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante las lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es

posible tasarlo y evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base al porcentaje de invalidez declarado por el médico legista”²³.

La subsunción de otras categorías de perjuicios inmateriales fue reiterada en providencias posteriores, entendiéndose que el daño a la salud comprende los ámbitos físico, psicológico, sexual, estético, y en general, cualquier daño a la integridad psicofísica del sujeto.²⁴

De la mencionada jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede entender que el daño a la salud, además de comprender el daño a la vida de relación, entre otras cosas, comprende también lo que en un principio se llamó daño fisiológico. El perjuicio pasa a comprender, no sólo la consecuencia del daño en la vida de relación de la víctima, sino también el daño en sí mismo, el cual se indemniza, según la misma jurisprudencia del Consejo de Estado, con base al porcentaje de invalidez decretado (factor objetivo), y las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada (factor subjetivo).²⁵

La Corte Suprema de Justicia no reconoció este rubro de perjuicios sino hasta sentencia del 13 de mayo de 2008, providencia en la cual se condenó al civilmente responsable a pagar noventa millones de pesos a la víctima por concepto de daño a la vida de relación,

²³ Consejo de Estado, sentencia del 14 de septiembre de 2011, C.P. Enrique Gil Botero. Expediente 05001-2325-000-1994-00020-01 (19.031)

²⁴ Consejo De Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 2012. Expediente. 85001-23-31-000-1999-00406-01 (24873). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

²⁵ Consejo de Estado, sentencia del 14 de septiembre de 2011, Ob. Cit.

y con motivo de una incapacidad permanente sufrida por esta última²⁶. Sin embargo, este órgano ha optado por no utilizar la categoría de daño a la salud propuesta por el Consejo de Estado, y ha seguido denominándolo como daño a la vida de relación.

En sentencia del 20 de enero de 2009, la Corte Suprema de Justicia reitera el uso de la categoría en cuestión, y resalta como características de esta las siguientes:

- a. “Su naturaleza es de carácter extrapatrimonial, ya que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es inasible, porque no es posible realizar una tasación que repare en términos absolutos su intensidad;
- b. Se proyecta sobre la esfera externa del individuo;
- c. En el desenvolvimiento de la víctima en su entorno personal, familiar o social se revela en los impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas que debe soportar y que no son de contenido económico;
- d. Pueden originarse tanto en lesiones de tipo físico, corporal o psíquico, como en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales;
- e. Recae en la víctima directa de la lesión o en los terceros que también resulten afectados, según los pormenores de cada caso, por ejemplo, el cónyuge, compañero (a) permanente, parientes cercanos, amigos;

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. M.P Cesar Julio Valencia Copete.

- f. Su indemnización está enderezada a suavizar, en cuanto sea posible, las consecuencias negativas del mismo;
- g. Es un daño autónomo reflejado en la afectación de la vida social no patrimonial de la persona, sin que comprenda, excluya o descarte otra especie de daño, material e inmaterial, de alcance y contenido disímil, como tampoco pueda confundirse con ellos²⁷.

Es importante destacar que el hecho de que el Consejo de Estado haya cambiado la denominación de este tipo de daño tiene una implicación más profunda. Lo anterior en palabras del alto tribunal:

“En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; 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 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). La

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de enero de 2009, expediente 170013103005 1993 00215 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; jurisprudencia reiterada en sentencia del 28 de abril de 2014, SC 5050-2014 exp. 2009-00201-01. M.P. y en sentencia del 6 de mayo de 2016.

aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.”²⁸

Para el año 2014, y debido a la variedad de criterios que se habían decantado hasta el momento para determinar la cuantía de los perjuicios inmateriales, el Consejo de Estado elaboró un documento tendiente a unificar los criterios para la tasación de dichos perjuicios²⁹, en el cual definió la tasación del perjuicio a la salud de acuerdo al porcentaje de invalidez decretado, con base en la siguiente tabla:

Gravedad de la lesión	SMLMV
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

²⁸ Consejo de Estado, sección tercera. Sentencias del 14 de septiembre de 2011 con expedientes 38.222 y 19.031

²⁹ Consejo de Estado, sección tercera, “Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales”. Bogotá D.C.

La misma corporación entendió que “en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMLMV, siempre que esté debidamente motivado”³⁰, lo cual permite entender que fuera del objetivismo en el que parece caer la jurisprudencia a la hora de tasar los perjuicios extrapatrimoniales, sigue habiendo espacio para el arbitrio judicial (Gaviria Cardona, 2018, pág. 32).

6.2.2. Afectación o vulneración a bienes convencional y constitucionalmente amparados (Daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional).

Este rubro de perjuicios tiene como punto de partida “el menoscabo de uno de los derechos de la personalidad (interés personal o bien jurídico personal) que goza de especial tutela constitucional, como sucede con el buen nombre, la dignidad o la honra. (Rojas Quiñones, 2015, pág. 140).

La jurisprudencia ha sido clara en decir que es un perjuicio autónomo, es decir:

“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

³⁰ Sentencia del 28 de agosto de 2014 de la sección tercera del Consejo de Estado, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 05001-2331-000-1997-01172-01 (31.170)

presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular”³¹.

Esto, como se explicará más adelante en este trabajo, ha sido discutido por la Corte Suprema de Justicia, la cual recientemente ha incluido este rubro de perjuicios como un componente del daño moral.

Inicialmente, la Corte Suprema definió este perjuicio como el “agravio o lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual”³², por su parte, el Consejo de Estado dio a este tipo de perjuicios las siguientes características:

- a. Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial. (subrayas fuera de texto original)
- b. Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

³¹ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto de 2014 Ob.Cit

³² Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez

- 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 configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular³³.

Su reconocimiento es relativamente nuevo dentro de las Altas Cortes, y estas han sido claras en que no se requiere una consecuencia distinta al mismo daño para que la indemnización sea procedente. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de agosto de 2014, dijo en este sentido que basta con que se demuestre la violación culposa del derecho personalísimo, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia “porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional”³⁴.

Resulta claro entonces que la Corte permite que en los casos en que se presenten daños a este tipo de bienes extrapatrimoniales, se puede prescindir de la necesidad de que exista una consecuencia derivada del daño para que este se considere indemnizable, y basta únicamente con la vulneración al derecho constitucionalmente amparado para que el afectado pueda reclamar una indemnización. La corporación también ha entendido que sin importar cuantos derechos constitucionalmente amparados se lesionen, la

³³ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto de 2014 Ob.Cit.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de agosto de 2014. Ob.Cit.

indemnización por este concepto “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”³⁵.

La reparación del daño a bienes personalísimos se realiza principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario, sin embargo, excepcionalmente podrá entregarse únicamente a la víctima directa la suma de hasta 100 SMLMV, cuando el juez considere que la medida no pecuniaria no satisface el principio de reparación integral. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o naturaleza del bien o derecho afectado³⁶.

En la jurisdicción civil se han reconocido montos distintos a los planteados por el Consejo de Estado. En la ya citada sentencia del 5 de agosto de 2014, se reconoció una indemnización de \$20.000.000 para cada una de las víctimas por concepto de vulneración a derechos fundamentales de protección constitucional. En dicha sentencia se clarifican varios aspectos frente a este rubro de perjuicios, entre ellos que, por su condición de derecho personalísimo, “su reclamo sólo puede ser ejercitado por su titular, y no puede transmitirse ni enajenarse a otras personas”³⁷, y hizo énfasis en que la protección de los derechos constitucionales de los individuos hace necesaria la intervención del derecho privado cuando aquellos resultan vulnerados, pues de otra

³⁵ Consejo de Estado, Sección tercera, subsección C. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Radicado 66001-23-31-000-2006-00672-01 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

³⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto de 2014 Ob.Cit

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de agosto de 2014. Ob.Cit.

forma la protección de dichos bienes no lograría hacerse del todo efectiva, y “quedaría relegada al ámbito de la buenas intenciones”³⁸.

6.2.3. El Daño Moral.

La Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales sobre esta clase de perjuicios, en sentencia del año 2009 lo definió como aquel que:

“está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, ‘que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo’ (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos”, que se concretan “en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”³⁹.

La misma corporación ha dejado claro que aun coincidiendo con la lesión de otros intereses, como aquellos a los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es un rubro de perjuicios independiente cuya reparación es diferente, pues se trata exclusivamente del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior,

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de septiembre de 2009. Exp 0001-3103-005-2005-00406-01. M.P. William Namén Vargas.

afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial⁴⁰.

Cuando el daño proviene de la muerte o la lesión física de una persona la jurisprudencia ha sido clara al afirmar que de este se pueden derivar perjuicios morales. Sin embargo, cuando se trata de una pérdida o daño de las cosas, los jueces de las altas cortes fueron reacios por muchos años a condenar por perjuicios de este tipo, utilizando argumentos como el siguiente:

“La pérdida de las cosas materiales, por si misma, no amerita su reconocimiento (el perjuicio moral). Es posible que en circunstancias especiales, y por razones de particular afecto, se vivencia el dolor moral por la pérdida de los bienes materiales. Pero la materia necesita ser tratada con un especial enfoque cultural y filosófico para no rendirle culto a las personas que no poseen las cosas, sino que se dejan poseer por ellas.”⁴¹

Frente a esta posición, sectores de la doctrina han opinado, en nuestro concepto de manera acertada, que no hay razón para negar la reparación por perjuicio moral en casos de daños materiales. Sin embargo, en cuanto a la prueba de estos, el juez debe ser exigente pues estos no se presumen y no se justifica una reparación automática por tal concepto. (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 500).

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Consejo de Estado, Sentencia del 30 de Julio de 1992. Rad. 6828 del 30-07-1992. C.P. Julio Cesar Uribe.

Afortunadamente, la jurisprudencia de las altas cortes ha acogido dicha posición doctrinaria⁴², y hoy es claro para los jueces que es posible condenar a un responsable por perjuicios morales ante un daño de carácter material, considerando que:

“...hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, inclusive el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siempre que, como sucede en relación con cualquier clase de perjuicios, aquellos sean demostrados en el proceso. Para que haya lugar a la reparación del perjuicio, basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional.”⁴³ (subrayado fuera del texto original)

La indemnización por daño moral en materia contractual también fue negada por varios años por las cortes colombianas⁴⁴, lo cual, como se puede ver en la jurisprudencia anteriormente citada, ya fue superado.

En el caso de daños inmateriales, la jurisprudencia ha llegado a reconocer la indemnización de perjuicios morales cuando se constate que el daño consiste en la

⁴² Ver sentencias: Consejo de Estado, Sección tercera, 5 de diciembre de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Y Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de diciembre de 1954. “G.J.”, t. LXXIX, p 212.

⁴³ Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 13 de mayo de 2004. Exp. AG-2002-00226. C.P. Ricardo Hoyos Duque

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil. Sentencia del 20 de febrero de 1944 “G.J”, t. LVIII. P 613. En donde se sostiene que: “Cuando tratándose de responsabilidad por culpa contractual, según los autores y la jurisprudencia, no hay lugar a la reparación de daños morales como los que aquí se trata”.

pérdida de la calidad de vida y del bienestar de la víctima (Posse Isaza., 2018, pág 90). Un ejemplo de esto se da con la sentencia del Consejo de Estado del 12 de julio de 2014, en donde se reconoce que la indemnización del daño moral derivada de la alteración del paisaje producida por la construcción de un muro, con base a la siguiente argumentación:

“De acuerdo con lo anterior, es indudable que el paisaje es un elemento que afecta de manera positiva o negativa la dimensión psíquica y emocional del ser humano, en la medida en que todo individuo establece una relación estética con su entorno, de la que no siempre es consciente, pero que ausente o nociva, afecta directamente su calidad de vida y su bienestar y por ende, genera perjuicios morales, , pues no es lo mismo estar rodeado de un entorno agradable y que genera placer no solo a la vista sino también al espíritu, que estar inmerso en un entorno cerrado, carente de luz natural y que elimina cualquier posibilidad de disfrutar del panorama, como le sucede al demandante, que antes de la construcción del muro podía disfrutar de un amplio jardín y ahora encuentra todos los días un muro ubicado a menos de un metro de la fachada de su casa”⁴⁵

Resulta entonces claro que, aunque haya existido discusión por muchos años dentro de la jurisprudencia, hoy existen fundamentos jurídicos para reclamar el daño moral ante todo tipo de daños, bien sea corporales, materiales o inmateriales.

⁴⁵ Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia del 12 de julio de 2014. C.P. Enrique Gil Botero

6.2.3.1. Presunción del daño moral

Dicha situación de congoja o tristeza que sufren las víctimas de un determinado daño, puede ser probada por cualquier persona que se sienta afectada, sin embargo, la jurisprudencia de las Altas Cortes en este caso del Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

“este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta política. De allí que el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de perjuicio moral”⁴⁶.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha dicho establecido que:

“Por el aspecto de los perjuicios morales es obvio que la muerte o la invalidez accidentales de una persona puede herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente, pero (...) la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación

⁴⁶ Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. C.P. Enrique Gil Botero

que por lo regular permite presumir con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo. Obvio es, que derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento de daños morales sólo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas del estado civil.”⁴⁷.

Tal como se ha mencionado, la presunción judicial de la que se habla tiene como base la aplicación de una regla de la experiencia, la cual permite inferir un hecho desconocido (el daño moral) de un hecho conocido (el parentesco debidamente probado). Dicha regla de la experiencia, reconocida en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia de las Altas Cortes, consiste en que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, esto por las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto que existen entre ellos, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.⁴⁸

De igual forma lo ha entendido el Consejo de Estado⁴⁹, manifestando que dada la naturaleza del daño moral y de sus particularidades subjetivas, es posible presumirlo

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de mayo de 1976. M.P. José María Esguerra Samper

⁴⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de junio de 2008. Radicación No. 52001-23-31-000-1996-07347-01 (15625). Actor Guillermo Garcés Bagui y otros. C. P. Enrique Gil Botero.

⁴⁹ Ver. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de junio de 2008 C. P. Enrique Gil Botero . Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2001 C. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Consejo de

para la víctima misma y sus familiares más cercanos, pero ¿a qué se refiere con “cercanos”? El Consejo de Estado ha establecido que la presunción del daño moral opera en casos de daño a la persona para la víctima directa, sus padres, hijos, abuelos, cónyuge y hermanos⁵⁰. Al respecto ha dicho:

“De allí que, se presume que la lesión física o psíquica de un familiar, independientemente de su gravedad, causa aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendiente o colaterales. Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar”⁵¹

En razón de lo anterior, esta corporación mediante sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, objetivizó los medios probatorios necesarios para que se presuma el daño moral, en este sentido el Consejo de Estado estableció que para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del parentesco, del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008. C. P. Enrique Gil Botero.

⁵⁰ Ver Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp 16.996. C.P. Enrique Gil Botero

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 19.046. C.P. Enrique Gil Botero.

En el orden legal, la ley 975 de 2005, “por la cual se dicta disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley” establece en su artículo 5° que “se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida”.

Frente a esta disposición, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

“...existe una presunción legal de daño moral en relación al cónyuge, compañero permanente y familiares en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima, conforme lo establece el segundo inciso del artículo 5 de la Ley 975 de 2005 y lo ha reafirmado la Corte Constitucional”⁵².

Véase como, en la interpretación hecha por la Corte, a diferencia de lo entendido por el Consejo de Estado, se excluye al segundo grado de consanguinidad de la presunción legal de daño moral, dejando por fuera a los hermanos, abuelos y nietos de la víctima directa.

Dicha posición fue reiterada por esta Corporación en sentencia del año 2014, en donde se manifestó que si la persona afectada es el cónyuge, compañero o compañera permanente o familiar en primer grado de consanguinidad de la víctima directa de los

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 6 de junio de 2012, rad. 35.637. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero

delitos de homicidio o desaparición forzada, basta con la prueba del parentesco para que se acredite la calidad de víctima y se presuma el daño moral a su favor.⁵³

Aunque se pueden encontrar sentencias aisladas del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en donde se reconoce la presunción del daño moral a los hermanos de la víctima⁵⁴, la posición jurisprudencial más fuerte es aquella que solo reconoce la presunción del daño moral para el cónyuge, compañero o compañera permanente y parientes en primer grado de consanguinidad o civil de la víctima directa.

Como ya se dijo, dicha presunción no opera para los casos de daños a las cosas. La jurisprudencia ha sido clara en afirmar que “tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación y que en todo caso debe ser demostrado pues no se presume”⁵⁵

6.2.3.2. Cuantificación del daño moral

La cuantificación de este perjuicio ha obedecido históricamente al arbitrio judicial, siendo los jueces de las Altas Cortes quienes, a través del carácter vinculante que le da el ordenamiento jurídico a sus decisiones⁵⁶, han definido los referentes indemnizatorios

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de abril de 2014, rad 42.534

⁵⁴ Ver Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de abril de 2011, M.P. María del Rosario González de Lemos

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 5 de octubre de 1989, exp. 5320, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo

⁵⁶ La Jurisprudencia reconocida como fuente auxiliar del derecho en la Constitución Política, ha tomado cada vez más relevancia, en específico cuando la solución a los problemas jurídicos planteados no es dada por la ley. En este sentido, autores como Diego López Medina en su libro Eslabones del Derecho, se

para el daño moral, pudiendo los demás jueces apartarse de estas únicamente con la rigurosidad argumentativa que implica separarse del precedente jurisprudencial. Al respecto, la Corte Suprema de justicia ha señalado, que:

“para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador”.⁵⁷

A su vez han llegado a reconocer en sus sentencias como monto máximo de indemnización por este perjuicio un valor de sesenta millones de pesos (\$60.000.000), tal como se muestra a continuación:

“se tasarán los perjuicios morales sufridos por los demandantes en la suma de \$60'000.000 para cada uno de los padres; \$60'000.000 para el esposo; y \$60'000.000 para cada uno de los hijos.

El anterior monto se estima razonable, puesto que esta Sala, en circunstancias fácticas similares, ha condenado en el pasado al pago de

han preguntado sobre el carácter vinculatorio de las decisiones tomadas por las altas cortes, y en específico sobre cómo se comporta realmente la jurisprudencia cuando del precedente se trata, ya que el tema no ha sido del todo pacífico.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de septiembre de 2009. Ob. Cit.

\$53.000.000 (SC del 17 de noviembre de 2011, Exp. 1999-533), y \$55.000.000 (SC del 9 de julio de 2012, Exp. 2002-101-01). (SC15996-2016 de 29 de sept 2016, rad. n° 11001-31-03-018-2005-00488-01)”⁵⁸

Dicho referente también es usado por la Corte, en uso de su arbitrio judicial, para tasar la indemnización de la víctima directa y de sus familiares cuando la lesión no es de mucha gravedad (el referente de 60 millones de pesos es para lesiones de alta gravedad). Por ejemplo, en sentencia del año 2020, la Corte Suprema argumentó lo dicho de la siguiente forma:

“Estos perjuicios se tasarán en la suma de \$30’000.000 para la víctima directa del accidente, según el arbitrium iudicis y los parámetros orientadores señalados por esta Corte, teniendo en cuenta que por muerte de un ser querido se han reconocido hasta \$60’000.000, y las lesiones sufridas por la demandante fueron de mediana gravedad.

La compensación de las aflicciones que tuvo que sufrir su hijo se tasará en la suma de \$20’000.000, por entenderse que su menoscabo moral no pudo tener la misma intensidad que el sufrimiento que padeció la víctima directa del accidente de tránsito”.⁵⁹

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia SC13925-2016, rad. 2005-00174-01,

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de marzo de 2020. M.P. Ariel Salazar Ramirez. Rad. n°18001-31-03-001-2010-00053-01

Véase cómo la Corte, en uso del arbitrio judicial, no solo tasa la indemnización de la víctima directa con base a anteriores precedentes, sino también la de su hijo, asumiendo que el sufrimiento de este no puede ser igual, y por ende, usando la mera lógica, el juez reduce la indemnización en un 33.3%.⁶⁰

En materia contencioso administrativa, el Consejo de Estado fijó por muchos años la indemnización en un máximo equivalente en moneda nacional a mil gramos de oro, pero en el año 2001 dicho criterio debía ser modificado y estableció como suma máxima de indemnización un valor de cien (100) salarios mínimos, argumentando que el dicho monto en Colombia se fija atendiendo a las variaciones en el índice de precios al consumidor, y por ello resulta más adecuado⁶¹.

De forma más reciente, el Consejo de Estado parece dejar de lado el arbitrio judicial que por tantos años fue predominante en su jurisprudencia, para “objetivizar la fijación de los perjuicios morales” (Gaviria Cardona, 2018, P. 27). Esta corporación ha definido cuales son los límites máximos de la indemnización de acuerdo a niveles de cercanía con la víctima directa en caso de muerte, y qué pruebas deben ser aportadas para que opere la presunción. En este sentido esta Corporación definió los niveles de la siguiente manera:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros

⁶⁰ También se puede ver un ejemplo del arbitrio judicial frente a las lesiones personales de la víctima directa en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de noviembre de 2016. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes 13.232 y 15646 (acumulados), C.P Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.”⁶²

⁶² Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

No obstante lo anterior, en esta misma providencia el Consejo aclara que existen casos excepcionales, en los cuales el juez podrá otorgar una indemnización mayor a la ya señalada, siempre y cuando el total a indemnizar no supere el triple de lo ya señalado, sea proporcional a la intensidad del daño y el juez motive de manera adecuada la decisión. Estos casos son aquellos en los que se presente una grave violación a derechos humanos, entre otras “circunstancias debidamente probadas de mayor intensidad y gravedad del daño”⁶³. Esto es una clara muestra de la limitación que le impone el Consejo de Estado al arbitrio judicial.

Lo mismo sucede en casos de lesiones personales o de privación injusta, en donde el Consejo de Estado ha establecido máximos indemnizatorios con base en los mismos niveles y reglas excepcionales mencionadas para los casos de muerte⁶⁴, los cuales se resumen en las siguientes tablas:

Cuantificación del daño moral en caso de lesiones personales. (Valores en SMLMV)

Gravedad de la lesión	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9

⁶³ *Ibíd*em

⁶⁴ “Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales” Ob. Cit.

Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3.5	2.5	1.5

Cuantificación del daño moral en caso de privación injusta de la libertad (valores en SMLMV):

Meses	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
Superior a 18	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
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 e inferior a 1	15	7.5	5.25	3.75	2.25

Para casos de daño a las cosas, el Consejo de Estado ha establecido que:

“corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta las condiciones particulares de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión. La intensidad del daño es apreciable por sus manifestaciones externas; por eso se admite para su demostración cualquier tipo de prueba”.⁶⁵

A pesar de que la indemnización por daño moral consiste en la mayoría de los casos en una suma de dinero, la Corte Suprema de Justicia ha aceptado que la indemnización de este pueda consistir en medidas no pecuniarias. Un ejemplo de esto se dio el fallo del 21 de julio de 1922, en el célebre “caso Villaveces”⁶⁶, en donde se condenó al municipio de Bogotá a construir un mausoleo como indemnización por los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por el señor Villaveces, debido a que la bóveda donde se encontraban los restos de su esposa fue violentada, y estos fueron arrojados a una fosa común. Sin embargo, la Corte ha aceptado que se deben tener en cuenta los medios económicos de la víctima, y cuando estos sean escasos, deberán los jueces abstenerse de dejar la indemnización en una mera reparación simbólica y condenar al demandado a reparar pecuniariamente. Al respecto la Corte ha dicho:

“(…) Se considera asimismo, que por tratarse de una satisfacción que ha de reconocerse en favor de los deudos de un trabajador a jornal, que

⁶⁵ Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2004. Ob. Cit.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de julio de 1922. “G.J”. t. XXIX, num. 1515. P.220.

derivaba todas sus entradas pecuniarias, para sí y los suyos, del esfuerzo de su trabajo diario, y que no dejó a su familia bienes materiales de fortuna, la justicia impone no hacer aquí una condenación simbólica o ínfima, que en otras circunstancias económicas de los lesionados sería suficiente satisfacción moral pecuniaria, sino decretar el pago por el monto total de la pequeña suma señalada por la ley”.⁶⁷

En conclusión, se puede decir que el Consejo de Estado, tiende a la objetivación de los criterios para la cuantificación del daño moral, y en sentido a limitar el arbitrio judicial. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia abre más espacio al arbitrio judicial confiando en que los jueces en caso de apartarse del precedente lo harán argumentando de manera tal que se entiendan las razones por las cuales no se siguen los lineamientos establecidos en providencias anteriores.

7. ¿Debe ser la edad de la víctima un factor determinante para reconocer la indemnización por daño moral?

Dentro de la jurisprudencia colombiana se ha sostenido durante varios años la discusión referente a la pregunta de si es procedente o no disminuir o negar la indemnización por daño moral a una víctima en razón de su edad. En un comienzo, los jueces de las Altas Cortes se decantaron por sostener que la indemnización por daño moral se debe ver negada o reducida en razón de la edad de la víctima, más específicamente con el motivo

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de abril de 1941 “G.J”, t. LI, P.436

de que, al ser la víctima un niño o niña, esta no tiene la misma capacidad cognitiva que tiene un adulto para percibir el daño que ha sufrido, y por tanto, la congoja o la tristeza que se deriva del hecho ilícito, es como consecuencia menor. Cabe señalar que dicha discusión se ha presentado cuando el menor de edad reclama perjuicios morales como víctima indirecta, pues cuando este ha sufrido directamente la lesión, no existe discusión alguna de que la indemnización no debe variar en razón de su edad (Tamayo, 2007, pag 505).

A continuación, se expondrán algunos apartes jurisprudenciales que dan cuenta de dicha posición:

En sentencia del 29 de abril de 1946, la Corte Suprema de Justicia decide que la indemnización por concepto de daño moral en cabeza de los hermanos de la víctima (quien falleció a causa del daño) debía ser reducida en razón de su “corta edad”, así:

“Y aunque manifiestamente se trata de personas de muy corta edad, los expresados hermanos, parece incontrovertible que estaban ellos ya en aptitud de darse cuenta suficiente de lo ocurrido a su hermana y de la muerte de ella y en calidad así de personas susceptibles de haber sufrido el dolor de afección correspondiente, y en todo caso quedaban privados del natural cuidado y vigilancia de su hermana mayor, y de ahí que deban ser indemnizados por el concepto del daño moral subjetivo, que hubieron de sufrir y en cuantía que, en este caso particular, la Corte estima equitativo

reducirle la señalada por el Tribunal de \$ 500,00 por cada uno de los hermanos de la occisa a la de trescientos pesos, dada la corta edad de los damnificados.”⁶⁸.

De igual forma, el 18 de octubre de 1950, la Corte Suprema niega la indemnización por daño moral a una menor de edad que para la fecha de muerte de su padre tenía un año de edad, bajo la siguiente argumentación:

“Por lo que hace a los perjuicios morales subjetivos, se sabe que su indemnización corresponde a la aflicción o quebranto moral sufrido por la persona a consecuencia del daño que recibió. Pero como ese dolor moral está proporcionado a una consciente capacidad afectiva en quien lo recibe, es apenas natural que quien carece de ella este asimismo en imposibilidad de experimentarlo y, en consecuencia, de pretender ninguna indemnización por este concepto”.⁶⁹

En otra oportunidad, la Corte Suprema de Justicia confirma la sentencia⁷⁰ de segunda instancia que, con un extraño razonamiento, argumenta que entre los hijos y la esposa del fallecido existía “unidad de sentimientos” y que por ende la indemnización del daño moral entre ellos debía ser conjunta. En este sentido la Corte asegura que los menores “no estaban en condición de experimentar en toda su intensidad un dolor personal al

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales. Sentencia del 29 de Abril de 1946. “G.J.” t. LX P.603. M.P. Víctor Cock.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales. Sentencia del 18 de octubre de 1950.”G.J.” t. LXVIII n.º 2087-2095, pág. 461-470. M.P. Gualberto Rodríguez Peña

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de agosto de 1951, “G.J.”, t LXX p. 318. M.P. Gerardo Arias Mejía

tiempo de la muerte trágica de su padre”⁷¹, y por esta razón, hace referencia a la ya nombrada “unidad de sentimientos”, que implica que comparten dolor, afectos e interés con la madre. De este modo, esta Corporación argumenta que no es jurídicamente posible reconocer la indemnización del daño moral a cada una de las víctimas indirectas, ya que se rompería con dicha unidad.

La limitación a la indemnización en menores también ha sido sostenida por el Consejo de Estado, corporación que en sentencia del 23 de abril de 1981 argumentó lo siguiente:

“El daño moral subjetivo surge del vínculo de parentesco comprobado con las certificaciones allegadas al expediente y para tasar las indemnizaciones correspondientes, de acuerdo con la facultad legal atribuida al juez de apreciar prudencialmente su valor hasta determinado límite, se considera el grado de relación de cada demandante con la víctima directa, circunstancia demostrativa de la intensidad del dolor que debió producir la trágica muerte del ser querido y también la edad de los damnificados, como iniciativa de discernimiento y por consiguiente de la mayor o menor capacidad de experimentar pena ante la tragedia”⁷². (subrayado fuera del texto original)

⁷¹ *Ibíd*em

⁷² Consejo de Estado. Sentencia del 23 de Abril de 1981. C.P. Jorge Dangond Florez. Jurisprudencia reiterada por el Consejo de Estado en sentencia del 16 de noviembre de 1989. C.P. Gustavo De Greiff Restrepo.

Sin embargo, dicha posición ha sido rebatida, no solo por la misma jurisprudencia de las Altas Cortes, sino también por los desarrollos de la psicología y más concretamente del psicoanálisis. Estos han llegado a la conclusión de que “cuando los niños han experimentado un trauma, particularmente varios eventos traumáticos durante un período extenso de tiempo, sus cuerpos, cerebros y sistemas nerviosos se adaptan con el fin de protegerlos. Esto puede generar comportamientos caracterizados por agresividad incrementada, desconfianza y desobediencia hacia los adultos, e incluso disociación (el sentimiento de estar desconectado de la realidad)” (Gateway, 2014). Parte de la doctrina, acogiéndose a dicha posición científica ha entendido que “los traumas afectivos padecidos en la primera infancia solo aparecen como manifestaciones neuróticas cuando la persona que los sufre ingresa a la adolescencia y a la edad adulta. Por ello es explicable que la pérdida de la madre, del padre o de los hermanos tenga consecuencias nefastas en la solución, entre otros, de los problemas edípicos del niño. En consecuencia, si bien el daño moral no aparece de manera inmediata, la verdad es que el mismo aparecerá con mayor intensidad” (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 505).

En la jurisprudencia colombiana también se ha refutado la posición expuesta al inicio de este capítulo de diversas formas. En sentencia del año 1952⁷³, la Corte Suprema de Justicia dio dos razones fundamentales para reconocer perjuicios morales a niños menores de siete años, aun suponiendo que estos no pudiesen experimentar el mismo dolor que un adulto a causa de su falta de raciocinio. Estas son:

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia del 20 de mayo de 1952, “G.J”, t. LXXII n.º 2115-2117 BIS, pág. 321-327. M.P. Agustín Gómez Prada.

- Como ya se explicó en el presente trabajo, en el capítulo de perjuicios extrapatrimoniales, la jurisprudencia considera que la indemnización por daño moral (o por perjuicios extrapatrimoniales en general) no busca “compensar el sufrimiento”, pues repararlo en especie resulta imposible. Es por ello por lo que la Corte argumenta que a los niños menores de 7 años, al igual que a las demás personas, se trata de proporcionarles una “satisfacción de reemplazo” que busca compensar a la víctima, más no indemnizarla.
- La Corte, en esta ocasión, también considera que es “inaceptable afirmar que el menor de 7 años no siente verdadera pena”, pero afirma que aunque se admitiese que hay un límite de edad para sufrir congoja o tristeza por la muerte de un ser querido, resulta indudable para esta Corporación que existe certeza de que el menor, al salir de los umbrales de edad que hasta ese momento se habían establecido, terminará por experimentar el dolor derivado del hecho causal, es decir, es un daño que aunque sea futuro y no se haya experimentado, resulta cierto y debe ser indemnizado.

Lo anterior dicho en palabras de la Corte:

“Más quiere hoy la sala reevaluar también la doctrina de que la indemnización de perjuicios morales subjetivos no se debe a hijos que no han llegado al uso de la razón al tiempo del fallecimiento de uno de sus progenitores, admitida por la Corte en varios fallos, para llegar a la contraria

de que se debe decretar en su favor, aunque no haya cumplido los siete años, que es la edad comúnmente admitida para suponer el discernimiento.

“Pero la tesis falla por dos aspectos, el primero de los cuales es el de que (...) Los perjuicios morales son irreparables en especie... Cuando ocurren, se trata de proporcionar una “satisfacción de reemplazo”, como la llama este mismo comentador, para quien los daños y perjuicios no tienen en este caso su carácter de indemnización, sino un carácter ejemplar.

“En forma más circunscrita al argumento, este flaquea también por lo inaceptable que resulta afirmar que el menor de siete años no siente verdadera pena por la falta de la tutela afectiva de sus progenitores, sobre todo de la madre, pues ello resulta arbitrario y opuesto a la realidad. Pero admitiendo que haya un límite de tiempo, que pudiera fijarse en más o en menos, en que al infante no sienta dolor del ánimo por la pérdida de sus padres, tampoco se podría negar la indemnización, pues es indudable para la Corte que ese pena o afección habría de terminar por sentirse ciertamente, al salir de los umbrales que en materia de edad se han venido teniendo en cuenta hasta ahora.

“Y esto porque, como afirman los comentadores, “entra en el resarcimiento todo daño que se derive necesariamente del hecho injurioso” (Chironi). Dicho de otro modo, es indispensable que el daño exista, que sea cierto y que sea causado por el hecho ilícito. Pero no es necesario que se haya

experimentado, pues basta la certidumbre de que el hecho causal lo producirá, caso en que también el daño es cierto y, por tanto, es justo asignar una indemnización”.⁷⁴

Como se ha podido ver en los fallos citados hasta ahora, la década del 50 fue un periodo de apogeo de la discusión objeto de este trabajo, y mientras algunos jueces negaban o disminuían la indemnización por perjuicio moral a niños en razón de su corta edad, a otros les parecía inaceptable dicha posición, y no incluían mayores razonamientos en sus decisiones para rechazarla. Esto se puede ver en sentencia de la Corte Suprema del 13 de febrero de 1951, en donde la corporación rechaza la argumentación de la sentencia apelada, en la cual no se reconocieron los perjuicios morales a los menores, por el hecho de que estos según el sentenciador de segunda instancia “no tienen la capacidad de discernir y experimentar, por lo mismo, dolor y afición, que es lo que constituye el daño moral”⁷⁵. En este sentido, la Corte argumenta a favor de la indemnización de los menores, afirmando que los sentimientos afectivos en la mayoría de las veces son mayores en los niños que en los adultos. En palabras del alto Tribunal:

“No encuentra la Sala fundada esta apreciación y para desecharla le basta advertir que repugna a los sentimientos afectivos, que en más de las veces son de mayor intensidad en niños de corta edad que en los adultos”⁷⁶

(Subrayas fuera de texto original).

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia del 20 de mayo de 1952, “G.J”, t. LXXII n.º 2115-2117 BIS , pág. 321-327. M.P. Agustín Gómez Prada.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de febrero de 1951. “G.J”, t. LXIX. P. 242. M.P. Luis A. Flórez

⁷⁶ ibídem

Además del caso anteriormente plasmado, las Altas Cortes se encontraron con otros supuestos en donde la capacidad cognitiva de la víctima era reducida o nula, no obstante esto, estas corporaciones optaron por mantener la indemnización por daño moral sin modificación, como se verá a continuación.

8. Otros casos de indemnización del daño moral, donde la víctima del daño tiene capacidad cognitiva reducida o carece de esta.

8.1. Reconocimiento del daño moral a los hijos póstumos

Antes de empezar con el desarrollo del tema de este capítulo, es importante resaltar que los denominados hijos póstumos son los que según el artículo 232 del Código Civil cuentan con la presunción de paternidad que en este se describe. Dicha presunción consiste en lo siguiente:

“ARTICULO 232. <HIJO POSTUMO>. Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto.

La denuncia deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes a su conocimiento de la muerte del marido, pero podrá justificarse o disculparse el retardo, como en el caso del artículo 225, inciso 3o.

Los interesados tendrán los derechos que por los artículos anteriores se conceden al marido en el caso de la mujer recién divorciada, pero sujetos a las mismas restricciones y cargas.”

En este sentido, es claro que aquellos que cuentan con esta presunción, son los que al momento del fallecimiento del padre se encontraban todavía en el vientre materno. Teniendo esto claro, debemos traer a colación el artículo 90 del Código Civil que describe lo siguiente:

“ARTICULO 90. <EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS>. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”

Es entonces claro, que sólo se podrá hablar de persona (titular de derechos y obligaciones) cuando esta haya nacido, razón por la cual los denominados “atributos de la personalidad” dentro de los que se encuentra el patrimonio, sólo surgen al momento del nacimiento.

El Consejo de Estado en sentencia del 16 de noviembre de 1989, reconoció el perjuicio moral a los denominados hijos póstumos. En esta providencia, la corporación se preguntó por los derechos que tiene el póstumo y aquellos con poca edad, frente al disfrute de su vida con sus padres. En este mismo sentido, se preguntó ¿por qué no indemnizar la privación del derecho a disfrutar de los padres, cuando esto se desprende de un hecho dañoso?, ya que así estos no tengan la capacidad plena de sentir, el daño

moral se va a producir. El alto tribunal, responde a las preguntas planteadas de la siguiente manera:

“...el resarcimiento de esa especie de daño no encuentra su único fundamento en el solo dolor que el acto perjudicial pueda inferir, sino que se basa también en el interés que el afectado tiene en la conservación de la vida familiar “como instrumento de sostenimiento moral, como fuente de socorro y de afecto espiritual, que la muerte ha transformado en soledad y desasistencia”, como con galanura lo expresa el tratadista italiano Adriano de Cupís...”.⁷⁷

Esta línea argumentativa ha sido reiterada de manera constante durante la historia por el Consejo de Estado⁷⁸, en sentencias como la sentencia del 31 de enero de 1997, en la que esta corporación acudió a la decisión anteriormente citada para explicar la indemnización de perjuicios a los denominados hijos póstumos⁷⁹. Más recientemente el Consejo de Estado ha consolidado su opinión al respecto en sentencias como la del 15 de Agosto de 2002, en la que estableció:

“Se advierte que aunque la menor Carmen Margarita Suárez Valerio aún no había nacido cuando falleció el señor Arturo Miguel, la Sala ha reconocido a favor del hijo póstumo el derecho al pago de los perjuicios

⁷⁷ Sentencia del Consejo de Estado, sección tercera, del 16 de noviembre de 1989, C.P. Dr. Gustavo De Greiff Restrepo, Exp. 5606.

⁷⁸Ver: sentencia del Consejo de Estado, sección tercera del 11 de julio de 1996, C.P. Dr. Betancur Jaramillo, Exp. 9555.

⁷⁹Consejo de Estado, sección tercera 31 de enero de 1997, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 9849.

tanto morales como materiales que sufre con la pérdida de sus padres. Sobre este tópico la Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse en diversas oportunidades. Así, por ejemplo, en providencia de noviembre 16 de 1989, proceso 5606”⁸⁰

Un precedente aún más cercano es el establecido en sentencia del 12 de agosto de 2019⁸¹, en la que esta corporación reiteró lo dicho hasta el momento, con respecto a la indemnización del daño moral sufrido por los denominados hijos póstumos y a limitar el monto de dicha indemnización a lo anteriormente establecido en la ya mencionada sentencia del 28 de agosto de 2014.

Teniendo entonces estos antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, podemos concluir que, para este, se cumple con el requisito de relación familiar con la víctima directa al contar con la denominación de hijo póstumo. Ahora bien, es importante esclarecer que aunque el Consejo de Estado habla de la indemnización del daño moral, hay autores como Juan Carlos Henao, que establecen críticas a la posición establecida por esta corporación. Así, dicho autor plantea que lo sostenido por el Consejo de Estado “... es discutible en cuanto a la calificación misma del daño, porque al ser futura su concreción, impide afirmar que se sufrió dolor” (Henao, 1998, pág. 235). Por el contrario el doctrinante dice que es mejor referirse a un daño que perturba las condiciones de existencia del futuro, porque si nos ceñimos a la realidad el no nacido no puede sufrir

⁸⁰Sentencia del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2002, Exp.14357, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁸¹Sentencia del Consejo de Estado del 12 de agosto de 2019, Exp.42172, C.P. María Adriana Marín

daño moral, y en este sentido, en el caso de que se ordene su indemnización y el nasciturus no llegue a ser considerado persona, no existirá patrimonio alguno a favor del cual se pueda entregar dicha indemnización (Henaó, 1998, pág. 235).

8.2. Reconocimiento del daño a personas con déficit mental, análisis de la sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 30871. Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero

El 5 de junio de 1995, la señora Ana Milady Villamizar empezó trabajo de parto en el municipio de los Patios del departamento de Norte de Santander. En el centro de salud de dicho municipio fue remitida al Hospital Erasmos Meoz E.S.E. de Cúcuta, el cual había sufrido un gran deterioro en su número de personal especializado en los meses anteriores. Debido a la disminución de recurso humano calificado del Hospital, la atención brindada a la señora Ana Milady Villamizar no fue la mejor, esta situación tuvo como consecuencia directa el detrimento de la salud de la recién nacida Tatiana Andrea Galvis Villamizar, quien dependía de manera total del cuidado de sus padres, y sufría de un alto déficit cognitivo, al momento de la terminación del proceso.

En la sentencia de segunda instancia, el Consejo de Estado decidió modificar la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la liquidación de los perjuicios sufridos por los demandantes. En este sentido, la corporación deja claro dos puntos importantes cuando de la indemnización del daño moral se trata. El primero es con lo que respecta a la presunción del daño moral, ya que según el Consejo de Estado:

“La simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión (grave), a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política, debe presumirse, que el peticionario los ha padecido.”

Teniendo esto en cuenta, se puede afirmar que el Consejo de Estado reitera lo dicho en ocasiones anteriores y lo ya analizado en los puntos anteriores del presente trabajo.

El segundo punto que toca el Consejo de Estado, y que al parecer sólo ha sido analizado por esta sentencia es el siguiente:

“En otros términos, resulta perfectamente posible que una persona, por más limitación física o cerebral que padezca, llegue a sufrir un claro perjuicio en el ámbito moral ya que nunca perderá por completo los parámetros de vida y aun así sean mínimos o tenues, son aquellos que nos permiten la comprensión de la existencia y de la relación que se tiene con el mundo. Y si en el campo de la ciencia, ello no fuere así –verificable–, en el mundo de la existencia y de los valores, la persona en cuanto exhale un hálito de vida, es un ser espiritual, que es digna por el solo hecho de serlo; sostener que aquella no sufre perjuicio moral porque no siente, es aniquilar o desconocer su esencia misma y su dignidad (art. 1º C.P.), y reducir el ser

humano a la mera sensibilidad o cruda materialidad, dejando de lado su naturaleza axiológica”.

En otras palabras, para el Consejo de Estado no se puede negar el sufrimiento de una persona sólo porque al momento de sufrir el perjuicio no contaba con la misma capacidad cognitiva que una persona promedio. En este sentido, es importante resaltar que, a la luz de esta sentencia, la deducción a la indemnización del perjuicio moral que se ha argumentado cuando de menores de 7 años se trata no tendría sentido, ya que el sufrimiento de una persona no tiene incidencia en la capacidad cognitiva que tenga esta para percibirlo.

9. Análisis de la Sentencia SC5686 del 19 de diciembre de 2018. “Caso machuca”

El 18 de octubre de 1998, el grupo guerrillero ELN perpetró un atentado sobre el Oleoducto Central de Colombia, que ocasionó el derrame de aproximadamente 22,000 barriles de petróleo en llamas en el cauce del río Pocuné, el cual llegó posteriormente a la población de machuca, causando la muerte a 84 personas y dejando 30 heridos. Las víctimas de la tragedia adelantaron una acción judicial en contra la Sociedad Oleoducto Central S.A. (OCENSA), ya que, si bien el atentado había sido perpetrado por el ELN, consideraban que Ocesa, al ubicar el oleoducto a tan poca distancia de la población, había sido negligente en la previsión de un posible desastre relacionado con el transporte de hidrocarburos.

La sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Antioquia, revivió la tesis según la cual los menores de 7 años no debían obtener la misma indemnización que los adultos por concepto de daño moral, y con base en ella argumentó que:

“habrá de fijarse un menor monto como compensación del daño moral, teniendo en cuenta que dichas reglas e incluso la psicología enseña que en razón de su corta edad su razonamiento y procesamiento de la información es inmaduro, por lo que la muerte no tiene la misma significación para ellos frente a personas de mayor edad”⁸².

Eso llevó a que la Corte Suprema se tuviera que enfrentar de nuevo con el problema planteado, y tuviera que tomar una decisión sobre el mismo en un caso de gran relevancia en el panorama nacional.

En este sentido, la Corte decide modificar las condenas realizadas por el tribunal y ordenar que la indemnización por daño moral no se debe ver reducida frente a los menores, sin embargo, la argumentación en la que se basa para tomar dicha decisión se aparta de la que ya había utilizado la misma corporación en el pasado para llegar a la misma conclusión. La Corte consideró que se debe comprender dentro de la definición de daño moral no solo la aflicción que le cause el daño a la víctima, sino que se debe

⁸² Citada en la posterior sentencia de Casación del 19 de diciembre de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

incluir también los daños a bienes constitucionalmente amparados, reduciendo así ambas categorías de perjuicios a una sola, veamos:

“En consecuencia, para los efectos del despacho de este cargo, considera la Corporación que dentro del rubro daños morales ha de quedar comprendido tanto los dolores y padecimientos del fuero interno del individuo, descritos en la sentencia transcrita, como las afectaciones asimismo internas de daños infligidos a los derechos de la personalidad, verdaderas disminuciones de bienes extrapatrimoniales, lo que excluye por supuesto los efectos de la denominada actividad social no patrimonial (SC 13 de mayo de 2008), que constituye propiamente el daño a la vida de relación”⁸³.

Del análisis de la Corte, se desprenden dos grandes divergencias frente a la argumentación que se venía presentando hasta entonces a favor de que la indemnización por daño moral de los niños sea igual a la de los adultos: Primero, la Corte acepta que “los menores pueden no llegar a tener cabal conciencia de la magnitud de la desaparición de sus seres queridos”⁸⁴, lo cual se desvía claramente de la línea argumentativa que había presentado esta corporación hasta el momento, pues como se ha demostrado en este trabajo, cuando la Corte se ponía de parte de los menores, argumentaba, o bien que es irrefutable que estos, al igual que los adultos, sienten dolor

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco

⁸⁴ *Ibidem*.

y congoja frente a un daño, o que era cierto que en un futuro las consecuencias de ese daño se iban a ver reflejadas cuando se llegara a cierto grado de madurez . Sin embargo, es ello lo que lleva a la corporación a hacer el segundo gran cambio argumentativo, pues aunque considera que puede ser cierto que los menores pueden no sufrir congoja de la misma forma que lo hacen los adultos, y que “el dolor físico o psíquico de las personas ha sido una constante en la definición de este tipo de perjuicios”, afirma que:

“el perjuicio moral mal puede quedar limitado al pretium doloris y por tanto, engloba en este caso, afectaciones dañosas a los denominados derechos de la personalidad, ahora llamados también como derechos fundamentales, que no se reducen al honor, la dignidad o el buen nombre sino que abarcan, en particular en este caso, los derechos a la familia, entre otros ítems de valía”⁸⁵.

La concepción de daño moral usada por la corte, que no se limita a la aflicción y el dolor, ya había sido planteada antes por la misma corporación. La corte llegó a argumentar que:

“El daño moral se puede entender de dos maneras que dan lugar a su subdivisión: en perjuicios morales propiamente dichos, que son los que afectan la parte social del patrimonio moral, como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales (...) y en perjuicio de afección que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las

⁸⁵Ibidem.

convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida de o el daño a personas queridas (...) ambas especies de daño moral se han tenido por nuestra Jurisprudencia como fuentes generadoras de la obligación de reparar”⁸⁶.

Teniendo en cuenta esta distinción entre la parte social y afectiva del patrimonio moral, la Corte, en la sentencia analizada, afirma que:

“...además de la distinción entre la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral, la doctrina, de otro lado, reconoció que había otros daños no pecuniarios que debían entrar en la categoría de los perjuicios morales, de vasta y agotadora enumeración, como los atentados contra las convicciones y las creencias, los daños que afectan a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo, las cicatrices, heridas, sufrimientos que atentan contra la estética, entre muchos más”⁸⁷.

De allí entra a exponer la Corte que, aunque los niños no sufran de la misma forma que los adultos (la parte afectiva de su patrimonio moral no se vea afectada de la misma forma), su patrimonio moral se ve vulnerado en su parte social, y además, el daño a sus bienes constitucionalmente amparados, que es claro, se debe enmarcar también dentro

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de marzo de 1941, citada en el AC del 29 de noviembre de 1994. Exp 4366. M.P Jorge Antonio Castillo Rugeles

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Ob, Cit.

de esta parte del patrimonio moral, y por tanto, su indemnización no debe variar frente a la de los adultos.

Es por lo anterior, que se puede concluir que, si bien la Corte mantiene la línea jurisprudencial tendiente a mantener la indemnización por daño moral de los niños y niñas de forma igual a la de los adultos, hace una variación en su argumento, y desdibuja lo que hasta entonces se entendía en cuanto a las categorías de perjuicios extrapatrimoniales, y es por ello que esta sentencia resulta relevante en el análisis hecho en el presente trabajo.

10. Conclusiones

10.1. Al hablar de daño moral, las Altas Cortes se enfrascaron por años, principalmente a mediados del Siglo XX, en la discusión de si era correcto disminuir la indemnización por daño moral a los niños y niñas en razón de su edad. El argumento a favor de dicha posición colegía que el ser humano, en los albores de su existencia, carece de la capacidad cognitiva para entender los hechos dañosos que acontecen en su vida, y por ende para sufrir el dolor y la aflicción constitutivos del daño moral. Sin embargo, dicho argumento parecía no aplicar para las mismas corporaciones en otros supuestos fácticos en donde, al parecer, se encontraban ante la misma cuestión. Dos ejemplos, ilustrados en este trabajo, son el tratamiento del daño moral en personas que sufren algún tipo de déficit mental y en hijos póstumos. En dichos casos, a pesar de que las víctimas del daño presentan una capacidad cognitiva reducida, o incluso nula (caso de los hijos

póstumos) al momento del ilícito, las Altas Cortes nunca dudaron en reconocer la indemnización por daño moral para estos sujetos, por lo que resulta extraño que, incluso hasta años recientes, y aunque resultando mucho más pacífica que en el pasado, la discusión se haya seguido presentando en las corporaciones.

- 10.2. Si bien el tema ha sido desarrollado por ambas cortes, es importante destacar el trabajo del Consejo de Estado al momento de unificar y esclarecer los criterios para la indemnización del daño moral. Con esta labor, el Consejo de Estado no sólo resalta una clara línea jurisprudencial, sino que limita el arbitrio judicial de los jueces a la hora de establecer el monto de los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por las víctimas tanto directas como indirectas. Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia no ha tenido una posición pacífica sobre el tema, y ha dejado en mayor medida al arbitrio judicial la determinación de los criterios para indemnizar los perjuicios extrapatrimoniales.

- 10.3. No obstante, las Altas Cortes han tenido que resolver la cuestión planteada en este trabajo de forma reciente, pues jueces de menor jerarquía o las mismas partes dentro del proceso, alegan la reducción o incluso la supresión de la indemnización por daño moral para los niños, dicha discusión se tornó pacífica, tanto dentro del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que parece claro que no es viable que un niño reciba una indemnización menor a la de un adulto únicamente en razón de su corta edad.

- 10.4. Hoy la posición de la Corte, ilustrada en el “Caso Machuca”, busca incluir el daño a los bienes constitucionalmente amparados dentro de lo que la jurisprudencia considera el patrimonio moral de la víctima, y por ende resuelve que aun sin aflicción o dolor por parte de esta, el daño a sus bienes constitucionalmente amparados ya implica que exista un daño moral.
- 10.5. Luego de un primer periodo histórico, en donde las Altas Cortes, tendieron a la creación de nuevas categorías de perjuicios extrapatrimoniales, la tendencia contemporánea por parte de estas corporaciones ha sido la de eliminar dichas categorías, incluyéndolas en el contenido de otros rubros indemnizatorios de carácter extrapatrimonial

11. Bibliografía

- 11.1. “Análisis de la presunción de daño moral que beneficia a ciertas víctimas indirectas en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana” MARTINEZ BENAVIDES, Nicolás Enrique. - <https://revistas.uexternado.edu.co/>.
- 11.2. Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I y II. Legis.
- 11.3. Pantoja Bravo, Jorge. El daño a la persona y su indemnización. Leyer
- 11.4. Posse, M. C. (2018). *De la cuantificación del daño. Manual teórico práctico*. Bogotá D.C.: TEMIS.
- 11.5. Moisset de Espanés, Luis. Curso de obligaciones, Córdoba, Advocatus, 1998, segunda edición, tomo II.
- 11.6. Marty, G., & Pierre, R. (1962). Droit Civil. Paris. Citado por Santos, J. (1981). La Responsabilidad Civil. Madrid : Montecorvo.

- 11.7. Philippe Le Torneau, Philippe. *La Responsabilite Civile*, París, Dalloz.
- 11.8. Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto. Temas de responsabilidad civil.
- 11.9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de Diciembre de 2018, sentencia SC5686-2018, M.P Margarita Cabello Blanco.
- 11.10. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879
- 11.11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 09 de julio de 2012. M.P Ariel Salazar Ramírez, exp. 11001-3103-006-2002-00101-01.
- 11.12. Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil. sentencia de abril 4 de 1968, G.J. t. CXXIV.
- 11.13. Corte Suprema de Justicia, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994-26630-01.
- 11.14. Sala de Casación civil, Corte Suprema de Justicia, AC365 de 29 nov 1994, Magistrado Ponente Jorge Antonio rad. 4366
- 11.15. Sala de casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC10297-2014 de 5 agosto de 2014.
- 11.16. Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia 30 de septiembre de 2016, radicación: 05001-31-03-003-2005-00174-01, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.
- 11.17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. Radicación: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392). Consejero Ponente: Hernan Andrade Rincon.

- 11.18. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de agosto de 1999, Rad. n.º 4897
- 11.19. Henao, Juan Carlos.(1998). El Daño. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- 11.20. Silva, A. P. (2015). Indemnización y Compensación de Perjuicios en la Responsabilidad Patrimonial del Estado. En A. F. Garzón, & J. C. Henao, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado* (págs. 269-314). Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- 11.21. Becerra, R. S. (2002). *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública* . Medellín : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez .
- 11.22. Solarte, A. (2011). Principio de Reparación Integral del Daño en el Derecho Contemporáneo. En Á. Echerverri, J. M. Gualacosta, & J. E. Acosta (Edits.), *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico* (págs. 180-207). Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- 11.23. Prieto, L. (1996). Diez argumentos a propósito de los principios. *Revista Jueces para la Democracia*(26), 41 y ss.
- 11.24. Sandoval, D. A. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Derecho Privado*(25), 235-271.
- 11.25. De Ángel, Y. R. (1995). *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.
- 11.26. Mazeaud, H., Mazeaud, L., Tunc, A., Henri, C., & Luis, A. (1962). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* . Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa- America.

- 11.27. Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales.
- 11.28. Gaviria Cardona, A. (2018). *Guía teórica práctica para la cuantificación de perjuicios*. Medellín: Universidad EAFIT.
- 11.29. Ivarez Pérez, Á. O. (2014). Análisis de las recientes sentencias de unificación jurisprudencial para la reparación de los perjuicios inmateriales, en consonancia con la evolución jurisprudencia. *Responsabilidad Civil y del Estado*(35).
- 11.30. Rojas Quiñones, S. (2015). *El daño a la persona y su reparación*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.