

TEORÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

MAURICIO RESTREPO JARAMILLO

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2014

Tabla de Contenido

	pág.
Resumen	3
Palabras Clave	4
Introducción	5
PRIMER CAPÍTULO. PLANTEAMIENTO GENERAL	8
1. El Daño	8
2. Reseña Histórica del Reconocimiento de Perjuicios	11
SEGUNDO CAPÍTULO. CONCEPTUALIZACIÓN DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES	18
1. Concepto de Perjuicio Moral	20
2. Concepto de Perjuicio Fisiológico	24
3. Concepto de Daño a la Vida de Relación	28
TERCER CAPÍTULO. INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES	29
1. Indemnización de Perjuicios Extrapatrimoniales en la Doctrina	29
2. Legitimación para Demandar la Indemnización	37
3. Indemnización de los Perjuicios Extrapatrimoniales en la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia	43
a. Consejo de Estado	45
b. Corte Suprema de Justicia	56
4. Conclusiones	60
5. Referencias Bibliográficas	65
6. Referencias Jurisprudenciales	67

Resumen

El daño entendido como el menoscabo o detrimento sufrido por una persona, ya sea en sus bienes naturales o en su patrimonio, como consecuencia de un hecho determinado, que puede originar perjuicios de carácter patrimonial o extrapatrimonial, los cuales deben ser indemnizados.

La teoría de la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en Colombia, reconoció en principio solo los perjuicios morales, pero la evolución de la Jurisprudencia, a partir de 1992 acoge otro tipo de perjuicios extrapatrimoniales, tal como los denominados perjuicios fisiológico y el daño de la vida de relación.

No obstante, el avance que se ha presentado en esta materia, la tasación de la indemnización y la determinación del tipo de perjuicio, es aún hoy objeto de discusión y no existen lineamientos precisos, que permitan dar un tratamiento igualitario en todos los casos de perjuicios extrapatrimoniales, lo cual hace necesaria una revisión de las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Palabras Clave

Daño, perjuicio, indemnización, patrimonial, extrapatrimonial, moral, fisiológico

Introducción

La filosofía jurídico-política del país, se mueve al compás del péndulo que en el mundo ha visto pasar las organizaciones políticas de un exagerado individualismo a un comunismo extremo, pasando por el socialismo y por el intervencionismo de Estado, políticas éstas que ahora parecen encontrarse en crisis. Por eso la ubicación de la Constitución de 1.991 en el panorama político es muy difícil, no sólo porque los constituyentes no tenían una posición definida, sino especialmente porque sus componentes pertenecían a tendencias muy diferentes. De esa mezcla ideológica, política y filosófica, resultó una Carta Magna que pretende introducir modificaciones sustanciales a las diferentes instituciones políticas del país, pero sin una posición definida, aunque en busca de un cambio institucional.

La notoria impunidad que reina en el país permite deducir que un número muy amplio de personas que son víctimas de los delitos, no reciben ninguna compensación por los perjuicios que con el delito o con el daño se les ocasiona. Todos los costos patrimoniales, afectivos, fisiológicos, corren de cuenta del perjudicado, de la persona ofendida que es inocente y sin ninguna participación activa en los hechos con los que resulta afectada.

En el campo de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, se trata de restablecer el equilibrio patrimonial roto por la conducta del causante, que afecta el patrimonio del perjudicado. Atendiendo a la lógica y la equidad, se puede inferir que debe ser

el patrimonio del causante el que debe soportar las consecuencias patrimoniales y afectivas del daño.

Esto permite deducir que Colombia, al igual que la mayoría de los Estados del mundo, se ha matriculado en la corriente que pretende brindar mayor protección a los perjudicados con hechos dañosos, no sólo en el ámbito constitucional y legislativo, sino más importante aún, en el ámbito jurisprudencial y doctrinario.

Por esta razón y por considerarse más apropiado, se acoge la tesis de perjuicios patrimoniales, que son los que afectan el patrimonio económico de las personas; y los perjuicios extrapatrimoniales, que son todos los demás y en los cuales obviamente quedarían incluidos los perjuicios hoy denominados morales, los fisiológicos, los estéticos, los psicológicos, entre otros. Aunque para efectos de esta disertación, por considerarse de gran importancia, se hablará de perjuicios morales y fisiológicos sin olvidar que existen otros de igual relevancia.

El tema escogido ofrece discusión, pero modernamente es aceptado con amplitud e inclusive la doctrina ve expandir sus linderos, cada vez con mayor auge. El daño moral también se denomina daño extrapatrimonial, daño de afección; sin embargo ninguna de estas denominaciones son exactas, debe hablarse de perjuicios no patrimoniales que abarcan tanto los morales como a los fisiológicos, psicológicos, estéticos y éticos.

En consecuencia, el presente trabajo buscar rastrear las definiciones doctrinarias y jurisprudenciales más destacadas del daño extrapatrimonial, así como verificar el reconocimiento de la indemnización del mismo, lo cual permitirá un acercamiento general al tema y el planteamiento de aspectos que aún se encuentran por resolver, relacionados con la reparación integral que se pretende siempre que se ha sufrido un perjuicio, y la cual es tan difusa cuando el contenido del mismo no es exclusivamente patrimonial.

PRIMER CAPÍTULO

PLANTEAMIENTO GENERAL

1. El Daño

Los Códigos Civiles colombiano y francés, aluden al daño con inmensa comprensión de las figuras, en forma tal que en este arquetipo jurídico puede amoblarse también el daño moral. La mayoría de la doctrina aboga por la indemnización de este perjuicio, discrepando aún acerca de la necesidad de la prueba del daño moral, al punto que alguna doctrina pregona que éste no debe ser probado. La verdad es que se deduce de presunciones, que incluso pueden ser subjetivas, pero ello no significa que su entidad se exima de demostración.

Jurídicamente el daño ha sido definido como el menoscabo o detrimento sufrido por una persona, ya sea en sus bienes naturales o en su patrimonio, como consecuencia de un hecho determinado. Este concepto por tanto no puede limitarse a la lesión de intereses patrimoniales, puesto que al lado de estos bienes de contenido económico, existen otros de carácter personalísimo como la vida, la integridad física y el honor, cuya naturaleza es invaluable.

La Real Academia de la Lengua, define el daño, entre otras acepciones como “*efecto de dañar*” que a su vez significar “*Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia*” (DRAE, 2001). De la definición transcrita se evidencia que desde la concepción general del daño, éste se determina por sus consecuencias.

De igual manera la doctrina, acude a los efectos del daño para la definirlo, tal como sucede con Escobar Gil (2003) que indica: *“La expresión daño significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que ha consecuencia de un determinado acontecimiento experimenta una persona en sus bienes espirituales o patrimoniales”* (p. 166)

En este mismo sentido Navia Arroyo (1978), define el daño como *“la lesión de un interés jurídicamente tutelado, como resultado de una actuación humana contraria a derecho”* (p.2) y Larenz (1958) señalaba que *“Daño es el menoscabo que una determinada persona sufre en sus bienes vitales o en su patrimonio”* (p. 215)

Por su parte Tamayo Jaramillo (1990) define el daño indemnizable indicando: *“Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”* (p.5)

La Corte Constitucional al referirse al daño derivado de un delito ha señalado:

El daño, es el efecto jurídico del delito, que comporta una doble connotación: a) El daño público o social que se produce al lesionar el bien o interés jurídico protegido por el Estado y que explica su intervención poniendo en marcha el aparato punitivo, imponiendo las sanciones a quien ha infringido el orden jurídico, pues el delito es siempre un hecho que perjudica a la comunidad; b) El daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales. (Sentencia C- 1149/01)

Refiriéndose a la Reparación integral de víctimas el Máximo Tribunal Constitucional ha manifestado:

Ahora bien, es importante destacar que el concepto de daño es amplio y comprehensivo, pues abarca todos los distintos fenómenos usualmente aceptados como fuente generadora de responsabilidad, entre ellos el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral en sus diversas formas, el daño en la vida de relación, el desamparo derivado de la dependencia económica que hubiere existido frente a la persona principalmente afectada, así como todas las demás modalidades de daño, reconocidas tanto por las leyes como por la jurisprudencia, ahora o en el futuro. Según encuentra la Corte, la noción de daño comprende entonces incluso eventos en los que un determinado sujeto resulta personalmente afectado como resultado de hechos u acciones que directamente hubieren recaído sobre otras personas, lo que claramente permite que a su abrigo se admita como víctimas a los familiares de los directamente lesionados, siempre que por causa de esa agresión hubieren sufrido una situación desfavorable, jurídicamente relevante. (Sentencia C- 052/12)

El Consejo de Estado define el daño antijurídico, como fundamento para acceder a la reparación del mismo, manifestando:

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente - que no se limite a una mera conjetura - , y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria. La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo.

(...)

No constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación legítima o moralmente aceptada; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una actividad o recae sobre un bien ilícito, caso en el que no habrá daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima. (...) el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, dado que sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga. (Sentencia del 28 de marzo de 2012 C.P. Dr. Enrique Gil Botero)

Las definiciones transcritas construidas a partir de los efectos jurídicos del daño, permiten establecer que éste es un fenómeno físico con efectos jurídicos, y tal como lo señala el Máximo Tribunal de lo Contencioso administrativo, para que sea indemnizable, es necesario que sea cierto, personal y directo.

2. Reseña Histórica del Reconocimiento de Perjuicios

La evolución del pensamiento jurídico, demostrado en lo que se ha anotado anteriormente y lo que en el desarrollo se afirmará mejor, obviamente no ha llegado a su actual condición por simples casualidades, sino que ha sido fruto de un referente histórico que ha marcado el adelanto en materia de perjuicios extrapatrimoniales. Por lo aquí expuesto se hace necesario hacer un rastreo acerca de los antecedentes de este concepto:

En el derecho antiguo, aquel que causaba un daño a otro, quedaba expuesto sin limitación a la venganza privada del ofendido o de su clan, pero no contraía con la víctima la obligación de reparar las consecuencias que el daño había ocasionado. En este proceso de evolución jurídica, la ley del Talión (“ojo por ojo, diente por diente”), presente en todos los pueblos, aparece entonces como un gran avance al establecer por primera vez una rigurosa proporción entre el daño causado y la venganza que el ofendido, o su clan, podían imponerle a su víctima. No obstante, el momento en que nace del hecho dañoso una verdadera responsabilidad que genera la obligación de reparar las consecuencias del mismo, se consigue cuando gracias a un mayor avance jurídico y social, el derecho permite al responsable aplacar la venganza

ofreciendo a la víctima una suma de dinero; si era aceptada, significaba que renunciaba al Talión. Esta forma de reparación del daño, que se denominó “*compositio*” adquirió carácter legal y con el tiempo se fue estableciendo, acercándose el derecho al concepto moderno de la responsabilidad civil.

En el derecho Romano, en sus épocas más antiguas, reconociendo la necesidad de castigar, no sólo las infracciones contra el Estado, sino también aquellas infracciones dirigidas contra los particulares, distinguió dos clases de delitos: Delitos públicos; entendidos como aquellos dirigidos contra la cosa pública, y delitos privados; cuando estaban dirigidos contra los particulares y perturban el orden público.

Así el legislador romano fue considerando en un comienzo, de manera exclusivamente casuística, que los delitos debían ser reparados; posteriormente ante la insuficiencia de este procedimiento, los jurisconsultos trataron de ampliar el alcance de estos textos legales para permitirle a la víctima reclamar un daño que no estuviera previsto expresamente en ellos, sin lograr realmente la consagración de una regla de conjunto.

Así la Ley Aquilia no se limitó a aportar nuevas categorías de hechos dañosos, sino que fue más allá, tratando de unificar todo el sistema anteriormente vigente. Dicha Ley contenía tres capítulos fundamentales: los dos primeros contemplaban daños particularísimos (dar muerte a un esclavo, por ejemplo); el tercero en cambio, tenía un alcance más general y se refería a las lesiones causadas a un esclavo, a un animal y a ciertos deterioros o destrucciones de cualquier cosa corporal. Para que surgiera la obligación de reparar el daño causado a otro debía cumplir ciertos requisitos:

- Que fuera causado a otro en una parte de su fortuna.
- Que fuere causado por la acción de un cuerpo sobre otro cuerpo.
- Ausencia de derecho en el ofensor.
- Era necesario que fuere causado al dueño de la cosa dañada.

No obstante, a pesar del gran avance que significó la Ley Aquilia, sus requisitos eran tan exigentes que aún resultaba insuficiente; por esta razón el Pretor y los Jurisconsultos trataron de ampliar el alcance de los casos previstos en ella. El Pretor otorgó una acción útil para el caso en que el herido fuera un hombre libre y los Jurisconsultos, por su parte, declararon mediante una interpretación amplia, que debía ser igualmente sancionado todo deterioro o destrucción de una cosa, extendiéndose la noción de Damnuma “*Cualquier atentado material contra una persona o cosa*”.

El derecho de Justiniano, siguiendo esta línea de pensamiento, se caracterizó por haber logrado una ampliación de los presupuestos de la acción. Se llegó a aceptar la aplicación de la Ley Aquilia a los casos en que el daño se hubiera producido sin un contacto directo con el agente, e incluso a aquel ocasionado sin que ocurriera una lesión material de la cosa; además fue mayor el número de personas amparadas por esta ley al proteger no sólo al propietario sino también a quienes tuvieran un derecho real distinto del de propiedad. Al aumentarse el campo de ejercicio de esta acción fue preciso poner un límite, que se logró con el condicionamiento de un factor subjetivo, naciendo así la noción de la culpa en el Derecho

Romano. Pero dicha noción no fue planteada en su integridad; el Legislador siempre se ocupó más de la comprobación del perjuicio que del grado de culpa cometido.

El derecho Romano no pudo desligar por completo la responsabilidad penal de la civil a pesar de sus esfuerzos. No obstante con el tiempo, la idea de venganza privada fue desapareciendo a medida que se le atribuía mayor injerencia a la autoridad del Estado. Por otra parte, aún cuando no se logró darle a la responsabilidad civil un alcance general, es preciso reconocer que cada día fueron más numerosos los textos que establecían dicha responsabilidad para particulares, e incluso en la última etapa de su evolución reconoció los derechos extrapatrimoniales, otorgándoles una protección jurídica.

La evolución histórica del daño extrapatrimonial, a pesar de la protección integral que el derecho moderno otorga a los intereses extrapatrimoniales, requirió de mayor madurez jurídica. Siempre ha sido planteado el sentimiento del honor, que era reconocido aún en las épocas más antiguas de evolución del derecho y la lesión de este, era castigada incluso con mayor severidad que la de los derechos materiales.

Ihering señala que los romanos concedieron esta figura de la reparación a los que sufrían en el afecto que experimentaban por su familia, en la simpatía que sentían por los extraños, en el amor que profesaban por la cosa pública; a aquellos que se veían privados del placer que obtenían de una cosa, de la paz o de la tranquilidad que gozaban; aquellos que sufrían o eran lesionados, aún cuando su capacidad de trabajar se conservara completa; a aquellos que eran heridos en sus sentimientos religiosos o en su honor. (Galo García, 1992. p 9)

Al no hacer distinción alguna entre la responsabilidad contractual y extracontractual, admitieron que los daños o los perjuicios extrapatrimoniales, consecuencia del incumplimiento del contrato, también debían ser reparados.

Así mismo en el Derecho Germano se encuentran algunos casos de reparación de perjuicios extrapatrimoniales.

En Colombia, con el Código Penal de 1.936 se reconoció por primera vez el perjuicio moral, estableciendo su reparación pero limitada a la responsabilidad civil derivada de hechos punibles. Más tarde, el Código de Comercio en el artículo 1006 también lo reconoció, lo que permitió dar por sentado que la indemnización de daños, tanto en materia civil como en penal, laboral y contencioso administrativo, incluye el perjuicio moral. El código de 1.980 reconoció nuevamente este perjuicio y actualmente no se discute la existencia del daño moral en nuestro ordenamiento jurídico, en el que se consagra el reconocimiento jurídico de los intereses extrapatrimoniales en forma mucho más amplia. Sin embargo no debe desconocerse el gran avance que significó en la evolución del derecho la consideración incipiente de la necesidad de reparar un daño o perjuicio de esta naturaleza.

La justificación jurídica de la obligación indemnizatoria no puede concretarse en una sola respuesta, depende del momento histórico y del enfoque que se dé en la responsabilidad civil.

Así para la tesis tradicional, el fundamento jurídico de la responsabilidad civil era estrictamente subjetivo; en consecuencia el autor del daño era obligado a la reparación del mismo únicamente cuando el daño hubiera sido resultado de un acto doloso o culposo de su

parte, es decir, aquel realizado en forma consciente y voluntaria. Esta noción clásica de la responsabilidad civil, de carácter individualista y que influyó considerablemente en los códigos modernos, fue objeto de numerosas críticas, surgiendo a comienzos del siglo XX y como reacción a éstos una tesis que con un enfoque materialista de la responsabilidad civil rechazó todo elemento psíquico y personal. Para esta posición, la causalidad material entre el daño y el individuo era suficiente para obligar a su autor a indemnizar las consecuencias del mismo. Este enfoque que se conoce como *responsabilidad objetiva* con una concepción socialista del derecho dio un vuelco a la responsabilidad civil. Para esta tesis el individuo debe tal respeto al grupo, que en la medida en que lesione a otro debe haber una reparación inmediata del ordenamiento jurídico sin entrar a calificar si hubo culpa o no, sino el interés social que exige la reparación de ese perjuicio. Esta concepción buscaba además superar los inconvenientes prácticos de la teoría clásica, la cual al exigir la justificación de la culpa del agente daba lugar a que en muchos casos, por dificultades en la prueba, la víctima no pudiera recibir una indemnización.

Debido a la gran acogida que tuvo en su momento la teoría objetiva, los partidarios de la tesis tradicional, ante la necesidad de mantenerse y superar las críticas, evolucionaron en sus consideraciones acerca de la culpa, estableciendo presunciones de culpa para superar los inconvenientes de índole probatorio y la consideración de la culpa en abstracto vigente hasta ahora.

Actualmente la obligación de reparar constituye un deber jurídico, una sanción legal que impone el ordenamiento jurídico, el cual a su vez ordena o prohíbe la realización de

determinada conducta. De acuerdo con esto hay lugar a reparar un perjuicio cuando este se produce por la omisión de un mandato legal o por la trasgresión de una prohibición que daña un círculo jurídico de otra persona. No se desecha en este tiempo del todo la noción de culpa, por el contrario, le da una perspectiva diferente que se adecua mejor a los avances de la ciencia jurídica, definiéndola como una conducta normativa contraria al ordenamiento jurídico.

De lo expuesto, es posible afirmar que la reparación del perjuicio extrapatrimonial constituye un postulado del derecho contemporáneo que la equidad impone, porque resultaría según Mazeaud y Tunc (1960) *“chocante en una civilización avanzada como esta, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes; mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”* (p.441).

SEGUNDO CAPÍTULO

CONCEPTUALIZACIÓN DE PERJUICIO MORAL Y PERJUICIO FISIOLÓGICO

Tradicionalmente los daños se han dividido en dos categorías: daños materiales y daños morales. Nuestro Código Civil se refiere en los artículos 1613 y 1614 a los perjuicios o daños materiales, que no define, pero que detalla o divide en daño emergente y lucro cesante. Guarda silencio sobre los daños o perjuicios morales, como todos los códigos que tienen su raíz en el código Napoleónico, texto que desconoció los perjuicios morales. De allí dedujeron algunos tratadistas y no faltaron jueces y magistrados que patrocinaron esta posición, afirmando que los perjuicios morales no se debían indemnizar pues la Ley no los había contemplado en las normas civiles. Pero normas diferentes a las civiles o procesales civiles los mencionan específicamente. El Código Penal establece, en el artículo 94 y siguientes: “(...) La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y **morales** causados con ocasión de aquella (...)”.

El Código de Comercio establece en el artículo 1006 que regula las acciones de los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, señalando que éstos no podrán ejercer acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral.

Cuando se ocasiona un daño a una persona, ya sea dentro de la responsabilidad contractual o extracontractual, pueden existir perjuicios morales. Cuando se ocasiona un daño a una cosa o a un derecho real, ya sea dentro del campo de las actividades contractuales o extracontractuales, no se dan los perjuicios morales por norma general, por cuanto los sentimientos de afección no son compartidos por las cosas. Por lo tanto, la posibilidad de que los sentimientos o relaciones afectivas sean compartidos es lo que da nacimiento a esa clase de perjuicios. No existe posibilidad de relaciones afectivas mutuas entre las cosas o entre una persona y una cosa, por eso aunque se mencione la posibilidad de un dolor de afección cuando se pierde o deteriora una cosa (aunque se tenga mucho cariño a un animal o a un objeto), no se darán perjuicios morales por no existir reciprocidad afectiva.

Se considera absurda la tesis de quienes han sostenido que en la indemnización de los daños materiales queda incluida la indemnización de los morales, o que estos no existen si no existen aquellos. La consideración es porque aun cuando pueden tener alguna relación, son autónomos en su presentación, es decir, que se pueden presentar o no, daños morales, independientemente.

Ahora se plantea la existencia de otra clase de daños indemnizables, que son los que atentan contra la integridad física del perjudicado y se dan en las lesiones personales, denominados perjuicios fisiológicos.

En síntesis, los perjuicios morales o fisiológicos deben indemnizarse siempre que se den o se presenten ya sea en el campo de la responsabilidad contractual o en el campo de la responsabilidad extracontractual.

1. Concepto de Perjuicio Moral

Por perjuicio moral se entiende el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no el patrimonio material ni la persona física, sino el acervo moral del damnificado, lesionando uno de sus intereses legítimos o bienes económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral.

El daño moral es una figura de importancia innegable en el derecho que ha venido abriéndose paso con grandes dificultades, venciendo prejuicios y reduciendo infundados reatos.

Es importante notar que con frecuencia corren parejos el perjuicio material y el moral; un mismo hecho lleva consigo, a la vez, una pérdida pecuniaria y un daño moral. Ejemplo claro es el caso de la herida, la cual disminuye la capacidad laboral de la persona y le hace padecer al mismo tiempo sufrimientos.

A menudo, el perjuicio que afecta los derechos extrapatrimoniales tiene como contrapartida una pérdida pecuniaria, como el atentado contra el honor de un comerciante, que resulta de poner en duda su probidad, lo cual puede llegar a arruinar su negocio. Conforme

con este ejemplo, se oponen dos categorías de daños: unos que atentan contra lo que se ha dado en llamar “*la parte social del patrimonio moral*” (honor, reputación, etc.); y otros que atañen a “*la parte afectiva del patrimonio moral*” (pesar experimentado por la muerte de una persona que nos es querida. Los primeros daños “*están siempre, o casi siempre, más o menos unidos a un daño pecuniario: La desconsideración arrojada sobre una persona le suele hacer correr el riesgo de afectarla pecuniariamente, ya sea por obligarla a abandonar la situación en que se desempeña, o comprometiendo su porvenir o el de sus hijos, sea haciendo que disminuya su comercio o su industria*”.

Sin embargo hay discrepancias en cuanto el uso de la terminología, algunos encuentran en la expresión “daño moral” un concepto inexacto, puesto que existen daños que sin ser patrimoniales no pueden equipararse a los morales, como sería el dolor que se sufre a consecuencia de una herida o una fractura. Otros dicen que no conviene designar este daño con el corte de “moral”, puesto que la extrapatrimonialidad no es sino una de sus características. No puede incurrirse en el error de identificar el daño moral con aquel de carácter incorporeal, porque este criterio no proporciona un concepto acertado: primero porque no se puede desconocer que existen daños como “*el dolor intenso, que es perceptible por los sentidos de las personas que rodean a la que lo sufre*”; y segundo, los daños que constituyen una consideración general aplicada a un caso concreto, como los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral (pérdida o el daño a personas queridas, o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección). Con esta diferenciación se quiere simplemente establecer que existen daños morales que son corporales y no que todos los daños morales son incorporeales.

Es necesario precisar, que no se quiere equiparar esta distinción a la tesis de la clasificación tradicional hecha por el Consejo de Estado en daños morales objetivos y daños morales subjetivos, porque quienes se adhieren a esta clasificación, que es la inmensa mayoría de la doctrina, sostienen que los daños morales objetivos son aquellos resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos psíquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso. O sea, que los impactos sentimentales, afectivos, emocionales, no sólo tienen implicaciones en el campo subjetivo o interno, sino que también alcanzan el plano externo o de la productividad. El ejemplo típico que se acostumbra para explicarlos es el del vendedor que sufre una cicatriz en la cara, como secuela de ese daño pierde agresividad en las ventas, su complejo le impide desplegar sus anteriores facultades y ello se traduce en una baja notoria en las ventas. Se observa allí como ese complejo, factor subjetivo interno, se traduce o alcanza el factor externo de la productividad. Para muchos tratadistas estos daños realmente serían materiales, económicos y podrían incluirse en el lucro cesante. Y en verdad si se le da un alcance mayor al concepto de lucro cesante podrían incluirse allí. No obstante, como tienen íntima relación con el aspecto subjetivo, con los tonos sentimentales, afectivos y emocionales, se les ha querido distinguir de aquellos daños que han sido incluidos y aceptados como lucro cesante, por ser producto de una merma patrimonial debida a la limitación ó pérdida de los ingresos por limitaciones físicas o corporales. Aquí en este punto de la clasificación es donde se reevalúa la clasificación porque estos daños morales objetivos son englobados por el lucro cesante en la actualidad.

En cambio para los tratadistas que se adhieren a la clasificación: los daños morales subjetivos o “pretium doloris”, se han comprendido aquellos que exclusivamente lesionan

aspectos sentimentales, afectivos, emocionales que originan angustias, dolores internos, psíquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o definir. Son aspectos íntimos, vinculados a la parte sentimental y emocional de la persona, los que determinan la existencia o no de los daños morales subjetivos. Se han calificado, para su mejor comprensión, con el distintivo “pretium doloris” o precio del dolor. Como se anotó renglones atrás, esta clasificación está reevaluada y con la existencia de los daños fisiológicos, éticos, psicológicos, en fin, estos daños morales subjetivos son los daños morales generales propiamente.

En el fundamento de esta clasificación, también se encuentra que en un principio servía para determinar la cuantificación de unos y de otros, argumentando que los objetivados admiten tasación y los subjetivos no la admiten. Desde este punto de vista también deja de ser reconocida la clasificación, pues si bien no hay parámetros establecidos para tasar, medir, cuantificar el dolor, sí existen peritos que pueden establecerlos con base en sus conocimientos especiales y en última instancia el juez que conozca el caso, apoyándose en la equidad, la justicia y el derecho, fijará la indemnización correspondiente.

Mazeaud y Tunc (1960), se han referido al tema y precisaron lo siguiente

(...) Es innegable que el papel del juez (para señalar la cuantía del daño moral), será más difícil que en el caso del daño material. Pero ese papel no es imposible; porque no se trata de calcular la suma necesaria para borrar lo imborrable, sino para procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido.

Es al juez entonces a quien se le confía el “*arbitrium iudicis*”, para determinar el monto de dinero, capaz de proporcionar a la víctima una satisfacción que le compense de alguna

manera su dolor. “Medirá” entonces el dolor y le adjudicará como “precio” el que corresponda a una posibilidad de satisfacción compensatoria.

2. Concepto de Perjuicio Fisiológico

La noción corresponde, como casi la gran mayoría de logros en la teoría de la responsabilidad, a la doctrina y la jurisprudencia francesa. Ella lo ubica en la especie de daño moral. El precio del dolor es una entidad que corresponde a la aflicción, al dolor que se experimenta por suceso dañino. Se indemniza proporcionando a la víctima el dinero suficiente para procurarle una satisfacción que compense ese dolor. Con un criterio que si se analiza desprevencionalmente se vuelve racional, se piensa que esa satisfacción, como también el dolor, responden a circunstancias de muy diversa índole: familiares, económicas, culturales, en fin, las mismas que deben servir para realizar la ponderación, tanto del dolor como de la satisfacción. El daño moral es susceptible de tasación pericial pecuniaria, que significa una disminución de ganancia en razón de la merma de facultades que ocasiona la perturbación psíquica que representa el acontecer dañoso. Resta entonces por puntualizar el concepto del daño fisiológico. “*préjuice d’agrément*” la denomina Francia. Es la privación de los goces y satisfacciones que la víctima habría podido esperar normalmente de la vida, antes del accidente. Inicialmente la jurisprudencia francesa tan sólo hizo el reconocimiento de esta indemnización a deportistas o artistas que se veían obligados a abandonar bruscamente sus competencias, pero hoy la extiende aún a actividades no lucrativas, al simple desenvolvimiento de la personalidad humana. Hoy en día se entiende como la disminución de los placeres o satisfacciones de la vida, causados notoriamente por la imposibilidad o la

dificultad de que la víctima desarrolle ciertas actividades normales. De esta manera pueden englobarse en el concepto, todos los complejos causados por una mutilación, una enfermedad o un atentado contra el equilibrio psíquico o nervioso y todas las frustraciones que ellos entrañan (este concepto es versión libre de la obra de Jacques Ghestin en el tratado de derecho civil. Tanto el perjuicio moral, como el perjuicio fisiológico están llamados, cada uno, en el evento de alcanzar entidad en la demostración, a obtener la correspondiente indemnización.

Con el nombre de perjuicio fisiológico se ha venido clasificando algunos perjuicios diferentes a los llamados materiales y morales y a los cuales se les ha dado dos significados distintos:

a) La tesis que sostiene que los perjuicios fisiológicos son los que resultan de un lesionamiento a la integridad funcional del individuo, que sin tener repercusiones económicas afecta su actividad fisiológica. Son los casos comunes en donde una persona pierde, como consecuencia de un delito o de un hecho dañoso, un riñón, la vesícula, etc. Si bien puede continuar viviendo con el otro miembro normalmente, no sufre merma en su capacidad laboral, ¿Por qué debe continuar con limitaciones fisiológicas causadas por otra persona? Si se trata de la pérdida de parte del estómago, del bazo, de un ojo o de otros órganos o elementos fisiológicos que vulneran su integridad como persona, debe ser indemnizado.

b) La tesis que sostiene que el perjuicio fisiológico se da cuando se limita el goce de los placeres de la vida y su indemnización repara la supresión, merma o limitación de las actividades vitales. El Consejo de Estado en sentencia de mayo 6 de 1.993, expediente 7428,

se une a esta tesis. En la providencia se hace una clara distinción entre los “PERJUICIOS MATERIALES” (que afectan el patrimonio económico), los “PERJUICIOS MORALES” (que afectan la estabilidad emocional) y los “PERJUICIOS FISIOLÓGICOS” (que afectan la integridad funcional y actividades placenteras de la vida. Todo esto para terminar tasando en ocho millones de pesos al perjuicio fisiológico sufrido por una persona que por haberse amputado sus dos piernas debe permanecer de por vida en una silla de ruedas.

La inmensa mayoría de la doctrina es partidaria de una concepción amplia de los perjuicios fisiológicos, entendiéndolos en alguna de las dos formas en que se presenten y por lo tanto, deben ser indemnizados independientemente de los perjuicios materiales y de los perjuicios morales.

En síntesis, los perjuicios materiales afectan la esfera patrimonial, los morales la esfera emocional o afectiva y los fisiológicos la esfera funcional o física.

Además del menoscabo económico y emocional que puede sufrir la víctima de un atentado a su integridad física, podemos hallar otra disminución en sus condiciones de existencia. En adelante no podrá realizar otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Por ejemplo la pérdida de los órganos genitales afectará una de las funciones más importantes del desarrollo psicológico y fisiológico del individuo. En consecuencia, aunque perjuicios morales y perjuicios fisiológicos se presentan en forma conjunta, nada impide que se den en forma individual, lo que demuestra que se trata

En realidad, una incapacidad grave requiere una indemnización mucho más alta que la otorgada por un perjuicio moral. La reparación de este perjuicio fisiológico tampoco está englobada dentro de la indemnización de perjuicios materiales, pues como se anotó antes, esta repara la ausencia de ingresos (lucro cesante), en tanto que la reparación del daño fisiológico cubre la pérdida de la capacidad vital. De igual forma la indemnización de este perjuicio, busca proporcionarle a la víctima la posibilidad de desplegar alguna actividad que, siendo acorde con su estado de salud, le permita suplir en parte las actividades que fueron suprimidas. Bien vistas las cosas, el perjuicio fisiológico adquiere en un momento determinado visos de perjuicio material por daño emergente. En efecto, la víctima tiene y eso es innegable, derecho a recuperar los bienes extrapatrimoniales que poseía antes de ocurrir el hecho lesivo. ¿Cuánto dinero será necesario para que la víctima reemplace las actividades que fueron suprimidas por el responsable? La respuesta a este interrogante es fácil, téngase en cuenta qué actividades de reemplazo puede ejecutar la víctima, teniendo en cuenta su estado actual; el juez prudencialmente, otorgará una indemnización que permita al demandante obtener esa satisfacción de reemplazo.

No puede finalizarse este tema sin antes hacer una precisión acerca de la denominación que debe sustituir la de “perjuicio fisiológico”. Actualmente se ha determinado que la expresión daño fisiológico es inapropiada, que es más adecuada **“Daño a la vida de relación”**, expresión utilizada por la doctrina italiana. En efecto se trata de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquel que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.

3. Concepto de Daño a la Vida de Relación

El concepto del daño a la vida de relación es mucho más amplio y no sólo engloba el concepto del perjuicio fisiológico, sino que va más allá dándole una comprensión más acertada.

Este daño puede surgir de diferentes hechos y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. Esta afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o de la utilización de éste por otra persona o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que - al margen del perjuicio material que en sí mismo implica - produce una alteración importante a las posibilidades vitales de las personas. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aún los de carácter individual pero externos, y su relación en general con las cosas del mundo.

TERCER CAPÍTULO

INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES.

1. Indemnización de Perjuicios Extrapatrimoniales en la Doctrina:

En la esfera civil la indemnización del perjuicio extrapatrimonial que va abriéndose paso paulatinamente, ha suscitado grandes polémicas en la doctrina. Los partidarios estiman que existe un mal comprobable, con mayor o menor dificultad, pero evidentemente en ocasiones procede el resarcimiento, y con mayor razón cuando la víctima lamenta a veces mucho más un agravio moral o fisiológico que la destrucción de un objeto material; o la destrucción de este por su personal, significado sobre su valor como cosa corpórea. Los enemigos de tal reparación objetan la dificultad para estimarlo, por los cuantiosos litigios que podría originar su admisión generalizada y lo arbitrario de la tasación del perjuicio.

Resumiendo una posición contemporánea muy difundida, Mazeaud y Tunc (1960) afirman que existen algunos casos en los que el dinero es perfectamente capaz de borrar, ya sea totalmente, ya sea en parte, un perjuicio, aunque ese perjuicio no posea carácter pecuniario. La concesión de una suma importante permitirá, por ejemplo al que soporta sufrimientos, para que no disminuya su capacidad de trabajo, dirigirse a un médico afamado para aliviarlo. Permitirá aquella también al que esté desfigurado, confiar su rostro a un cirujano lo bastante hábil como para restablecer la armonía de aquel. Algunas inserciones en los periódicos, ya sean dispuestas por la sentencia, ya sean realizadas con ayuda de la suma concedida por los daños y perjuicios, se podrán atenuar las consecuencias de una difamación. Pero si el dinero

es lo bastante poderoso para poder a veces “reparar”, incluso en la esfera moral ha de reconocerse que hay muchos casos en los que no podrá bastar para reponer las cosas en el estado en que estaban. ¿Es esa una razón para negarle a la víctima el abono de daños y perjuicios? En manera alguna, porque se trata precisamente de ponerse de acuerdo acerca del exacto sentido de la palabra “reparar”. Ciertamente, si se afirma con los partidarios de la teoría negativa que reparar significa “*reponer las cosas en el estado en que estaban*”, “*hacer que desaparezca el perjuicio*”, “*reemplazar lo que ha desaparecido*”, se está obligado desde luego a renunciar a admitir la posibilidad de una reparación en la mayoría de los daños morales; pero eso es darle a la palabra reparar un sentido por demás restringido. En la esfera del perjuicio material, suele resultar imposible reponer las cosas en el estado en que estaban y la reparación consistirá en conceder aquello que por una evaluación con frecuencia grosera, se considera como equivalente.

En la esfera penal la reparación de un perjuicio moral o fisiológico, o la posible compensación del mismo en el común denominador de lo económico, se abrió camino en el Derecho Penal mucho antes que en lo Civil; de modo especial, por el precepto que en los delitos de injuria y calumnia imponía el resarcimiento pecuniario en infracciones que ante todo originan un perjuicio moral, aunque indirectamente pueden restar posibilidades patrimoniales: por ejemplo, con ocasión de pretender efectuar operaciones mercantiles o encontrar colocación laboral de importancia, la persona contra cuya honradez se hayan vertido expresiones calumniosas, sufrirá este perjuicio.

La indemnización de los daños materiales, morales o fisiológicos, es la finalidad de la institución de la responsabilidad civil. Es la meta no solo de los diferentes elementos que la conforman, sino de la acción que de ella nace y que es la que faculta al agraviado para acudir ante los organismos estatales o judiciales, en orden al reconocimiento de su derecho.

Dos han sido las formas que se han utilizado para el pago de la obligación de indemnizar:

– Reparación natural o “*in natura*”, como comúnmente se le llama. Consiste en la reintegración en forma específica o “volver las cosas al estado en que se encontraban si no se hubiera presentado el hecho dañoso”. En la práctica esta reparación se da muy pocas veces, aunque es factible. En cada caso debe analizarse esa posibilidad, que en principio, es preferible a la compensación cuando el daño recae sobre objetos o cosas. Cuando se trata de daños a las personas es imposible este sistema. La reparación “*in natura*”, en caso de darse, puede serlo en la reparación contractual y referida a los bienes. Esto indica que si se daña un bien, puede entregarse el mismo bien. Reparado y vuelto a colocar en las mismas condiciones de servicio que tenía antes de los hechos dañosos.

– Reparación equivalente o concretamente la indemnización. La doctrina ha dividido esta reparación, primero en equivalente dinerario que es cuando se indemniza con otro bien u objeto que reemplace el anterior; y segundo, concretamente la indemnización, que es cuando a través de una suma de dinero se compensa o se resarce el menoscabo sufrido por el daño. Esta reparación por equivalencia pretende restablecer el equilibrio patrimonial roto con el hecho dañoso.

En el caso colombiano, casi la totalidad de las indemnizaciones se hacen a través del sistema de reparación en equivalente dinerario, es decir, se traduce en una suma de dinero el monto de los diferentes daños ocasionados. Fijar esa compensación exige del juez elementos suficientes para buscar la equivalencia en dinero y por eso es este funcionario el que, analizadas todas las circunstancias que inciden en el valor, estado, funcionalidad y productividad del bien, establece el monto.

El funcionario judicial debe tener en cuenta que en el campo de la responsabilidad contractual, existen a veces limitantes que hay que respetar. A veces se ha fijado, en las cláusulas penales, con la debida anticipación el monto de la indemnización; es decir que las partes han convenido anticipadamente la cuantía de sus perjuicios. En estos eventos aparece limitada la capacidad del juez para fijar sumas superiores a las previstas en el contrato, especialmente en las llamadas cláusulas penales. Pero en el campo de la responsabilidad civil extracontractual no existen más limitaciones que las repercusiones ciertas del daño, tanto en el campo económico como en el afectivo. Por eso debe estimarse la medida del daño y el quantum o valor del mismo. Así mismo, el juez debe analizar detenidamente si este quantum del daño ha sufrido variaciones en el periodo transcurrido durante el trámite procesal, es decir, desde que se cometió el hecho dañoso o desde el momento en que se presentó la demanda, hasta el momento del fallo o decisión. Lo anterior porque en ese periodo pueden presentarse variaciones extrínsecas o intrínsecas del daño. Si consiste en la destrucción total de un vehículo y el juez decide ordenar su indemnización, ¿Cuál será el valor que debe atender el responsable? ¿El valor del vehículo en el momento del daño o el valor del vehículo en el

momento del fallo, que lógicamente debe ser muy diferente? ¿Qué sucede si una persona es gravemente lesionada y tiempo después de los hechos o después de la demanda, los daños se agravan, inclusive le causan la muerte? Sí, como se ha dicho, la indemnización tiende a restaurar el desequilibrio patrimonial o económico que ocasionó el daño. No hay duda entonces que la reparación debe hacerse con fundamento en el momento en que se liquide o se determine el monto. En síntesis la indemnización debe tener en cuenta el valor del daño en el momento de la sentencia y no en el momento en que se produjo. Esta tesis, acogida casi universalmente por la doctrina, encontró inicialmente una marcada resistencia por parte de jueces y magistrados, quienes procuraban que el valor indemnizatorio correspondiera al que tenía en el momento del daño, desconociendo que la depreciación (bastante alta en esta época de notoria inflación), golpea fuertemente los intereses del perjudicado, quien ve así aumentando el daño, ya que para lograr un equivalente, tendrá que desembolsar una suma superior a la que correspondía al daño en el momento en que se ocasionó, que es la que va a recibir de acuerdo con las tesis de los falladores.

Internacionalmente se ha aceptado que la determinación judicial de una indemnización debe tener en cuenta el valor del daño al tiempo del pago de la indemnización si fuere posible, si no al valor en el momento de la sentencia definitiva, lo cual impone efectuar los reajustes que sean necesarios, incluyendo obviamente la depreciación monetaria. Si el juez encontraba probado el derecho sustantivo pero no la cuantía del daño, debería ordenar por una sola vez y de oficio, la práctica de pruebas que permitieren concretar el monto del perjuicio. Si el juez no lo hace, el favorecido con la condena puede solicitar una sentencia complementaria para que se concrete el monto. Si no se logra por ninguno de esos dos medios, el superior jerárquico

puede hacerlo cuando conozca en segunda instancia del proceso. Por lo tanto el juez de primera, como el de segunda instancia deben utilizar los medios necesarios para concretar el monto de la indemnización. Es de gran importancia anotar que desapareció del procedimiento civil la sentencia “in genere” o en abstracto. Quedó vigente esa posibilidad solo cuando se trate de autos que sí permiten la concreción a través de un incidente.

En los fallos condenatorios deben tomarse varias determinaciones: la primera, es la de declarar civilmente responsable a la persona que tiene la obligación de indemnizar; la segunda, indicar cuáles son los perjuicios que debe indemnizar; precisando si son materiales, morales o fisiológicos, y la tercera es fijar la cuantía de cada uno de los rubros, es decir, señalando el quantum o monto que se fija como indemnización. Sin embargo se ha aceptado por la jurisprudencia que la variación en el contenido del daño patrimonial o extrapatrimonial, que puede agravarse o atenuarse debe tenerse en cuenta en el momento del fallo. Pero igualmente se ha sostenido que también deben tenerse en cuenta las modificaciones que se presentan en la medida del daño. En síntesis, las variaciones que se ven en el contenido y en el monto del daño deben tenerse en cuenta en el momento del fallo. La inflación deteriora notoriamente el valor adquisitivo de la moneda como una modificación intrínseca del daño; entonces como el valor que debe tenerse en cuenta es el que tenía el daño en el momento de la sentencia, es necesario incluir en su evaluación la pérdida adquisitiva de la moneda para los daños pasados o presentes en el momento del fallo. Es indiferente que el perjudicado ya haya atendido a las consecuencias del daño o las tenga que pagar; en ambas situaciones al liquidar el valor del daño, debe tenerse en cuenta la pérdida de ese valor.

Esta actualización hace relación tanto al daño emergente como al lucro cesante de los perjuicios materiales y también de los morales y fisiológicos.

Según la doctrina, necesariamente por sus características, es el sano criterio de la equidad, el que debe regir en la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales. Siempre será este recto criterio y el arbitrio del juez, como se anotó anteriormente, el que permita establecer su monto. Cuando se hace alusión al arbitrio judicial no se está refiriendo a la arbitrariedad, sino a un sano análisis de la intensidad del daño y las características del mismo. Por lo tanto no pueden establecerse fórmulas o procedimientos generales o absolutos. En cada caso deben estudiarse específicamente el hecho dañoso y sus reales consecuencias. El arbitrio no es arbitrariedad, es la capacidad jurídica que tiene el juez para analizar y estudiar las consecuencias dañosas del hecho y fijar como indemnización una suma adecuada proporcionada a las angustias o impactos psicológicos o emocionales sufridos por el perjudicado. Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido:

- **Modalidades de la Infracción:** El juez debe tener en cuenta las modalidades o circunstancias del hecho dañoso y estas deben estar referidas al impacto psicológico o fisiológico causado al perjudicado. Cuando se trata de lesiones, no son las mismas consecuencias de una lesión pasajera que ocasiona una simple incapacidad, que una cicatriz en la cara. Las lesiones estéticas pueden ser múltiples y variadas y se hace énfasis en esto porque no es lo mismo que se afecte una pierna o que se sufra una lesión en la cara que desfigura la

armonía estética. Las modalidades deben entenderse como las características o particularidades del hecho dañoso, que hacen más o menos notorio el impacto emocional.

- **Condiciones de la Persona Ofendida:** No debe darse el mismo tratamiento evaluativo a la indemnización que se reclama por perjuicios extrapatrimoniales por daños sufridos directamente, que cuando se reclama por daños sufridos por otras personas. En el caso de las lesiones personales pueden existir perjuicios extrapatrimoniales que sufre el perjudicado por hechos de los cuales es la propia víctima. Cuando muere un ser querido o cuando se sufre intensamente a consecuencia de un hecho dañoso, la indemnización puede ser solicitada no por la víctima del hecho dañoso sino por un pariente o una persona vinculada afectivamente a ella.

- **Naturaleza y Consecuencia del Agravio Sufrido:** Las consecuencias del agravio sufrido hacen relación al impacto emocional, al dolor, a la angustia que el hecho dañoso ocasiona al perjudicado. Es muy importante establecer hasta donde sea posible, la intensidad de los sentimientos o relaciones que une a las personas afectadas; no es lo mismo el impacto que ocasiona la muerte de un padre a su hijo que el que ocasiona a otro pariente. Pero en el mismo caso, cuando el padre se ha alejado del hogar, la intensidad puede modificarse, el juez al fijar el monto debe tener en cuenta esa situación. La intensidad del agravio o lesionamiento, para los efectos de perjuicios extrapatrimoniales, está íntimamente relacionado con las características y manifestaciones de las relaciones afectivas, sentimentales, que vinculan a la víctima con el perjudicado. A mayor intensidad de las relaciones, corresponde lógicamente una mayor indemnización; pero esta intensidad no nace automáticamente del

parentesco, se es acreedor al máximo porque se rompió una relación sentimental o afectiva, no simplemente formal, entre la víctima y el perjudicado. Por lo tanto, si bien el simple parentesco presume la existencia de perjuicio y al perjudicado le basta mostrar el parentesco y la convivencia para que surjan en principio perjuicios extrapatrimoniales, es posible que dentro del proceso esa presunción se destruya o se modifique en su intensidad. Lógicamente la evaluación debe referirse a cada perjudicado.

En estos casos el juez debe analizar detenidamente la situación y se le acreditan las relaciones afectivas serias, fijar el monto de los perjuicios. En síntesis no es una evaluación automática, tiene que ser referida a las circunstancias específicas y concretas de cada caso.

2. Legitimación para Demandar la Indemnización.

La jurisprudencia colombiana, en diversas ocasiones ha otorgado indemnización por daño fisiológico, si bien casi siempre se le ha dado la denominación de lucro cesante y anteriormente de daño moral objetivo, que se le de un nombre u otro, no tiene importancia. Desde luego como se anotó antes la determinación del monto indemnizable depende de los efectos que en la vida diaria de la víctima tenga su lesión.

Tanto en el caso del perjuicio moral o fisiológico están legitimados para demandar la indemnización todas las personas que demuestren haber sufrido angustia y dolor con la muerte de la víctima directa. No se requiere ser alimentario, ni alimentante por ejemplo.

En el caso de los perjuicios fisiológicos no es tan claro, sin embargo visto desde la siguiente óptica se hace mucho más fácil de aceptar; independientemente que la víctima directa haya sufrido un perjuicio, terceras personas los pueden padecer así: la esposa que ante un accidente en el que muere su marido sufre una crisis nerviosa que finalmente desemboca en locura. En este caso, los gastos médicos para tratar de curar la enfermedad constituirán un daño emergente; el lucro cesante estaría constituido por la eventual pérdida de la capacidad laboral; pero además, el simple hecho de no poder disfrutar plenamente de su salud mental le ocasiona un daño fisiológico y debe ser indemnizado. La prueba a portar será la que a causa del fallecimiento de la víctima directa, ésta obtuvo un trastorno mental.

Se cree que no hay necesidad de ahondar en el tema cuando quien reclama es la víctima directa, ya que es el legitimado directo que sólo necesita probar el hecho dañoso y nexo causal entre el hecho y el responsable; mientras que las terceras personas necesitan probar la certidumbre del perjuicio y el nexo causal entre el hecho y el daño, además el parentesco, la intensidad del sufrimiento, las consecuencias para que sea indemnizado el perjuicio derivado.

Como la disertación ha llegado a este punto, es conveniente hacer alusión a la **transmisibilidad de la acción de reparación**. Se ha visto como la muerte de una persona legítima para exigir la reparación del daño extrapatrimonial a todo aquel que por este actúan demandan hecho haya sufrido un pesar profundo. En este caso, quienes así dicha reparación como consecuencia del perjuicio personal que le ha sido causado. Sin embargo, la posibilidad no en derecho propio sino en calidad de heredero, ejerciendo el derecho a exigir el

resarcimiento por el daño extrapatrimonial que adquiere el causante, antes de su muerte y en ocasiones por el hecho de la misma.

A la transmisibilidad de esta acción se le ha objetado principalmente la naturaleza personalísima de dicho daño, considerándose que al hacer valer los dolores y sufrimientos psíquicos padecidos sólo puede corresponder a la propia víctima y no a otras personas distintas de aquella. Igualmente se ha sostenido que de aceptarse esta posibilidad se presentarían grandes dificultades de orden teórico y práctico, como la de concebir una sucesión al dolor. Aun cuando no se acepte la transmisibilidad de la acción tratándose de los perjuicios extrapatrimoniales, en el fondo se presenta una confusión entre el sustrato personal del derecho y la forma de la pretensión reparadora, confusión de la que se deriva la afirmación de intransmisibilidad de dicha acción, dada la naturaleza personalísima del daño.

Para la mayoría de la doctrina el derecho al resarcimiento, por tener como objeto una prestación de carácter pecuniario, es de naturaleza patrimonial, independientemente del interés lesionado. Así cuando el derecho a la reparación del daño extrapatrimonial, tenga como origen la lesión a un interés de tal naturaleza, el titular de la acción pretende una utilidad económica, que puede ser perseguida por herederos cuando no pudo ser alcanzada por su titular. Se presentan entonces dos situaciones:

- **Transmisibilidad de la Acción cuando esta fue Intentada por el Causante:** Esta transmisibilidad no encuentra gran oposición, ni problemas, ya que por encontrarse en el patrimonio del causante es susceptible de ser sucedida por sus herederos.

• **Transmisibilidad de la Acción cuando la persona Fallece antes de Demandar el**

Perjuicio Sufrido: Debe entonces distinguirse dos órdenes de daños:

- El perjuicio de la víctima sufrido antes de su muerte; aquí nada se opone a la transmisibilidad del derecho a la reparación a los herederos. Si se considera que estos son los continuadores de la personalidad del causante y las acciones unidas a la persona del “DE CUJUS” no se separan de él.

- El perjuicio causado a la víctima por su fallecimiento; La situación se hace más delicada cuando el perjuicio causado a la víctima consiste en su fallecimiento, de manera que dentro de esta hipótesis no es necesario distinguir entre si la víctima del hecho dañoso murió instantemente, o si por el contrario alcanzó a sobrevivir a sus lesiones, como lo consideran algunos.

Hay diversas posiciones acerca si es transmisible o no. Sin embargo la mayoría de la doctrina opina que el daño que sufre la víctima antes de su fallecimiento y aún cuando entre las lesiones y la muerte hay transcurrido tan sólo un instante, este por breve que sea es suficiente para originar un crédito en favor de la víctima, transmisible a sus herederos. Por esta razón se considera que siempre es posible la adquisición del derecho a la reparación del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que una persona ha sufrido por el hecho de su muerte.

Tal como se ha escrito sobre el tema de la transmisibilidad es necesario hacerlo también de la **cesibilidad**, y acerca de este tema se puede predicar que la posibilidad de ceder el derecho de la reparación de los daños extrapatrimoniales presenta iguales objeciones.

Obviamente existe división de la doctrina en este tema; no obstante para la mayoría de doctrinaria en la cesión también debe considerarse la naturaleza patrimonial del derecho a la reparación, y si se acepta su transmisibilidad no existe razón para negarle al titular de un derecho pecuniario la posibilidad de que disponga libremente de él aún cuando su pretensión se derive de la lesión a un interés extrapatrimonial. Una cosa a manera de explicación es la posibilidad de sustituir el titular del interés afectado y otra al ejercicio mismo de dicha acción por una persona extraña en beneficio propio. Así tratándose de la transmisibilidad del derecho a los acreedores, la doctrina ha sido unánime en rechazarla, considerando que la naturaleza extrapatrimonial justifica el límite de su ejercicio; el cual debe estar circunscrito a su titular (trátase del propio lesionado, de su heredero o cesionario), pero nunca a elección de un tercero; porque aún cuando el derecho al resarcimiento sea de carácter patrimonial, se origina de la lesión a un interés no patrimonial, que imposibilita una ingerencia extraña en su ejercicio.

A manera de síntesis y de mayor puntualización se hace preciso determinar en casos concretos donde se presenta el perjuicio extrapatrimonial y la forma en que este debe indemnizarse:

– Los perjuicios extrapatrimoniales en materia contractual: tanto en materia de responsabilidad Aquiliana, como contractual hay lugar a indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales, a condición lógicamente que ellos aparezcan probados. En efecto, sino ha habido dolo del deudor contractual, éste estará obligado a pagar según el artículo 1617 del Código Civil todos los perjuicios directos previsibles, patrimoniales o extrapatrimoniales; pero si ha habido dolo de su parte, indemnizará también los imprevisibles.

– Los perjuicios extrapatrimoniales por daño a las cosas: En estricto derecho, no hay razón para rechazar la reparación en este evento, puesto que no habiendo norma escrita que los excluya, la interpretación no debe ser restrictiva. Otra cosa es la prueba de estos perjuicios en cuyo caso el juez debe ser muy exigente, pues no se justifica una indemnización automática por tal concepto. De todas maneras, no podría negarse indemnización al propietario de un bien con un valor afectivo que ha sido destruido por el responsable. Lógicamente los perjuicios deben aparecer probados.

– Los perjuicios extrapatrimoniales en las personas jurídicas: A favor de las personas jurídicas no hay lugar a indemnizar los perjuicios extrapatrimoniales puesto que estos entes no son sujetos capaces de sufrir ni perjuicios moral ni fisiológico. Otra cosa es que los miembros, socios o representantes legales de la persona jurídica sufran angustia por el atentado que se ha producido contra el ente de que hacen parte. Pero en tales circunstancias se tratará de un perjuicio moral, que sólo podrá ser cobrado por la persona que lo ha sufrido, mas no por la persona jurídica representada. En lo que se refiere a la pérdida del buen nombre y la reputación de las personas jurídicas, si el posible hablar de daños extrapatrimoniales, aunque

de tal lesión no se deriven pérdidas pecuniarias, tal ocurriría, por ejemplo, en el caso de asociaciones profesionales, corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, etc. Desde luego, es necesario que tales entidades tengan personería jurídica reconocida, pues de lo contrario no es procedente la indemnización.

3. Indemnización de Perjuicios Extrapatrimoniales en la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia

En Colombia se ha aceptado por el Consejo de Estado, la separación entre indemnización consolidada o vencida e indemnización futura. También ha tenido en cuenta la actualización del valor del daño al momento de la sentencia para la liquidación del daño futuro. La Corte Suprema de Justicia ha sido más cautelosa en este sentido, aunque ya ha aceptado la necesidad de actualizar el valor del daño y tener en cuenta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda para su evaluación. Como no existen parámetros o elementos que permitan una cuantificación adecuada, justa, entran en juego muchos factores subjetivos individuales de quien debe tasar su monto. Por mucho tiempo se sostuvo que, como el dolor no tenía precio, esta clase de perjuicios no eran indemnizables y este concepto encontró adeptos entre tratadistas y falladores colombianos. Se sacrificaba así, injustamente, una realidad humana indiscutible por las dificultades de encontrar el procedimiento adecuado para tasarlos. En cuanto a los perjuicios fisiológicos, en la actualidad, no existen discrepancias en la forma de evaluación, y la cuantificación resulta relativamente sencilla si se tienen los elementos que permitan tasar económicamente hablando.

Los perjuicios extrapatrimoniales deben evaluarse por el juez, tesis que la Corte Suprema de Justicia acepta, pero debe evitarse que se puedan presentar decisiones arbitrarias, y la forma es buscar o establecer algunos límites. Sin embargo este lineamiento de la Corte no aporta en esencia mucho, porque solo en materia de Penal se ha establecido restricciones en cuanto al monto, pero ni siquiera por analogía puede aplicarse en materia Civil. De manera que vuelve a preguntarse ¿Cuál debe ser la suma a que ha de condenarse por estos perjuicios? La Corte considera que si es el más alto dolor por la muerte de una persona querida, es necesario anotar que ha de fijarse el máximo de la suma que sirva para satisfacer el perjuicio extrapatrimonial padecido por el demandante, teniendo en cuenta la devaluación de la moneda y el fin perseguido por la condena de satisfacción y no de compensación. Como se quiera pues, tratándose de perjuicio extrapatrimonial, el derecho lastimado de la víctima se restablece, no propiamente con la cabal reparación del mismo por ser inconmensurable, sino con una equitativa satisfacción. Y los jueces al regular esta especie de daño tendrán presente que cuando el perjuicio pueda ser de grado inferior, por cualquier causa, como cuando es menos estrecho el vínculo que liga a los protagonistas, la suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor. La Corte acoge el criterio de la doctrina moderna en que la condena no busca tanto reparar ese perjuicio cabalmente, resarcimiento que es el objeto de toda indemnización, sino “procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido”, permitiendo a quienes han sido víctimas de sufrimiento, hacer al menos más llevadera su congoja.

El Consejo de Estado va más allá de los formalismos que sustenta la tesis de la Corte. La integración legislativa que debe existir en un país organizado, permite las aplicaciones

analógicas y subsidiarias. Entendiéndose por aplicación analógica aquella que permite la aplicación de normas de estatutos que regulan las mismas materias a casos no previamente regulados. Y por aplicación subsidiaria aquella que permite aplicar a normas de un estatuto, otras de estatutos diferentes pero que regulan situaciones similares. Los mecanismos contemplados en las leyes sobre aplicación analógica y subsidiaria permiten aplicar, en determinados casos, aun los principios generales del derecho. Por lo tanto antes de llegar a ellos se debe acudir a normas y estatutos concretos, a los cuales se pretende aplicar subsidiariamente.

En esta parte de la disertación se tomaron como base de trabajo algunas sentencias recientes del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, las cuales fijan unos criterios generales para la indemnización, el reconocimiento y los requisitos de los perjuicios extrapatrimoniales para que puedan configurarse.

a. Consejo de Estado

- Sentencia: 7 de marzo de 1996. Expediente: N. 12009. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Tema: Transmisibilidad.

En esta Sentencia se trata la transmisibilidad del derecho al resarcimiento y naturalmente de la acción correspondiente de los perjuicios extrapatrimoniales de cara al ordenamiento jurídico colombiano y desde la óptica del artículo 90 de la Constitución Política, puede ser reclamado “por las personas naturales o sus sucesores”. Indicando, que no hay ningún

precepto que prohíba la transmisibilidad a los herederos del “DERECHO A LA REPARACIÓN” sufrida por la víctima directa.

Al demandante le corresponde acreditar por los causes probatorios idóneos dos hechos fundamentales:

1. La consistencia y la realidad del perjuicio extrapatrimonial padecido por la víctima directa de una parte, y
2. El título hereditario invocado, que legitima al demandante en el ejercicio de la pretensión indemnizatoria para el reconocimiento del perjuicio.

- **Sentencia: 27 de noviembre de 1998. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Tema: Perjuicio Fisiológico.**

El perjuicio fisiológico es uno de los tantos daños que pueden sufrir las personas, al igual que los daños patrimoniales y morales, por ende quien quiera su reparación debe, en primer término, pedir que el autor asuma esa responsabilidad, y en segundo término demostrar salvo casos de presunciones, su existencia y la cuantía de la condigna indemnización.

- Sentencia: 13 de septiembre de 1999. Expediente: N. 15504. Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández E. Tema: Presunción de perjuicios morales.

La Sala Plena del Máximo Tribunal Contencioso Administrativo ha sentado el criterio según el cual, los perjuicios morales se presumen únicamente tratándose de padres, hijos, cónyuge y “hermanos menores”, pues en relación con los hermanos mayores se requiere la demostración plena de la relación afectiva que existe entre estos y la víctima. En este orden de ideas, la prueba que se recoge relativa al parentesco, relaciones afectivas y de convivencia de la víctima con los demandantes, es suficiente para concluir que tienen derecho a ser resarcidos de los perjuicios morales. La prueba se recoge de testimonios y se deduce con claridad del profundo vínculo familiar que existía entre los demandantes y la víctima directa, así como el dolor y la angustia que produjo su desaparición.

- Sentencia: 28 de octubre de 1999. Expediente: N. 12384. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Tema: Causas del perjuicio moral

En varias ocasiones se ha condenado al pago de indemnización del perjuicio moral cuando el daño ha sido una lesión personal propia o de familiares cercanos. Pero sobre las lesiones físicas a diferenciado, en materia probatoria las lesiones graves de las leves.

Hace alusión a la diferenciación en materia de perjuicios fisiológicos determinando que:

a. En caso de lesiones graves, se ha sostenido que respecto de la víctima directa que con la demostración del daño antijurídico por lesión grave tiene derecho a indemnización de perjuicios morales; y en lo que atañe por las víctimas indirectas en este caso: padres, hermanos, hijos, tienen derecho a la indemnización del daño antijurídico por lesión grave de su pariente, siempre y cuando demuestren, esta lesión y obviamente el parentesco.

b. En el caso de lesiones leves, se ha sostenido que respecto de la víctima directa que con la demostración del daño antijurídico por lesión leve tiene derecho a la indemnización de perjuicios morales, así el resultado no haya sido grave. Y en lo que atañe a las víctimas indirectas: padres, hermanos, cónyuge e hijos, es necesario demostrar primero el parentesco y segundo el daño moral que les produjo la lesión leve.

Las siguientes sentencias también hacen consideraciones respecto de las lesiones graves: Sentencia del 26 de febrero de 1993, expediente 7449 y -Sentencia del 14 de septiembre de 2000, expediente 12116.

- Sentencia: 2 de marzo de 2000. Expediente: N. 11250. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Tema: Definición de perjuicio fisiológico.

El adjetivo “fisiológico” hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas) denominarlo así.

Este perjuicio extrapatrimonial tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el perjuicio moral, ni con el perjuicio material. La mala denominación se debe a una traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, por eso es más adecuado denominar a este perjuicio extrapatrimonial “Perjuicio de Placer”. Como se conoce en el derecho francés “préjudice d’agrément”.

Similares consideraciones ha registrado la sala en sentencias del 18 de febrero de 1999, expediente 12210 y la del 3 de mayo del mismo año, expediente 11169.

- Sentencia: 6 de abril de 2000. Expediente: N.12794. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo B. Tema: Reconocimiento de perjuicio fisiológico.

Los daños morales, gozan de presunción por su naturaleza, respecto de la víctima directa de su cónyuge y de sus hijos, quienes además probaron su condición de tales y por ello, siendo damnificados tienen derecho a la reparación. Hoy por hoy también se reconocen los perjuicios fisiológicos que se deben apreciar estudiando el caso concreto y por ello deben ser reconocidos por el juez, teniendo en cuenta las condiciones personales y sociales afectadas con el daño. Para la cuantificación del daño debe tenerse en cuenta los perjuicios fisiológicos pueden ser genéricos, es decir, aquellos que se producen en todas las personas que padecen la lesión y que no necesitan otras pruebas para su reconocimiento, por ejemplo: La pérdida de la audición o de la vista, etc. O pueden ser específicos que se presentan por la incidencia de la lesión en las actividades placenteras o en el goce espiritual que disfrutaba la víctima, antes de producirse el hecho dañoso y que deben acreditarse en el expediente, tales como: la pérdida de una extremidad superior de un pianista, o de un tenista, etc.

- Sentencia: 19 de julio de 2000. Expediente: 11842. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández E. Tema: Perjuicio fisiológico y daño a la vida de relación.

A partir de la sentencia proferida el 6 de mayo de 1993, expediente 7428, con magistrado ponente: Julio Cesar Uribe A., el Consejo de Estado ha reconocido la existencia de una forma de perjuicio extrapatrimonial distinto del moral, denominado perjuicio fisiológico a la vida de relación. Se critica en esta providencia la expresión “Perjuicio Fisiológico” y parece más adecuado el concepto de perjuicio de placer, asimilándola a la de daño a la vida de relación, concepto mucho más comprensivo. Agregó la sala que el reconocimiento de este perjuicio no debe limitarse a los casos de daños corporales que producen alteraciones a nivel orgánico, sino que debe extenderse a todas aquellas situaciones que alteran la vida de relación de las personas; tampoco debe limitarse su reconocimiento a la víctima, toda vez que él mismo puede ser sufrido además por las personas cercanas a ésta, como su cónyuge y sus hijos; ni debe restringirse a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, pues debe referirse además al esfuerzo excesivo de realizar actividades rutinarias; ni se trata sólo de la afectación sufrida por la persona en su relación con los demás, sino también con las cosas del mundo. La existencia de este perjuicio como la de los demás, puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso puede presumirse en razón de las circunstancias particulares del caso. En cada caso, el juez fijará conforme a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta las diferentes pruebas practicadas en relación con la intensidad, el perjuicio, de modo que la suma establecida para compensarlo resulte equitativa. Y es obvio que debe hablarse de compensación y no de reparación, dado que por la naturaleza del perjuicio, será muy difícil en

la mayor parte de los casos encontrar un mecanismo que permita una reparación “in natura” o con el subrogado pecuniario.

- Sentencia: 21 de septiembre de 2000. Expediente: 11766. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández E.

Las relaciones entre parientes y aún entre las personas que no pertenecen a una misma familia, pueden ser muy estrechas; a pesar de la lejanía cuando, con anterioridad se han creado fuertes lazos de afecto.

La prueba de parentesco no es indicio suficiente para construir una presunción, que a su vez permite establecer debidamente la existencia del perjuicio extrapatrimonial (daño moral) alegado.

La sentencia de julio 16 de 1998, expediente 10916, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque establece lo mismo, planteando que puede existir una relación de parentesco entre padre e hijo, pero que el perjuicio es menor cuando el padre hacia varios años atrás había abandonado el hogar. La sentencia del 31 de mayo de 2001, expediente 13321, plantea similar posición estableciendo la diferencia entre ser el perjudicado y tener el carácter de heredero.

- **Sentencia: 6 de septiembre de 2001. Expediente: N°13232. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández E. Tema: Indemnización.**

Con la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código Penal, en su artículo 97, prevé la indemnización por una suma equivalente en moneda nacional, hasta 1000 salarios mínimos legales mensuales.

Es una importante modificación que implica el establecimiento de la indemnización del daño en salarios mínimos legales mensuales; lo que permite sin duda corregir algunas situaciones generadas por el recurso de la tasación en oro; pero sin perderse de vista el principio de equidad, también previsto para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño.

Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que por su naturaleza no puede ser restitutoria, sólo compensatoria. El juez a discrecionalidad debe establecer la cuantía con base en la certeza del perjuicio y su intensidad.

El problema de la analogía queda resuelto por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que hace improcedente la aplicación de esta, para aplicar el Código Penal vigente.

Se afirma entonces la independencia del juez contencioso administrativo, para fijar en cada caso, con sustento en las pruebas de proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio extrapatrimonial. Y conforme con el artículo 178 del Código

Contencioso Administrativo, el perjuicio extrapatrimonial, que cobre mayor intensidad puede fijarse en la suma equivalente a 100 salarios, mínimos, legales, mensuales, equivalentes (28.600.000); cantidad que sirve de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.

- **Sentencia del 19 de octubre de 2007. Radicado 0500123310001998-02290-01(29273)A. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Tema: Medidas Restaurativas. Reparación Integral.**

Este es un pronunciamiento cuya importancia radica en ser el primero que impone medidas restaurativas, para reparar daños extrapatrimoniales, en casos de daño a los derechos humanos, indicando:

Toda reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado (daño antijurídico), o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo (una violación a un postulado normativo preponderante). Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido debe ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa.

La reparación integral va más allá del reconocimiento económico que pretende indemnizar el perjuicio extrapatrimonial, lo cual se constituye en un avance conceptual en la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, que amplía la concepción del perjuicio y su indemnización.

- **Sentencia del 24 de julio de 2013. Radicado 52001-23-31-000-1999-00783-01.**

Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tema: Daño a la Salud, componentes objetivo y subjetivo.

Establece como fundamento de la reparación del daño a la salud dos componentes, uno objetivo y otro subjetivo, que deben atender a los principios de reparación integral, equidad e igualdad, entendiendo que la naturaleza de la salud impide ser reparatoria y será siempre compensatoria.

Bajo este propósito, la Sala determinará el contenido del elemento objetivo con base en la calificación integral de la invalidez, que debe constar en el dictamen emitido por la Junta de Calificación, que a su vez tiene en cuenta componentes funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos por el Decreto 917 de 1999, esto es, bajo los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía: (...)Es pertinente precisar, que en los eventos que no repose en el material probatorio el dictamen emanado por la Junta de Calificación, en el que se especifique los tres criterios de clasificación de invalidez, el porcentaje que tal dictamen determine se imputará al rubro de Deficiencia, es decir, 150 SMLMV, en forma proporcional. (...). Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar, con fundamento en el material probatorio, la sana crítica y las reglas de la experiencia, el quantum determinado en el aspecto objetivo, de manera que se atiendan las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada, en cuyo efecto se sugiere como limite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV. (...).

- **Sentencia del 23 de septiembre de 2013. Radicado 05001233100020010079901.**

Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Tema: sentencia de unificación de criterio jurisprudencial sobre tope indemnizatorio de los perjuicios morales.

Se unificó la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible, en los términos del artículo 97 de la ley 599 de 2000, y frente a la obligación a cargo de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares de efectuar el seguimiento al cumplimiento de lo dispuesto en

providencias en las que se juzgue la grave violación a derechos humanos, imputables a la Fuerza Pública, señalando:

Si el Estado colombiano reconoce legalmente la posibilidad de que los jueces decreten indemnizaciones del perjuicio inmaterial hasta la suma de 1.000 SMMLV, en aquellas situaciones en las que el daño se deriva de una conducta punible, el juez de la reparación no puede ser indiferente a esas directrices objetivas que además vienen delimitadas por el derecho internacional de los derechos humanos y que se entronizan en el ordenamiento interno, concretamente a partir de la cláusula contenida en el artículo 93 de la Carta Política. En efecto, ya la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia han avalado la aplicación en concreto del artículo 97 del Código Penal, es decir, la posibilidad de que se decreten indemnizaciones por concepto de daño inmaterial hasta por 1.000 SMMLV, conforme a la libre apreciación -según el arbitrio iuris y la sana crítica, que efectúe el operador judicial en cada caso concreto, siempre y cuando se encuentre acreditado que el daño es la consecuencia de la comisión de un delito, tal y como ocurre en el caso sub examine. Lo anterior, comoquiera que la Sala al examinar el contenido y alcance del artículo 97 del Código Penal vigente (ley 599 de 2000) -valoración del daño que en el Código Penal de 1980 se encontraba regulada en los artículos 103 y siguientes de ese cuerpo normativo encuentra que, en aquellos eventos en los cuales el daño antijurídico haya tenido origen en una conducta delictiva, como ocurre en el caso en estudio, siempre que ese daño resulte imputable al Estado la valoración del perjuicio extrapatrimonial podrá decretarse con fundamento en los baremos de la disposición mencionada, esto desde luego, dentro de los límites fijados en la litis, esto es, las pretensiones y excepciones contenidas en la demanda y la contestación; no obstante, se reitera, en aquellos supuestos en que el daño tenga origen en una grave violación a derechos humanos, los principios de congruencia y de no reformatio in pejus no operan en materia de la responsabilidad patrimonial del causante del daño y, por lo tanto, será posible que el juez desborde el marco contenido en la demanda y en la contestación, en lo atinente a la imposición de medidas de justicia restaurativa (...) cuando el daño antijurídico tiene su origen en la comisión de una conducta punible será aplicable el artículo 97 del C.P., bien que se trate o no de una grave lesión o vulneración de los derechos humanos, sólo que en estos últimos eventos el juez podrá exceder los límites fijados en la demanda, en lo que concierne a la imposición de medidas de justicia restaurativa.

- **Sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicado 52001-23-31-000-1999-00133-01.**

Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Tema: Daño Vida de Relación.

Expone que el reconocimiento de los perjuicios de vida de relación no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas

b. Corte Suprema de Justicia

- **Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de agosto de 1924. M.P. Tancredo Nannetti. Gaceta judicial T XXI. p. 82. Caso Villaceces.**

Este caso se trata de manera especial, dado que es en el primero que la Corte Suprema de Justicia reconoció la resarcibilidad del daño moral, los hechos se pueden sintetizar señalando que el señor León Villaveces demandó al Municipio de Bogotá para que se le indemnizara los daños materiales y morales que le causaron con la destrucción de un mausoleo de su propiedad y la desaparición de los restos mortales depositados allí de su difunta esposa Emilia Santamaría. Los empleados del cementerio, por descuido, exhumaron los restos de la señora Emilia Santamaría y los depositaron en una fosa común.

En la Sentencia la Corte en 1924 profiere la sentencia sustitutiva una vez los peritos rindieron su concepto, señalando los criterios que debían regir la reparación del daño moral, resaltando que la imposibilidad de fijación del quantum de la indemnización por daños morales no debe excluir su reparación y su objetivo es reparar el dolor sufrido.

Tamayo Jaramillo (1986), estima que dicha sentencia “*sentó las premisas suficientes y necesarias para estructurar toda una teoría de los perjuicios extrapatrimoniales [...] expresamente el fallo acepta la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales, todos ellos indemnizables, uno de los cuales es el denominado perjuicio moral subjetivo o de afección*”

Así las cosas esta sentencia, se convierte en el punto de partida para la construcción de la teoría de la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales, que ha evolucionado en nuestro ordenamiento jurídico, hasta la fecha en la que empieza a construirse la indemnización a partir del concepto de reparación integral, con medidas restaurativas.

- Sentencia de Casación: 29 de mayo de 2.000. Expediente N. 16441. Magistrado Ponente: Fernando Arboleda R.

Cuando se afecta el buen nombre o reputación de una persona jurídica, sus consecuencias sólo son estimables como detrimento resarcible si amenazan concretamente su existencia, o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento, o las ponen en franca inferioridad frente a otras de igual género o especie.

No puede pensarse en la modalidad de perjuicio moral, porque por su naturaleza, las personas jurídicas no pueden experimentar el dolor físico o moral; salvo que la acción dañina se refleje en algunos de los socios, miembros o en la persona del representante legal, caso en el cual la propuesta de reparación deberá hacerse individualmente por quien haya sufrido el daño.

En síntesis las personas jurídicas si pueden ser sujetos pasivos de daños morales. Pero ello no quiere decir que siempre lo sufran por el sólo hecho de haberse involucrado su nombre en un escándalo.

- Sentencia de Casación: 17 de agosto de 2.001. Expediente: 6492. Magistrado ponente: Jorge Santos Ballesteros

En cuanto los patrones que han de utilizarse para la fijación del perjuicio extrapatrimonial, además de la tradicional posición de la Corte en punto de la inaplicabilidad de las normas penales sobre la indemnización de estos perjuicios, porque estas normas tienen como destinatario el juez Penal y no el Civil. Considera la Corte que la cuantía del perjuicio extrapatrimonial es un asunto que queda reservado al justo criterio del fallador. A pesar que el quantum del daño sea indeterminable, si este aparece como cierto debe ser así reconocido y el juez debe propender por su reparación o mitigación.

El tope de la Corte se sitúa en una suma mayor de \$ 10.000.000 periódicamente, el valor de este tope va aumentando, pero se limita, a fin de garantizar la imposición de condenas que reconozcan la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Sin embargo, estas sumas fijadas no tienen el carácter de topes obligatorios para los falladores de instancias, sólo constituyen una guía para los jueces inferiores. Por esta razón, la imposición de una condena por sumas superiores a las indicadas por la corte no permite la acusación de la sentencia correspondiente mediante formulación de recurso de casación.

- **Sentencia del 13 de Mayo de 2008. Expediente. 11001-3103-006-1997-09327-01,**
Magistrado ponente: César Julio Valencia Copete.

La Corte Suprema de Justicia en esta sentencia reconoce la existencia del daño a la vida de relación como autónomo del daño moral condenando a su compensación en 90 millones de pesos. La Corte expuso como características del daño a la vida de relación las siguientes:

a) Naturaleza extrapatrimonial o inmaterial

b) Adquiere trascendencia en la esfera externa del individuo, diferenciándose del perjuicio moral propiamente dicho;

Este mismo criterio de aceptación del daño a la vida de relación como autónomo del daño moral fue reiterado el 20 de enero de 2009, manifestando que este tipo de daño, es de completo recibo en nuestro ordenamiento como una especie de daño extrapatrimonial, incluso precisó que era distinto al de índole moral -también inmaterial-; y, por tanto, su protección se impone en los casos en que esté cabalmente acreditado.(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de enero de 2009, Expediente No.170013103005 1993 00215 01).

4. Conclusiones

- Hay muchos daños que no merman económicamente al perjudicado; tales como:
 - a) Los que afectan aspectos íntimos, sentimentales, afectivos, por ejemplo: la angustia por la muerte de un ser querido.
 - b) Los daños que lesionan las facetas de la personalidad, como por ejemplo: los que lesionan el derecho a la integridad corporal, los derechos políticos, el derecho a un buen nombre, el derecho a un good will. Este daño puede atacar la parte social del patrimonio moral, como el que lesiona el honor o la reputación de una persona, sin que se traduzca en un perjuicio de carácter pecuniario; o atacar la parte afectiva del patrimonio moral, como el que menoscaba o lesiona los afectos, sentimientos, pensamientos, etc.
 - c) Los daños que causan dolor o sufrimiento físico, como por ejemplo: las heridas, quemaduras etc. Pero que innegablemente hacen parte del patrimonio de una persona.

Esa noción de perjuicio o daño moral se ofrece delimitada por un concepto negativo: en ella se integran todos los daños que no se pueden subsumir en el grupo de los daños patrimoniales (sentimientos morales, sensaciones dolorosas, disminución del prestigio complejos, disminución o pérdida de facultades mentales; prueba de ello es que el sujeto pasivo del daño moral puede ser la persona colectiva, así se admite modernamente, porque hay daños morales distintos del dolor. Es evidente que un hecho único puede ocasionar por lo demás a la vez perjuicios patrimoniales y no patrimoniales.

- La indemnización de perjuicios extrapatrimoniales no es reparatoria, en el sentido de reparar los daños ocasionados con la suma que se fija, pues es indiscutible que ellos no pueden ser reparados, pero es compensatoria y por eso se convierte en una sustitución. No hay nada amoral, como por algunos se insinúa, cuando afirman que negociar con el dolor o evaluarlo es algo amoral; se trata simplemente de compensar con algo que produzca satisfacciones a las angustias o padecimientos originados con el daño.

- Si el daño consiste en el quebranto de los afectos y sentimientos (PERJUICIO MORAL) de la víctima, esta tiene derecho a que se haga todo lo necesario para que esa angustia desaparezca.

- Si el daño consiste en la pérdida de las actividades vitales (PERJUICIO FISIOLÓGICO), se le brindarán los medios necesarios para recuperarlas o reemplazarlas por otras supletorias o similares. Si por cualquier motivo es imposible devolverle a la víctima el bien extrapatrimonial que le ha sido lesionado, surge entonces la posibilidad de brindarle una satisfacción económica, que en parte compense el daño causado.

Como se ve, todo depende de las circunstancias, sin embargo, si en principio no es posible hacer desaparecer el perjuicio moral, la reparación en dinero será meramente simbólica y podrá aumentar teniendo en cuenta la intensidad del dolor sufrido. En lo concerniente a los perjuicios fisiológicos, la indemnización ya no será simbólica y su tasación

deberá efectuarse teniendo en cuenta la influencia que la merma fisiológica ejerza sobre la víctima.

- En la época actual, en el medio Colombiano, cuando la desvalorización del peso golpea notoria y manifiestamente la capacidad adquisitiva de la moneda como secuela de una inflación difícil de controlar y reconocido por todos, sería injusto e inequitativo cargar al lesionado o perjudicado el costo de la desvalorización de la moneda, cuando es un elemento intrínseco del daño. El Consejo de Estado ha incursionado tímidamente en este campo y ha establecido en diferentes fallos que el valor del daño es el que este tenga en el momento de la sentencia y no en el momento del cumplirse el hecho dañoso.

- De la pretensión indemnizatoria en general se predica su carácter patrimonial, porque tiene contenido económico y en consecuencia estando dentro del comercio humano puede, transigirse, renunciarse, transferirse y transmitirse. Pues bien, la misma pretensión cuando se refiere al perjuicio extrapatrimonial que el acreedor pueda haber sufrido, sería también patrimonial porque tendría contenido económico, dado que se traduce en pago de una suma de dinero, pese a que se tiende a resarcir el daño expresamente extrapatrimonial; no olvidando que la indemnización en dinero juega un papel satisfactorio y no de equivalencia económica... Aún admitiendo que esta pretensión fuera patrimonial. Algún sector doctrinario no la asimila completamente a la pretensión indemnizatoria del daño material, considerándola de orden eminentemente personal y no pudiendo concebir la transferencia, si bien llega hasta a admitir la transacción o la renuncia de aquella.

El Código de Comercio Colombiano en el artículo 1006, admite no sólo la transmisibilidad, sino también la cesibilidad de la pretensión indemnizatoria por perjuicio extrapatrimonial, por el modo de sucesión por causa de muerte. "Los herederos reclamarán la herencia".

- La reparación del perjuicio extrapatrimonial constituye un postulado del derecho contemporáneo que tiende cada vez más a su reconocimiento integral. Considerando que las objeciones planteadas no son razones suficientes para dejar a la víctima de dicho daño al margen de una protección efectiva. No obstante pese a su importancia la legislación Colombiana guarda silencio al respecto y en consecuencia ha correspondido a la jurisprudencia en forma exclusiva su reconocimiento jurídico. Sin desconocer la labor que la Corte ha desarrollado a partir de 1.922, logrando con sus fallos consolidar dicho reconocimiento y precisar sus alcances; sin embargo, algunos critican la manera simplista como ha enfocado su estudio al otorgarle al daño extrapatrimonial un trato discriminatorio en relación con el daño patrimonial. Considerando que por su naturaleza invaluable no puede existir una verdadera equivalencia entre daño y compensación.

El enfoque de la jurisprudencia Colombiana es en consecuencia limitante y no se adecúa a las exigencias de uno de los temas más controvertidos y de mayor actualidad, como es este del perjuicio extrapatrimonial.

- En materia de derecho administrativo, la reparación integral y la imposición de medidas restaurativas, se constituye en una evolución jurisprudencial que permite el

reconocimiento de una indemnización del daño extrapatrimonial que va mas allá del reconocimiento económico.

5. Referencias Bibliográficas

Cuellar Gutiérrez, H. (1983) *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Librería Jurídica Wilches. Medellín, Colombia.

Escobar Gil, R. (2003). *Responsabilidad Contractual de la Administración Pública*. Legis. Bogotá, Colombia.

Galo García, F. (1992) *El Daño Moral, Anotaciones Bibliográficas y Jurisprudencia con Breves Comentarios*. Revista Jurídica Online. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. Recuperado en:
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=293&Itemid=63

Larenz, K. (1958) *Derecho de Obligaciones* Tomo I. Editorial revista de derecho privado. Madrid, España.

Martínez Rave, G. (1996) *Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, Colombia.

Mazeaud, H. y Tunc, A. (1960). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. T.I, Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de la quinta edición. Buenos Aires, Argentina.

Navia Arroyo, F. (1978) *Estudio sobre el daño moral*. Elocuencia. Bogotá:, Colombia.

Quintero Arredondo, B. (1994). *Teoría Básica de la Indemnización*. Coojurídica Editores. Bogotá, Colombia.

Real Academia de la Lengua (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado en: <http://lema.rae.es/drae/?val/daño>.

TAMAYO JARAMILLO, J. (1986) *De la responsabilidad civil, T.II, de los perjuicios y su indemnización*. Temis. Bogotá, Colombia

6. Referencias Jurisprudenciales

CONSEJO DE ESTADO

(1996) Sentencia del 7 de marzo. Expediente N° 12009. C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

(1998) Sentencia del 27 de noviembre. C. P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

(1999) Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Expediente N° 15504. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández E.

(1999) Sentencia del 28 de octubre. Expediente N° 12384. C. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

(2000) Sentencia del 2 de marzo. Expediente: N° 11250. C. P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

(2000) Sentencia del 6 de abril de 2000. Expediente: N° 12794. C. P. Dr. Jesús María Carrillo B.

(2000) Sentencia del 19 de julio. Expediente N° 11842. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

(2000) Sentencia del 21 de septiembre. Expediente N° 11766. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

(2001) Sentencia del 6 de septiembre. Expediente N°13232. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

(2007) Sentencia del 19 de octubre. Radicado N° 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273)A. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

(2012) Sentencia del 28 de marzo. Radicado 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163). C.P Dr. Enrique Gil Botero.

(2013) Sentencia del 24 de julio. Radicado 52001233100019990078301. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

(2013) Sentencia del 23 de septiembre. Radicado 05001233100020010079901. C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

(2014) Sentencia del 12 de marzo. Radicado 52001233100019990013301. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

CORTE CONSTITUCIONAL

(2001) Sentencia C-1149 de 2001. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería

(2012) Sentencia 052 de 2012 M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

(1994) Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de agosto de 1924. M.P. Dr. Tancredo Nannetti. Gaceta judicial T XXI. p. 82. Caso Villaceces.

(2000) Sentencia de Casación del 29 de mayo. Expediente N. 16441. M. P. Dr. Fernando Arboleda R.

(2001) Sentencia de Casación del 17 de agosto de 2.001. Expediente: 6492. M. P. Dr. Jorge Santos Ballesteros

(2008) Sentencia del 13 de Mayo. Expediente. 11001-3103-006-1997-09327-01, M. P. Dr. César Julio Valencia Copete.

(2009) Sentencia del 20 de enero. Expediente No.170013103005 1993 00215 01.