

El daño a la vida en relación como perjuicio inmaterial indemnizable en la Jurisdicción de lo  
Contencioso Administrativo

Trabajo de grado para optar al Título de  
Magíster en Derecho Administrativo

Yair Arboleda Guzmán

Asesora Juliana Nanclares Márquez

Magíster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del  
Estado

Universidad Autónoma Latinoamericana

Escuela de Posgrados

Maestría en Derecho Administrativo

Medellín

2018

## Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN .....	4
Objetivo general .....	9
Objetivos específicos .....	10
<b>CAPITULO I</b>	
ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD .....	11
a. Distinción entre daño y perjuicio .....	17
b. El daño y el perjuicio como elementos autónomos de la responsabilidad .....	20
c. Análisis de los conceptos jurídicos del daño y el perjuicio .....	25
Conclusiones del capítulo .....	36
<b>CAPÍTULO II</b>	
LOS DAÑOS INMATERIALES EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL 28 DE AGOSTO DE 2014 .....	38
a. El perjuicio moral .....	40
a.1 Definición del concepto perjuicio moral .....	40
a.2 Legitimación en la causa o interés para reclamar .....	44
a.3 Valoración y liquidación del perjuicio moral .....	48
b. El perjuicio “daño a la salud” .....	62
b.1 Definición del concepto perjuicio “daño a la salud” .....	62
b.2 Legitimación en la causa o interés para reclamar .....	68
b.3 Valoración y liquidación del perjuicio “daño a la salud” .....	70
c. El perjuicio denominado “daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados” .....	75
c.1 Definición del concepto perjuicios a bienes constitucionales y convencionales .....	75
c.2 Legitimación en la causa o interés para reclamar .....	84
c.3 Valoración y liquidación del perjuicio daño a bienes constitucionales y convencional...85	
Conclusiones del capítulo .....	89
<b>CAPÍTULO III</b>	
JUSTIFICACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN DEL PERJUICIO VIDA DE RELACIÓN COMO PERJUICIO AUTÓNOMO .....	90

a. Componente social del perjuicio .....	95
b. Definición del alcance y naturaleza del perjuicio .....	103
c. Características del perjuicio vida de relación .....	121
c.1 Alteración negativa de las condiciones o un interés legítimo .....	122
c.2 La alteración debe ser grave frente a quien alegue el perjuicio.....	123
c.3 Alteración de las posibilidades en las relaciones intersubjetivas, sociales o con las cosas que modifiquen o alteren los roles en la sociedad o sus expectativas .....	128
d. La prueba de los perjuicios inmateriales y del daño .....	131
d.1 El ejercicio probatorio judicial en la valoración y reconocimiento de perjuicios inmateriales .....	136
i) La prueba indiciaria .....	137
ii) Las presunciones .....	141
iii) Diferencia entre el indicio y la presunción .....	146
d.2 La prueba del perjuicio a la vida de relación .....	149
d.3 De la prueba indiciaria y las presunciones en el perjuicio a la vida de relación .....	150
e. Legitimación en la causa o interés para reclamar el perjuicio a la vida de relación .....	152
f. Formas de reparación del perjuicio a la vida de relación.....	157
g. Valoración y liquidación del perjuicio a la vida de relación .....	160
Conclusiones del capítulo .....	164
<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>LOS PERJUICIOS MORALES, DAÑO A LA SALUD Y DAÑO A BIENES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES NO RESULTAN SER SUFICIENTES PARA REPARAR A LAS VÍCTIMAS DESDE SU NATURALEZA ESTRICTA .....</b>	<b>167</b>
a. Con relación al perjuicio moral .....	171
b. Con relación al perjuicio daño a la salud .....	175
c. Con relación al perjuicio a bienes constitucionales y convencionales .....	181
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>187</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>191</b>

## INTRODUCCIÓN

Mediante Acta 23 del 25 de septiembre de 2013, el Consejo de Estado ordenó la recopilación de la jurisprudencia y el establecimiento de criterios unificadores para la reparación de los perjuicios inmateriales. Atendiendo la encomienda, en el denominado documento final aprobado por Acta del 28 de agosto de 2014, con la finalidad de ser el referente para la reparación de perjuicios inmateriales, el Alto Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa plasmó allí las directrices que respecto a los perjuicios inmateriales debían gobernar la materia<sup>1</sup>.

Sin embargo, pese al esfuerzo de la Sección Tercera por generar criterios y conceptos de interpretación y aplicación judicial, se considera que se desaprovechó una valiosa oportunidad para desarrollar y entregar un documento (sentencia de unificación), que más que unificar algunos criterios jurisprudenciales acerca de la reparación a las víctimas en materia de daño inmaterial, debió propender por establecer unos parámetros y estándares claros, detallados y de mayor precisión para la reparación integral a las víctimas en lo referente a los perjuicios inmateriales, en busca de resarcir en su mayor integridad las diferentes esferas del ser humano y no limitarlo a la afectación moral (en algunos casos) y a lo fisiológico (cuando se trata del perjuicio a la salud); así como dar mayor precisión al perjuicio que se denomina “afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”, estableciendo criterios claros y concretos para su reconocimiento.

---

<sup>1</sup><http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>

Desde nuestra perspectiva, el trabajo de unificación en ciertos eventos resulta insuficiente para garantizar a las víctimas una reparación integral, pues limita la jurisprudencia a que los jueces solo reconozcan una tipología de perjuicios y bajo criterios cada vez más restringidos, que si bien se comparte la búsqueda de una mayor estandarización y criterios objetivos para la graduación de perjuicios, buscando igualdad, equilibrio y equidad en la reparación, se reclama que no se avance en la materia de perjuicios inmateriales y principalmente, que se haya desconocido un perjuicio como el del daño a la vida de relación, en lugar de redefinirlo y concretarlo a efectos de constituir un complemento en la reparación<sup>2</sup>.

La definición o limitación del perjuicio a la vida de relación atendiendo a su vinculación directa con un daño a la integridad personal, llevó a que la jurisprudencia equiparara este perjuicio al daño fisiológico y en consecuencia, al reestructurarse el concepto desde el denominado daño a la salud, obligó a que igualmente se abandonara por improcedente como perjuicio autónomo y el pretexto de evitar la doble indemnización y a que se despreciara el perjuicio de la vida de relación, lo que no se comparte, pues lo que debía buscarse en este sentido por la jurisprudencia, era redefinir y concretar el concepto a efectos de dar un alcance y precisión para su reconocimiento y compensación o indemnización, sea el caso<sup>3</sup>, ya que el perjuicio como se pretende sustentar en el presente trabajo, resulta útil y complementario en materia de reparación del daño.

En este escenario, desde la perspectiva planteada, debe considerarse que el Consejo de Estado debió contemplar y replantear el perjuicio a la vida de relación, como perjuicio autónomamente

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014. Exp. 26251; también los expedientes 32988 y 31172. Recuperado en <http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>

<sup>3</sup> Sentencias de Unificación del 28 de agosto de 2014. <http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>

considerado, explicarlo, definirlo y concretarlo, dando unas razones generales que permitan a los jueces y abogados advertir su presencia para reconocerlos y liquidarlos, evitando la amplia subjetividad y dar un techo a otros perjuicios, sin necesidad de incurrir a los argumentos de excepción o desconocer el derecho de otras personas que igualmente son víctimas.

Adviértase, por ejemplo, como las sentencias de unificación limitan el reconocimiento del perjuicio “daño a la salud” solo a la persona directamente lesionada en su integridad física, pero abandona totalmente el impacto que esta pueda generar en los familiares y seres queridos más cercanos, o que deban asumir la carga particular de asistir y auxiliar al lesionado.

Debe dejarse claro, que lo que se pretende no es la simple inclusión de un nuevo perjuicio y mucho menos ampliar la posibilidad de enriquecimiento de víctimas y representantes, lo que se pretende es por el contrario que se precise y restrinja cada vez más los perjuicios en su reconocimiento, resarciendo aquel perjuicio que realmente se causó, de manera igual y en la mayor medida objetiva, pues es claro que este método de indemnizar (cuadro de puntos o porcentajes) solo llevará a que los jueces, en casos particulares, encuadren en el perjuicio moral o a la salud la necesidad de una mayor compensación, empleando en estas superiores cantidades para los perjuicios que trasciendan el daño fisiológico, pero con la limitante en materia del daño a la salud de que esta solo puede reconocerse al lesionado, cuando incluso ya se ha venido reconociendo que hay afecciones tan graves en la persona que permitían al juez superar el tope de los 100 smlmv y llevarlo hasta los 400 smlmv, lo que no pareciera razonable, ya que de entrada se desfigura la

finalidad de una sentencia de unificación y más aún, se rechaza de plano con esta excepción, la búsqueda de la estandarización y objetivación del perjuicio<sup>4</sup>.

Lo que se pretende entonces, es redefinir el concepto del perjuicio a la vida de relación y elevarlo a un perjuicio autónomo que pueda ser reconocido a toda persona que con el daño vea alterada su calidad y situación de vida en las condiciones que venía llevando o que de manera altamente probable y real podría llevar, independiente de si se trata del directamente lesionado, si la fuente de la reparación (daño) es la muerte, la privación de la libertad o la violación de otro derecho, pues lo que en este caso se observaría es la variación negativa de las condiciones objetivamente valoradas.

Con estos criterios, se podrá establecer equitativa y equilibradamente la indemnización de perjuicios materiales y la compensación de los perjuicios inmateriales, quedando en manos del legislador establecer los parámetros objetivos de reparación integral y en el juez –jurisprudencia- los criterios subjetivos, atendiendo en ambos casos a conceptos generales del perjuicio y su relación directa con el tipo de daño.

En consecuencia, en aras de un acercamiento a una reparación integral, se buscará dar mayor claridad desde la doctrina y la jurisprudencia del denominado daño a la vida de relación, su concepto, materialización y montos posibles de compensación, a fin de contrastar desde la doctrina y la jurisprudencia del Concejo de Estado, la necesidad de esta tipología de daño y contribuir a una adecuada reparación del daño inmaterial.

---

<sup>4</sup> Se desarrolla el tema en la obra de Rueda Prada, Diana (2015). La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Grupo Editorial Ibáñez; Bogotá DC: Colombia.

A efectos de lograr el cometido descrito, en el primer capítulo se abordada de manera genérica y a modo de contextualización, el estudio de los elementos de la responsabilidad los cuales han sido concretados por la jurisprudencia nacional en el daño antijurídico y la imputación jurídica. Con este tema introductorio se dará paso a un debate que de años atrás se ha venido dando y que se considera útil para establecer las bases de discusión del presente trabajo, tal como lo es la necesidad de escindir y diferenciar entre el daño y el perjuicio. Para lograr tal finalidad, será necesario el estudio de los conceptos daño y perjuicio, para posteriormente plantear de manera práctica que tanto el daño como el perjuicio son dentro del análisis de la responsabilidad, dos conceptos autónomos.

En el segundo capítulo del trabajo es necesario examinar desde la jurisprudencia y la doctrina los daños inmateriales establecidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado a partir de las sentencias de Unificación del 28 de agosto de 2014, las cuales se desarrollan en los expedientes con radicados 27709, 32988, 31172, 36149, 26251, 28804, 31170 y 28832, concretados por el Alto Tribunal en el perjuicio moral, daño a la salud y la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

Teniendo como punto de partida la precisa diferenciación de los perjuicios, su objeto y concepto, en el tercer capítulo se pretende justificar el perjuicio denominado a la vida de relación como perjuicio autónomo indemnizable por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia. Siendo la finalidad principal la justificación del perjuicio, se partirá del desarrollo desde un componente social, considerándose dicho perjuicio como un concepto complementario del sistema reparatorio, el cual busca reconocer y reivindicar al ser social, a la persona como un miembro de un colectivo, de un grupo social, el cual cumple roles específicos en su comunidad,

que se ve tanto afectado e influenciado por ella, así como él influye en ella, lo que será posible analizar a partir del concepto de otredad. Dentro de la justificación del perjuicio, será útil revisar desde la doctrina y la jurisprudencia la definición del perjuicio vida de relación, para lo cual se tomará tanto el perjuicio vida de relación como el de condiciones de existencia, para finalmente plantear una definición propia.

En el cuarto y último capítulo, a través de un ejercicio comparativo y mediante la decantación conceptual de los perjuicios, se pretende justificar la necesidad y practicidad del perjuicio vida de relación como complemento de los demás perjuicios inmateriales, y para cumplir con tal propósito, se explicará por qué los perjuicios morales, daño a la salud y daño a bienes constitucionales y convencionales resultan insuficientes para reparar a las víctimas desde su concepto estricto.

Con el fin de desarrollar los anteriores planteamientos, se establecen los objetivos generales y específicos.

**Objetivo general:**

Establecer los fundamentos jurídicos que justifican la existencia de la tipología del perjuicio a la vida de relación en Colombia.

**Objetivos específicos:**

- Analizar el tratamiento del daño inmaterial en la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, a partir de las sentencias de Unificación del 28 de agosto de 2014.
  
- Estudiar la relación que existe entre las tipologías de perjuicio inmaterial reconocidos en Colombia y su forma de reparación.
  
- Definir el concepto de perjuicio a la vida de relación como perjuicio autónomo, su reconocimiento y criterios de aplicación, a fin de determinar su procedencia y necesidad.
  
- Plantear las formas de resarcimiento del daño a la vida de relación.

## CAPITULO I

### LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.

En los últimos años, la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, y en este sentido también la doctrina, han tenido como los elementos de la responsabilidad “la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional), y; adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado”<sup>5</sup>, desprendiéndose en concreto dos elementos de análisis para estructurar la responsabilidad, siendo estos i) el daño antijurídico<sup>6</sup> y ii) la imputación jurídica.

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 9 de mayo de 2011, Exp. 19976. En similar sentido sentencia del 28 de enero de 2015, Exp. 32912.

<sup>6</sup> La jurisprudencia ha definido el daño antijurídico en los siguientes términos:

“6. Daño antijurídico

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social<sup>6</sup>.

Respecto al daño antijurídico el Consejo de Estado en frecuente jurisprudencia explica que:

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que “ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”<sup>7</sup>. En este sentido se ha señalado que “en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”<sup>8</sup>.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”<sup>9</sup>, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”<sup>10</sup>.

En lo que concierne al daño como elemento estructural de la responsabilidad, del mismo se ha indicado que, si bien no es elemento suficiente, es un requisito necesario para declarar la responsabilidad<sup>11</sup> e incluso ha sido catalogado como “*el elemento más importante en la responsabilidad civil, pues la reparación parte de la base de su existencial*” (García, 2009, p. 13), ya que ante su ausencia resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria. De ahí que, el daño resulta presentándose como la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última.

---

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 24 de octubre de 2013, Exp. 25981.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 4 de diciembre de 2006. Exp. 13168.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 27 de septiembre de 2000. Exp. 11601.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 2 de marzo de 2000. Exp. 11945.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 11 de noviembre de 1999. Exp. 11499; también de 2000. Exp. 10867, entre otras. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

<sup>11</sup> Henao, 1998, p. 38

Ha señalado el Consejo de Estado que, *“para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública”*<sup>12</sup>.

En ese orden de ideas, para que el daño antijurídico 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 en 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”*<sup>13</sup>

Debe resaltarse que dentro de los requisitos que debe contener el daño, además de ser antijurídico, es que el mismo sea cierto, que pueda apreciarse material y jurídicamente, y no limitarse a una mera conjetura, por tanto este debe ser real en su existencia y en su cuantía, no bastando probar el incumplimiento de la obligación, porque el mismo no lleva consigo todos los supuestos de la producción del daño<sup>14</sup>, en ese orden de ideas, *“... el daño para que pueda ser reparado debe ser*

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 25 de abril de 2012. Exp. 21861  
Recuperado de [http://innovacion.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/focosahud/docs/enrique\\_gil\\_botero/21861.pdf](http://innovacion.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/focosahud/docs/enrique_gil_botero/21861.pdf)

<sup>13</sup> *Ibíd*em

<sup>14</sup> Concepción, 1999, pp. 72 – 73.

*cierto" esto es "no un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio"" (Henao, 1998, p. 129).*

De otro lado, *"como principio general, la víctima debe demostrar que el demandado le produjo un daño. Esa prueba se descompone en dos instancias: demostración de la existencia del daño y demostración de su cuantía"*(Tamayo, 2011, p. 800), por lo que se debe diferenciar, que una cosa es la carga de probar el daño y otra, como se pretende sustentar, es la prueba del perjuicio, cuantía o monto que finalmente será fijada como indemnización o reparación, pudiendo operar una serie de presunciones que la jurisprudencia e incluso la Ley ha desarrollado, como la de devengar el salario mínimo cuando no se acredita un salario o la presunción del perjuicio moral por la pérdida de un ser querido, lesión o privación de la libertad, tal como se desarrolló en las sentencias del 28 de agosto de 2014 que dieron pie a la unificación de los perjuicios inmateriales reconocidos en Colombia, no operando esta última presunción -perjuicio moral- cuando el daño se produce sobre las cosas, pues en caso de pérdidas de bienes materiales, la Jurisprudencia ha sido enfática en la exigencia de la prueba cuando por pérdida o daño sobre bienes materiales se deprecia perjuicios morales.

En conclusión, *"[p]ara que un daño sea indemnizable, es indispensable verificar ex ante la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente. En síntesis, estos elementos parten de la premisa según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos derivados de la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial, los cuales son injustamente padecidos por la*

*víctima*”<sup>15</sup>; por lo que, de la fórmula reiterada por la jurisprudencia, el daño debe ser i) cierto, ii) actual, iii) real, iv) determinado o determinable y v) protegido jurídicamente; sin embargo, es menester advertir que la jurisprudencia también han establecido que el daño vi) no haya sido resarcido por otro medio previamente<sup>16</sup> -con excepción de lo que corresponda a la denominada indemnización *a forfait*-<sup>17</sup>.

Sobre la afirmación que se hace, en cuanto a que el daño no haya sido indemnizado previamente, el Consejo de Estado sostiene, por ejemplo:

Se evidencia, entonces, que los señores Hernán (...), Juan Pablo (...), Andrés (...) y Manuel (...), demandantes en este proceso, suscribieron un contrato de transacción con la Sociedad Aeronáutica de Medellín (...), en el que, previo pago de una suma de dinero por parte de SAM S.A., recibida —según reza en los respectivos contratos de transacción, a diferencia de lo que se afirma en el recurso que acá se resuelve— como indemnización de los perjuicios causados con la muerte de su hija y madre, señora María (...), estos, como reclamantes, renunciaron a toda acción dirigida a buscar una indemnización del daño producido por ese mismo hecho, tal como lo establece el artículo 2469 del Código Civil; por lo tanto, reconocer una indemnización a su favor degeneraría en un medio de enriquecimiento injustificado<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 9 de octubre de 2014. Exp. 40411.

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 2 de septiembre de 2013. Exp. 22.082. También se puede consultar en este sentido del 3 de mayo de 2013. Exp. 25774; del 11 de abril de 2012. Exp. 19554; y del 10 de agosto de 2000. Exp. 11519.

<sup>17</sup> “... quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, asuman los riesgos inherentes a la misma actividad y están cubiertos por el sistema de la indemnización predeterminada o automática (a forfait), establecida en las normas laborales para el accidente de trabajo o en las provisiones especiales que cobijan a los conscriptos. Sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido en los siguientes eventos (...)”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 25 de julio de 2002, Exp. 14001. En similar sentido, entre otras: 23 de mayo 2012, Exp. 24804; 4 de febrero de 2010, Exp. 17836; 26 de mayo de 2010, Exp. 19.000; 30 de mar de 2006, Exp. 15441; 12 de febrero de 2004, Exp. 14636; 12 de diciembre de 1996, Exp. 10437; 15 de febrero de 1996, Exp. 10033; 20 de febrero de 1997, Exp. 11756; 28 de agosto de 1997, Exp. 10021; 3 de mayo de 2001, exp. 12338; 14 de junio de 2001, Exp. 12696; 1 de marzo de 2006, Exp. 14002; 27 de abr de 2006, Exp. 27520; 30 de noviembre de 2006, Exp. 15473; 30 de agosto de 2007, Exp. 15724; 4 de diciembre de 2007, Exp. 16827; 26 de marzo de 2008, Exp. 16530; y 11 de febrero de 2009, Exp. 17145.

<sup>18</sup> En la providencia se recuerda: “Ya lo ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado, en casos en los que ha resuelto la misma situación, así:

“Como quedó expuesto, los efectos de la transacción, en principio, solo comprenden a las partes contratantes. A pesar de que la norma, en los eventos en los que el negocio interese a muchos, consagra una excepción a la imposibilidad de que los demás se aprovechen o se vean perjudicados por el acuerdo celebrado por uno de ellos, en este caso no se presenta el fenómeno de la

Igualmente, en providencia del 11 de abril de 2012, donde el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo expuso:

Descendiendo al caso concreto, para esta Sala resulta claro que: *i*) el Acuerdo de Compromiso suscrito por Mireya (...), demandante en este proceso y las demandadas, tiene los alcances de una transacción en los términos del 2469 C.C.; *ii*) dicho Acuerdo de Compromiso tuvo por objeto la extinción de la obligación surgida por los perjuicios materiales causados por la destrucción de la mercancía de propiedad de la señora Mireya (...) –los documentos aportados se refieren específicamente a “*los daños ocasionados a los productos artesanales*” y a los “*perjuicios sufridos en nuestros productos*”–; por lo tanto, *iii*) la obligación en cabeza de las entidades demandadas de resarcir los perjuicios materiales por la destrucción de la mercancía de propiedad de la señora Mireya (...) se extinguió en virtud de dicho acuerdo”<sup>19</sup>.

Y previamente, en el año 2000 se había señalado:

Con esa prueba se puede colegir que con el pago de la suma contenida en ese acuerdo de transacción, la víctima directa, señor Sánchez M..., solucionó el derecho a la “indemnización plena y ordinaria”, la cual comprende, se repite, “los daños materiales, morales y el lucro cesante originado en la disminución de la capacidad por la pérdida del ojo”, daño que contiene las pérdidas de la visión y del cuerpo anatómico del ojo.

---

solidaridad entre SAM y la Aeronáutica Civil, pues, como se observará más adelante, la responsabilidad de la autoridad aeronáutica no es objetiva como la de la empresa, y solo surge, con la declaratoria judicial de responsabilidad por haber existido falla en el servicio. En otras palabras, al momento de la celebración de la transacción, la Aeronáutica Civil no era deudor solidario de los perjuicios irrogados a los reclamantes, puesto que no había sido declarada su responsabilidad en el accidente aéreo, declaratoria que se realiza a través del título de imputación de falla del servicio. Adicionalmente, no se podría hablar de cosa juzgada en este caso, comoquiera que, según el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, son requisitos de la cosa juzgada la identidad de objeto y causa, y la identidad jurídica de partes, requisito este del que carece la transacción del caso sub judice (sic), toda vez que la demandada principal, Aeronáutica Civil, no fue parte del contrato de transacción.

“En ese orden, se itera, el acuerdo de transacción celebrado entre SAM y los padres de la víctima no constituye cosa juzgada en este caso, sin embargo, de resultar probada la falla del servicio de la autoridad aeronáutica, no sería posible reconocer indemnización de perjuicios a favor de los últimos, ya que su daño ha sido plenamente indemnizado, y la indemnización no puede ser fuente de enriquecimiento, efecto que se presentaría si la Aeronáutica Civil tuviera que pagar perjuicios a favor de ellos . Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 2 de septiembre de 2013, Exp. 22082. También se puede consultar en este sentido del 3 de mayo de 2013, Exp. 25774.

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 11 de abril de 2012, Exp. 19554.

Los efectos de ese pago, considera la Sala, extinguieron la obligación del I.S.S a indemnizar a la víctima directa, porque SIMESA con el pago cubrió todos los perjuicios, plenos y ordinarios, por la “pérdida del ojo”.

Y estima que debe ser así, porque como ya antes se explicó, la conducta falente del I.S.S, mala atención del paciente, produjo en éste el daño antijurídico de pérdida anatómica, no de otros, que hizo que el daño de visión sufrido por el accidente laboral se propagara hasta el de pérdida anatómica.

Por consiguiente, si SIMESA pagó, en forma plena y ordinaria todos los perjuicios ocasionados con esas pérdidas, de visión y anatómica, del señor Sánchez M..., de contera también se cubrió la obligación de indemnización del I.S.S, pues la conducta dañina de esta persona fue la causante de la enucleación de ese órgano.

(...)

La Sala reconoce, por tanto, y oficiosamente el indicado hecho extintivo de la pretensión indemnizatoria de la víctima directa<sup>20</sup>.

En conclusión, el daño observa una serie de elementos y criterios que deben ser analizados a la hora de su estudio, particularidades que llevan a concluir que el daño es un evento objetivo, específico y empíricamente comprobado, que no permite valoraciones subjetivas o presunciones, lo que de entrada ya nos hace una distinción del perjuicio, lo que a continuación se expone.

#### **a. Distinción entre el daño y el perjuicio**

Es necesario plantear en este trabajo la necesidad de separar los conceptos de daño y perjuicio, con el fin de dar mayor precisión al estudio del derecho de daños y en lo particular, entender la perspectiva desde la cual se debe dirigir el análisis de los perjuicios inmateriales. Para ello se debe

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 10 de agosto de 2000. Exp. 11519.

reconocer que de años atrás la doctrina ha venido discutiendo sobre la necesidad o utilidad práctica de desarrollar una distinción o precisión semántica entre los términos daño y perjuicio. En este sentido se afirma por algunos tratadistas que la misma no evidencia utilidad y que no es más que una discusión bizantina.

En el marco de tal debate, por ejemplo, el reconocido tratadista Javier Tamayo sostiene que

...de otro lado, se ha despertado la legendaria discusión sobre la identidad o diferencia entre daño y perjuicio, problema que a primera vista pareciera inútil. Sin embargo, la discusión es bien importante para poder entender por qué personas diferentes de la víctima inmediata de un daño a sus cosas, a su vida o a su integridad personal tienen derecho a cobrar la reparación de sus propios daños económicos o no económicos sufridos por ellas, derivados causalmente de los daños sufridos por el perjudicado inicial. Esos daños a bienes de terceros son jurídicamente independientes de los bienes del perjudicado inmediato, pero esa independencia se entiende más fácilmente si se acepta que, en sentido jurídico, daño y perjuicio son la misma cosa. Pero como esa afirmación que hago no es pacífica, es preciso demostrar que es el daño de la víctima inicial lo que legitima la discusión sobre la identidad o diferencia entre daño y perjuicio. (Tamayo, Botero, Polanía, Quiñones, 2017, p. XV).

En esta oportunidad es importante considerar que la distinción tiene una relevancia más allá de lo conceptual, siendo práctica y funcional, de la cual se pueden extraer elementos que permiten avanzar en el estudio del derecho de daños, pero particularmente en la claridad temática de este, por cuanto su precisión podría permitir estructurar y establecer criterios para desarrollar las diferentes temáticas de estudio y, por ende, la dogmática del derecho de daños.

Como se puede extraer de lo expuesto por Javier Tamayo en el texto “Nuevas reflexiones sobre el daño”, en el cual se intercambia ideas con otros autores respecto a la importancia y utilidad de la

discusión que ahora se pretende plantear, empecemos por aceptar que, desde un punto de vista normativo no es posible sostener tal distinción, toda vez que el legislador colombiano no ha hecho al respecto diferenciación práctica o temática y por ello advierte el reconocido doctrinante que

Así, desde una aproximación puramente descriptiva a las normas del estatuto sustancial que recogen estos conceptos, daño y perjuicio, en el sentido jurídico de objeto de reparación, el Código Civil da cuenta de al menos 46 normas que aluden al 'daño'<sup>21</sup>, y 120 que se refieren al 'perjuicio'<sup>22</sup>.

Este universo normativo, sin necesidad de analizar su contenido, permite una conclusión temprana, a saber, que el concepto de perjuicio permea, no solo todo el sistema de responsabilidad, contractual y extracontractual, sino todo el Código Civil, desde las primeras hasta las últimas normas (110 a 2540), de manera que resulta realmente imposible de ignorar.

En conclusión, se puede afirmar que el contraste de los términos no va más allá de la necesidad de diferenciar el hecho objetivamente apreciado o valorado y su consecuencia, el cual la doctrina y la jurisprudencia ha identificado en distintos términos como son para Javier Tamayo el “daño físico” y el “daño en sentido jurídico”<sup>23</sup>; en otros, “daño evento” y “daño consecuencia”<sup>24</sup> y finalmente

<sup>21</sup> Artículos 868, 901, 914, 984, 988, 994, 995, 997, 1000, 1003, 1005, 1007, 1494, 1613, 1614, 1648, 1784, 1988, 1991, 2005, 2072, 2075, 2266, 2267, 2268, 2277, 2326, 2341, 2342, 2343, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2365, 2356, 2357, 2358, 2359 y 2497.

<sup>22</sup> Artículos 110, 148, 224, 235, 418, 636, 668, 689, 697, 702, 703, 705, 732, 737, 738, 739, 838, 855, 861, 893, 905, 922, 923, 926, 927, 954, 955, 977, 982, 983, 988, 990, 993, 996, 997, 1001, 1002, 1295, 1344, 1357, 1386, 1393, 1394, 1408, 1507, 1512, 1515, 1543, 1546, 1554, 1559, 1578, 1583, 1590, 1591, 1599, 1600, 1605, 1610, 1612, 1613, 1614, 1615, 1616, 1617, 1648, 1720, 1731, 1737, 1775, 1804, 1870, 1878, 1882, 1888, 1910, 1912, 1918, 1922, 1924, 1930, 1983, 1984, 1986, 1987, 1988, 1989, 1992, 1996, 1997, 2003, 2007, 2017, 2018, 2021, 2026, 2030, 2056, 2059, 2072, 2193, 2194, 2196, 2202, 2208, 2212, 2213, 2217, 2228, 2252, 2258, 2259, 2308, 2342, 2344, 2395, 2421, 2461, 2461, 2465, 2491 y 2540.

<sup>23</sup> Dice Tamayo: “(...) Yo afirmo que una cosa es el daño en sentido físico, y otra la noción de daño en sentido jurídico, palabra que es idéntica a perjuicio. Si lo que yo afirmo es la idea que sostiene Polanía, entonces me da la razón a mí, pues lo que sostengo es que no hay daño y perjuicio en sentido jurídico como dos entelequias diferentes”. (Tamayo et al, 2017, p. 87)

<sup>24</sup> Igualmente se sustenta que “La jurisdicción contencioso administrativa, gracias a la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha adoptado medidas en los últimos años sobre reparación del daño en sí mismo considerado en contraposición al daño consecuencia, especialmente cuando ha habido una vulneración a los derechos humanos de los demandantes; ello se evidencia en varias sentencias del Consejo de Estado que ordenan la adopción de medidas de justicia restaurativa para reparar in natura a las víctimas. Sin embargo, la Corte confunde, en ocasiones, el daño evento con el daño consecuencia y en nuestro medio, solo se ha avanzado en la reparación objetiva del daño evento cuando ha habido una vulneración del derecho a la salud y queda en ciernes la construcción de criterios objetivos de indemnización o reparación cuando se vulneran otros derechos constitucionales o convencionales”. (Gil Botero, 2006, p. 318). Cárdenas Mesa, John Arturo (2015, Julio - diciembre). La reparación del daño evento en Colombia. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS – UPB, vol. 45, No. 123. Medellín, Colombia. Págs. 317 – 363. <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v45n123.a02>

la clasificación que se comparte y es la de común utilización, “daño” y “perjuicio”, vocablos reiterados en la jurisprudencia nacional y la doctrina<sup>25</sup>.

Entonces, el tema, que como se observa parece ser de simple precisión conceptual, tiene efectos realmente prácticos que permiten ser evidenciados en diferentes momentos del debate de la responsabilidad como son la prueba, la legitimación en la causa o interés para obrar y el derecho a la reparación, por cuanto, si bien debe reconocerse que se comparten en términos generales criterios y conceptos, en la práctica, estos se manifiestan de manera diferente y por ello, se puede considerar pertinente, en primer lugar, como un aporte a la discusión, que se insiste resulta útil, necesaria y práctica; y como segundo, porque la misma será reiteradamente empleada en este trabajo y por tanto desde ya se advierte la necesidad de disipar dudas sobre el empleo de dicha distinción conceptual.

### **b. El daño y perjuicio como elementos autónomos de la responsabilidad**

Ya esbozado en líneas atrás, se ha evidenciado la diferenciación conceptual entre los términos daño y perjuicio, la que por razones prácticas es la que resulta la llamada a emplear en este trabajo<sup>26</sup>, pues se reitera, no son asimilables y estos se definen (el primero) desde el hecho o

---

<sup>25</sup> Por ejemplo comenta Cortés (2009, pp. 47 – 48) “Así pues, la doctrina italiana habla de un daño-evento y de un daño-consecuencia, para significar lo ya dicho, es decir, un daño-evento, que sería la pérdida del bien o, en términos más amplios, la lesión de un interés, concepción si se quiere material o naturalista del hecho, que haría que se estableciera el contenido del resarcimiento en la relevancia del bien o del interés lesionado; y un daño consecuencia, que se entendería como aquellos resultados dañinos (consecuencias) que se derivan del hecho (daño-evento). Esta distinción no es diferente de aquella que sostiene una parte de la doctrina francesa, entre daño y perjuicio, de tal forma que por daño se entiende la lesión sufrida, mientras que por perjuicio la consecuencia de ese daño”.

<sup>26</sup> Los términos, como lo expone Obdulio Velásquez (2013, p. 265), vienen desde la propia configuración del derecho romano y por ello “Algunos autores distinguen daño de perjuicio. En el derecho romano, en tiempos de la *Lex Aquilia* ambos conceptos se diferenciaban. Se entendía por daño el detrimento causado a la cosa, a un objeto material, y perjuicio era el daño que sufría el dueño de la cosa por su destrucción o deterioro”.

situación fáctica, y el (segundo) por las consecuencias o resultados que afecta las esferas patrimonial -material – y extrapatrimonial -inmaterial-<sup>27</sup>.

De esa manera, y en términos generales, la doctrina y la jurisprudencia han denominado al “daño” como evento, hecho objetivamente comprobable o situación fáctica, mientras que el perjuicio, se identifica con las consecuencias que de esta se deriva, de lo que se desprende una relación de causa y efecto<sup>28</sup>, que Diana Rueda resalta de la Jurisprudencia, así:

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al respecto, que ha sido citada en varias oportunidades por el Consejo de Estado para reafirmar que existe una diferencia entre ambos conceptos, ha resaltado que:

*“El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio [mientras que] el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño: y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó (Rueda, 2015, p. 24).*

En similar sentido recuerda Pantoja:

En efecto, el Consejo de Estado con mucha frecuencia, después de establecer el hecho de la muerte o de la lesión física de una persona o del menoscabo patrimonial de la víctima, utiliza fórmulas como esta: “Así las cosas, está demostrado el daño del cual, según lo expresado en la demanda, se derivan los perjuicios cuya indemnización se solicita”. A su turno la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal expresa:

“En primer lugar vale destacar, que el lucro cesante, según el artículo 1614 del Código Civil, consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad

---

<sup>27</sup> Pantoja, 2015, p. 220

<sup>28</sup> “3. Daño y Perjuicio (dos conceptos diferentes)

Pese a que en el lenguaje común, e incluso en el lenguaje jurídico, los dos términos se tomen como sinónimos, existen -sin embargo- entre ellos claras distinciones que no solamente generan preocupaciones académicas sino consecuencias prácticas, como lo ha subrayado algún sector de la doctrina nacional y la jurisprudencia patria. Quizás estos vocablos resulten más descriptivos si se considera que los perjuicios son consecuencia del daño en un enlace causal. En otros términos, los perjuicios han de ser causados por el daño”. (Pantoja, 2015, p. 220).

económica por parte de la víctima o sus familiares como consecuencia del daño, y que esta se habría producido si el evento dañoso no se hubiere verificado. Es, por tanto, lo que se ha dejado de ganar de no haber sucedido el mentado daño (Pantoja, 2017, p. 397).

En razón de esta discusión, resalta Diana Rueda que *“no deja de ser un hecho evidente que la jurisprudencia del Consejo de Estado aún no se ha puesto de acuerdo en definir y explicar con profundidad si se trata de conceptos similares o diferentes, y si la distinción cobra alguna importancia útil o no. Así, no es raro encontrar que en unas ocasiones se utilice la expresión “quantum del daño”<sup>29</sup>; en otras, “quantum del perjuicio”<sup>30</sup>; y en otras; ambas, indistintamente<sup>31</sup>, sin saber si lo que se cuantifica es el daño o el perjuicio, aun cuando -se adelanta- lo más lógico es pensar que la cuantificación se hace respecto del perjuicio, por las razones que se expondrán más adelante, no respecto del daño”* (2015, p. 24); compartiéndose en este trabajo tal conclusión, además, se reitera, la importancia de la distinción y escisión conceptual y real de los conceptos.

De otro lado, por parte de la jurisprudencia, de manera reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha expuesto que:

9.2. El daño es el presupuesto principal de la responsabilidad extracontractual del Estado el cual exige para ser resarcido, desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva, (i) una conducta que constituya una infracción a la norma que tutela un interés legítimo y (ii) el menoscabo o detrimento de un derecho patrimonial o extrapatrimonial de una persona afectada que no tiene la obligación de soportarlo, por no existir causas jurídicas que así lo justifiquen.

9.2.1. Para que un daño sea antijurídico y, por ende, indemnizable, es indispensable verificar *ex ante* la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto, actual, real, determinado o determinable y

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 3 de marzo de 1978, Exp. 2.008.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 14 de septiembre de 2011, Exp. 20227. También del 23 de abril de 2013, Exp.: 26.621.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 14 de noviembre de 1967, Exp.: 718. Sentencia del 12 de noviembre de 1999, Exp. 11344; del 27 de noviembre de 2001, Exp.: 13792.

protegido jurídicamente. En síntesis, estos elementos parten de la premisa según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos derivados de la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial, los cuales son injustamente padecidos por la víctima<sup>32</sup>.

En ese orden de ideas, si con claridad se escinde el término daño del de perjuicio, se puede sostener asertos como que el daño debe ser siempre probado por la parte actora, más no así el perjuicio, por lo que acreditado el daño y la imputación, procede siempre el derecho a la reparación y, en consecuencia, demostrado los elementos de la responsabilidad, entre ellos siempre el daño, el perjuicio debe ser indemnizado, compensado o reparado.

Igualmente se puede afirmar que el objeto de la prueba del daño puede ser diferente al objeto de la prueba en el perjuicio, por lo que no es necesario que la prueba de la causación, intensidad, legitimidad, entre otras, del daño sea el mismo que del perjuicio.

Asimismo, los elementos del daño se pueden diferenciar del perjuicio y, por ende, no es necesario que los mismos converjan en uno u otro, ni que se asimile su contenido.

Como fue la tesis de antaño expuesta por Javier Tamayo, pese a que ahora es su idea descartarla<sup>33</sup>, la distinción también encuentra natural razón en que el daño lo padece aquel que la doctrina y jurisprudencia denominaba víctima directa, mientras que el perjuicio como irradiación o efecto de esta, lo sufren tanto víctima directa como las víctimas indirectas, pero incluso, aquel que sufre un

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 29 de agosto de 2014, Exp. 31190.

<sup>33</sup> La variación y sustento de la misma, así como la nueva posición, se exponen en “Nuevas reflexiones sobre el daño” de 2017, publicada por Legis e IARCE” donde el autor realiza un debate en compañía de otros autores sobre el tema.

daño no tiene que haber sufrido perjuicio o el perjuicio, aunque no apreciable física u objetivamente –como si debe ser el daño-, puede dentro del plano jurídico sustentarse y por ende exigirse su reparación.

Ahora, la distinción que se defiende no es ajena a la jurisprudencia e incluso ha sido el camino metodológico recurrentemente adoptado por esta, en tanto se puede observar en las providencias, como estas inician primero con el análisis del elemento daño, el cual basta con la comprobación empírica de un hecho o lesión, para continuar con el segundo elemento que se denomina imputación, para finalmente, una vez declarada la responsabilidad, se pronuncie la jurisdicción frente a los perjuicios. Como estudio del daño se realizan análisis simples como “...*las pruebas válidamente practicadas en el proceso muestran que el joven OSCAR (...), murió el 15 de julio de 2000, en el municipio (...); así, verificada la existencia del daño, esto es, la muerte por la cual se deprecó la responsabilidad del Estado, la Sala abordará el análisis de la imputación, con miras a establecer si aquélla es atribuible a la demandada, como se sostuvo en la demanda*”<sup>34</sup>.

En otra providencia se sostuvo “*La existencia del daño antijurídico es el primer elemento que debe acreditarse para que pueda predicarse la responsabilidad y en el sub lite, este consiste en las lesiones sufridas por el soldado Gonzalo (...), las cuales se probaron con la historia clínica y el acta de junta médica laboral*”<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena; 28 de agosto de 2014, Exp. 27709.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena; 28 de agosto de 2014, Exp. 31172.

En un sentido similar, en sentencia de 2012 se había señalado “...con la simple acreditación de la lesión se presume que el actor sufrió un perjuicio de orden moral...”<sup>36</sup>.

Analicemos brevemente la idea expuesta, determinando así su alcance, para después de manera concreta y práctica, ya con una base teórica desarrollar la importancia de la escisión conceptual del daño respecto al perjuicio.

### **c. Análisis de los conceptos jurídicos de daño y el perjuicio**

La jurisprudencia y la doctrina han estudiado de manera indistinta el concepto de daño como del perjuicio, por lo que al respecto puede emplearse en términos generales algunos conceptos para orientar el estudio de uno y otro, sin embargo lo que realmente debe advertirse es que a diferencia del daño, en tratándose de los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales, en no pocas ocasiones resulta difícil establecer con certeza su tasación, siendo necesario entonces emplearse en algunas circunstancias la presunción partiendo de las reglas de la experiencia; por lo que toma relevancia y se emplea en su reconocimiento el *arbitrio iuris* como la regla general para la tasación, presentándose la compensación como la fuente de su reconocimiento.

La anterior afirmación resulta útil para contextualizar y sostener lo referenciado, de un lado que la prueba del daño y del perjuicio no tienen que ser las mismas e incluso básicamente son diferentes, tanto en su objeto de prueba y por ende en la técnica y prueba utilizada; pero además sirve para desprendernos de los inútiles criterios y barreras que limitan la idea de que el derecho a la

---

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 18 de julio de 2012, Exp. 20077.

reparación integral es un criterio que debe acercarse más al valor de justicia que al de resarcimiento o indemnización<sup>37</sup>, por lo que constantemente el Juez está llamado a hacer ejercicios de ponderación, principalmente enfrentar constantemente en su ejercicio de *arbitrio iuris*, los denominados “principios” indemnizatorios del derecho de daños, el enriquecimiento sin causa de la víctima y del responsable, así como la regla de la justicia material<sup>38</sup>, por lo que

si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la “víctima”, si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima, “un enriquecimiento sin justa causa para la víctima y un empobrecimiento ilícito acusado por carecer de su sustento”<sup>81</sup>.

La indemnización de los perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por ello, si el causante del perjuicio debe repararlo, tiene que hacerlo en su totalidad para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación (Pantoja, 2017, p. 405).

---

<sup>37</sup> Al respecto, sostiene Henao (1999, pp. 334 – 335) “Existe una confusión entre la indemnización plena del daño y el enriquecimiento a partir del mismo, presentándose un temor de caer en lo último que conduce incluso a sacrificar lo primero. Existe una especie de “vergüenza cultural” para lograr la indemnización plena del daño, por el temor de peticiones que en nuestro medio puedan resultar “exageradas”. En los ejemplos de liquidación de daños que se citan en la última parte se puede constatar lo aquí afirmado: la víctima se queda corta en la petición indemnizatoria y el juez, que en ocasiones puede actuar de oficio, se deja influir por nuestro propio nivel económico, como por ejemplo, cuando no otorga indemnización a favor de una persona totalmente minusválida para que pueda contratar a alguien que necesariamente lo habrá de auxiliar. No se debe entonces olvidar que el objeto de la responsabilidad civil es dejar indemne a la persona dañada, y que la única regla que opera es la de la indemnización plena del daño, que no tiene porqué ser influida negativamente por consideraciones culturales. Es de por sí ya un gran aporte que permite este estudio comparado”.

<sup>38</sup> En este sentido se comparte lo expuesto por la profesora Milagros Koteich (2012, pp. 326 -327), cuando advierte de la necesidad de que el Juez supla o fije criterios de equidad ante la constante imposibilidad y limitante que se presenta para valorar y liquidar los perjuicios inmateriales, problema que no se observa, o por lo menos no con tal constancia en lo que se refiere a los materiales. De su pensamiento se rescata: “Pero en realidad, tal postulado resulta cómodamente predicable y aplicable en relación con los perjuicios que tienen carácter económico, dado que se encuentran con el dinero en un mismo orden de valores, en el sentido de que es posible adquirir con la suma otorgada un objeto igual o similar al pedido o deteriorado; razón por la cual, en su caso, la reparación se reputa compensatorio. Por el contrario, cuando se trata de los perjuicios no económicos o de carácter personal, tal afirmación puede resultar poco “realista”, pues, por carecer de precio el bien o interés lesionado, no es posible concebir en dicho supuesta una medida común entre el perjuicio y el dinero, ni es posible, si se nos permite la expresión, ir a la plaza mercado –con la cantidad concedida- a ‘readquirir’ la integridad psicofísica vulnerada en forma permanente o la dignidad ofendida; como sí lo es en cambio cuando se trata de la lesión a un bien de carácter económico, por lo que puede sostenerse que cuando se trata del perjuicio extrapatrimonial o personal, no es posible, sin incurrir en un artificio, hablar de verdadera “reparación integral”, adicionalmente, la certeza del perjuicio en el caso de los intereses extrapatrimoniales no puede establecerse sino en forma relativa, por lo que se dice, con razón, que la determinación de la indemnización se encuentra en estos casos, en cierto modo, sujeta a la sensibilidad de los jueces”.

Sobre el particular, la doctrina de manera reiterada ha indicado que: “[l]a existencia del daño se hace necesaria en el momento de declarar la responsabilidad civil pues éste constituye un requisito básico para proceder a pedir la indemnización de daños y perjuicios. De esta forma, todo daño patrimonial (material) o extrapatrimonial siempre que sea real y esté demostrado da lugar a una responsabilidad ya sea de naturaleza contractual o extracontractual y a la consiguiente reparación” (Pantoja, 2015, p. 2013).

Y en similares términos, en otra de sus obras, Pantoja resalta de la jurisprudencia

que no basta que un hecho o acción contractual o extracontractual acontezca con dolo o culpa. “Es indispensable que cause daño. Sin él no hay responsabilidad civil; sin interés no hay acción. La obligación de reparar un daño nace precisamente de haberse causado”.

En realidad, el daño sin ser el único de los elementos de la responsabilidad civil contractual o extra-contractual, se instituye como el fundamental, esto, debido a que existe consenso en la doctrina que en ausencia del daño no hay nada que reparar o indemnizar; es cierto que tal indemnización no opera de forma automática, sino que requiere demostración del daño, siendo pertinente acotar que, tan importante es el aspecto del daño producido, que se ha optado por denominar a la responsabilidad civil, como el “derecho de daños”, lógicamente, en un espectro mucho más amplio, yendo más allá de la indemnización, como es la prevención y la socialización de riesgo (Pantoja, 2017, p. 384).

La línea trazada en este sentido por la Sección Tercera del Consejo de Estado es evidentemente clara y coherente, siempre que se precise que dicho criterio se finca en el daño como elemento de la responsabilidad y sus características de cierto y real, empleando para definir la importancia de su prueba -hablando del daño- el Alto Tribunal emplea expresiones tales como “*todo análisis parte de la existencia de una afectación antijurídica comprobada que valide el ejercicio exploratorio de*

*la atribución y, en consecuencia, el uso de la potestad declarativa con fines reparadores*<sup>39</sup>; en otros términos, “[c]abe reiterar en esta oportunidad que el primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad Estatal es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario de la responsabilidad, toda vez que como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala “sin daño no hay responsabilidad” y solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado (...)”<sup>40</sup>; en ese orden de ideas, como lo señala Javier Tamayo (2017, p. 40), “desde que se produzca la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial, hay daño”.

Ahora, lo antes expuesto no ha sido en momento alguno discutido por la doctrina o la jurisprudencia, pero si da la posibilidad de entender que si se sostiene con tal categoría como se puede evidenciar, que el daño debe ser cierto y real por regla general para tener derecho de acción (con excepción del denominado daño contingente)<sup>41</sup> y en todo caso para pretender una reparación.

La discusión que en realidad se torna relevante, es que en la práctica, el daño sí se diferencia del perjuicio, y en consecuencia, el Juez no puede abstenerse de declarar la responsabilidad o proceder a indemnizar, cuando probado el daño no se tenga elementos objetivos, jurídicos, sociales o probatorios para proceder a la indemnización, pues se reitera, a lo que está llamado a probar la

---

<sup>39</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 12 de octubre de 2017, Exp. 43795.

<sup>40</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 24 de octubre de 2017, Exp. 32985.

<sup>41</sup> Código civil. ARTICULO 2359. TITULAR DE LA ACCIÓN POR DAÑO CONTINGENTE. Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

También es pertinente precisar que la acción popular contiene un mecanismo preventivo o contingente “para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. (art. 2, L. 472/98) y la acción de tutela (D. 2591/91) igualmente es viable en caso de la posibilidad de presentarse daños o perjuicios irremediables; sin embargo, ambas instituciones carecen de una finalidad indemnizatoria y se dirigen a derechos colectivos (el primero) y derechos fundamentales (el segundo), por lo que no se compaginan con la esencia de lo que aquí se trata.

parte demandante es exclusivamente el daño, llegando su deber, respecto al perjuicio a lo que le sea posible probar por la causación y la cuantía, a lo que también la parte demandada puede ejercer una defensa u oposición activa.

Incluso en materia procesal, tal distinción es absolutamente práctica, ya que la propia Ley 1437 de 2011, prescribe para los medios de control de carácter indemnizatorios -o reparatorios- que el término de caducidad corre, por regla general, al momento de causarse el daño<sup>42</sup>, completándose la regla jurídica con la adopción de la jurisprudencia en cuanto a que el término de la caducidad inicia en casos excepcionales cuando se conoció o debió conocer el daño, por lo que estableció el legislador que la caducidad empieza *“a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”*<sup>43</sup> o en materia contractual *“a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”*<sup>44</sup>.

Continuando con lo expuesto, en sentencia SU- 659 de 2015<sup>45</sup>, la Corte Constitucional precisó que

En aplicación del principio *pro damnato o favor victimae* -que favorece el resarcimiento al daño sufrido por la víctima para realizar el computo de la caducidad esta se hace a partir de “c) la oportunidad en que se conozca el daño, porque hay eventos en los cuales el perjuicio se manifiesta en un momento posterior; d) la fecha en el cual se configura o consolida el daño, porque en algunos casos la ocurrencia del hecho, la omisión u operación administrativa no

---

<sup>42</sup> En este punto se resalta: “En ese orden de ideas, a la Sala no le cabe duda en cuanto a que la caducidad no puede ser computada con arreglo al momento en el que se le habría ocasionado el daño, puesto que es claro que no se logró demostrar aquel por el cual se pretende el resarcimiento económico, elemento de la responsabilidad que, sumado al estudio de su imputación a la Administración, resulta necesario para dictar sentencia de mérito favorable al demandante”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 12 de octubre de 2017, Exp. 48318.

<sup>43</sup> literal i, núm. 2, art. 164, L.1437/2011

<sup>44</sup> literal j, núm. 2, art. 164, L. 1437/2011.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sent. SU-659 del 22 de octubre de 2015. Exp. T-3.795.843.

coinciden con la consolidación del daño o se trata de daños permanentes, de tracto sucesivo o que se agravan con el tiempo.

En la misma línea del pensamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado advierte que,

...es posible que, en específicas ocasiones, el daño se prolongue en el tiempo, con posterioridad al momento de acaecimiento de los hechos dañosos que sirven de fundamento de la acción, sin embargo, lo cierto es que ello no puede significar que el término de caducidad se postergue de manera indefinida, por cuanto la norma no consagra dicho supuesto. Es decir, la disposición no establece que el cómputo de la caducidad empieza a correr en el momento en que el daño se concreta por completo, sino que por el contrario determina que el mismo debe empezar a partir del día siguiente al hecho que le sirve de basamento a la pretensión, esto es, la fecha en que acaece el suceso o fenómeno que genera el daño, de no ser así se confundiría a aquél con las secuelas o efectos del mismo.

Cosa distinta es que la parte demandante sólo haya tenido conocimiento del daño tiempo después de la ocurrencia del hecho, omisión u operación, pues en tales eventos, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 C.P.), el conteo debe iniciarse a partir de la fecha en que la persona -o personas- tuvieron conocimiento del daño; una interpretación contraria supondría cercenar el mencionado derecho fundamental, así como el derecho de acción, y el supuesto lógico de que lo que no se conoce sólo existe para el sujeto cuando lo advierte o se pone de manifiesto<sup>46</sup>.

En otro supuesto práctico del ámbito procesal, se observa como el artículo 206 del CGP, que regula el juramento estimatorio, centra la verificación en el perjuicio -patrimonial o material, excluyéndose el perjuicio inmaterial, por lo que se puede concluir que el perjuicio material en principio debe ser acreditado en su causación y cuantía, siendo en este sentido respecto al derecho a la indemnización y valoración del daño un obstáculo para los fallos en equidad (art. 16 L. 446/98) o codenas en abstracto (art. 193 del CGP), por lo que es necesario la revisión de esta disposición; sin embargo, para efectos de este trabajo, lo importante es advertir que lo que se reclama es la

---

<sup>46</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 24 de marzo de 2011, Exp. 20836.

estimación del perjuicio material respecto a la cuantía, sin hacerse mención a la estimación del daño, toda vez que por su connotación no es posible cuantificar ni razonar, ya que dentro de este se engloban tanto perjuicios materiales e inmateriales.

Surge en este escenario un debate particular, ya que si se considera que la disposición asimila daño con perjuicio, la conclusión errónea a la que se llegaría es de la aplicación inconsulta y literal del párrafo del artículo en comento, esto es, “[t]ambién habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”, creyéndose que deviene negar la demanda (pretensiones) cuando la cuantía no se acredita, cuando esta sanción solo se limita a la tasación de perjuicios materiales, ya que son sobre estos que se refiere la norma –art. 206 GGP-, se realice la tasación y razonamiento de la cuantía.

En ese entendido, debe considerarse que el efecto de que trata el artículo 206 del CGP, se refiere exclusivamente a los perjuicios materiales, que son los que deben cuantificarse, estimarse y probarse, no siendo nada diferente a lo que impone la regla probatoria del artículo 167 del CGP (carga de la prueba), artículo 1757 del CC (prueba de las obligaciones)<sup>47</sup> y el artículo 1614 del CC (prueba del lucro cesante y daño emergente), esto es, que quien alega el perjuicio está obligado a probarlo.

Contario sensu, la cuantía del perjuicio inmaterial es de reconocimiento judicial y atiende al *arbitrio iuris*, razón por la cual el artículo 206 del CGP no exige su cuantificación y se permite incluso su presunción en casos particulares, señalando de manera expresa que el “*juramento*

---

<sup>47</sup> ARTICULO 1757. PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

*estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales*”, por lo que si bien el reconocimiento del perjuicio depende de la prueba o reconocimiento del daño, no así el daño depende del reconocimiento del perjuicio y en este sentido nos encontramos frente a una relación del género a la especie, por lo que siempre es necesario probar el daño y no así el perjuicio.

Lo anterior lo ilustra el Magistrado Marco Antonio Álvarez Gómez, integrante del grupo redactor del Código General del Proceso, quien, en su ensayo sobre el estatuto procesal, realizando el análisis de la parte referida a las pruebas reflexiona de la siguiente manera:

Aunque la Corte Constitucional, en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, afirmó -en sus consideraciones- que “basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener probada tanto la existencia de un daño como su cuantía”, es incontestable que en la redacción del texto jurídico hubo un error por inclusión -involuntaria- de palabras, porque el juramento no prueba “el daño” sino la cuantía del perjuicio. Si aquel no es acreditado, por más que la contraparte hubiera dejado de objetar el juramento, no podrá el juez atender favorablemente las pretensiones respectivas.

Así se desprende, con claridad que no ofrece discusión, del texto del artículo 206 del Código General del Proceso, en el que se establece que el juramento hará prueba del “monto” de la indemnización, compensación, frutos o mejoras reclamadas, y que cuando “se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”, también habrá lugar a la sanción prevista en aquella disposición (Ley 1743 de 2014, art. 13) (2017, p. 25).

Desde otro punto de vista del análisis, antagónico o contrapuesto si se quiere, puede observarse como el Consejo de Estado mediante un ejercicio inverso, niega la existencia del daño cuando no acredita los perjuicios, situación que es lo que se considera, ha dado pie a la confusión y genera el reproche frente al derecho de la reparación, presentándose a manera de ejemplo análisis tales como

... el actor no demostró que en efecto hubiera sufrido limitaciones que le causaran una lesión cierta a sus derechos, no acreditó que hubiera sido rechazado para acceder a un empleo, que fuera despedido del que desempeñara o que hubiera asistido a una jornada electoral y se le hubiera impedido ejercer su derecho al voto, con ocasión de la orden de captura que por error pesaba en su contra<sup>48</sup>.

En algunos eventos la prueba del daño puede coincidir con la del perjuicio, pero no en pocas ocasiones esto no es así, y a la falta de comprensión de la distinción de los conceptos, se termina perdiendo un proceso, o careciéndose de elementos fácticos y probatorios para condenar o establecer perjuicios, que generan en las partes la insatisfacción o esa especie de tufillo a injusticia.

Y como se ha reiterado, la principal relevancia probatoria en la diferenciación, la hallamos en que el daño no se presume y el perjuicio en ciertas circunstancias sí, como puede ser el perjuicio moral en los casos de privación injusta de la libertad, lesiones o muerte de familiares (lo que es precisamente el fundamento de las sentencias proferidas el 28 de agosto de 2014 por el Consejo de Estado), por lo que la muerte, la lesión, la privación injusta de la libertad, el secuestro, el acceso carnal violento, etc., no se presumen, se prueban, pero los perjuicios derivados de estos si son pasibles de presunciones, tal como se desprende de las sentencias de unificación que se profirieron el 28 de agosto de 2014 por el Consejo de Estado con radicados 26251, 27709, 32988, 31172, 31170, 36149, 28832 y 28804, lo que no significa que en casos particulares, cuando se hace difícil la separación de los términos, el Juez debe atender a reglas de la experiencia, la lógica y valoraciones personales para determinar si el evento es fuente de un daño y consecuentemente proceder a su compensación ya que como lo sostiene Tamayo (2017, p. 341), no en pocas ocasiones

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 14 de septiembre de 2017, Exp. 43329.

*“el juez declarará la existencia del daño, con base en las reglas de la experiencia y el sentido común de su propia vida”.*

La relevancia que se debe hacer de la distinción conceptual, radica en que el perjuicio además de las presunciones, también puede ser objeto de indicios, como cuando careciendo del dictamen médico legal o la valoración de incapacidad laboral, el Juez atiende a otras pruebas para sustentar o por lo menos tasar un eventual daño a la salud<sup>49</sup>; o cuando tras la muerte de un ser querido se alega el perjuicio moral, el cual puede sustentarse a partir de una afirmación definida o con fundamento en la presunción que a su vez se base en las reglas de la experiencia y los indicios; y finalmente, en caso de demostrarse el daño, incluso tratándose de perjuicios materiales, de no existir prueba alguna de ellos, el Juez tiene en sus manos los medios para suplir dicha falencia, la cual puede hacerse mediante la denominada condena en abstracto (art. 193 CPACA), toda vez que probado el daño, esta institución es procedente para determinar la cuantificación del perjuicio (no el perjuicio en sí) y finalmente, de no contarse con las anteriores posibilidades, el Juez acude a la equidad con el fin de no dejar sin reparación o en su lugar sin compensación a la víctima, ya que, acreditado el daño antijurídico imputable al Estado, surge la obligación de repararlo<sup>50</sup>, sin que la

---

<sup>49</sup> Por ejemplo, señaló en una oportunidad el Consejo de Estado: “Teniendo en cuenta que en el proceso no obra prueba alguna que determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la señora Ana Cecilia Cassab, para realizar la liquidación la Sala seguirá el criterio objetivo establecido en el Decreto 692 de 1995, vigente en la época de los hechos, en el cual, se señaló: “[A] la persona con riñón único por cualquier causa debe asignársele 5.0% de deficiencia global, ya que ha tenido una pérdida estructural de un órgano esencial”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 3 de octubre de 2016, Exp. 31159A.

<sup>50</sup> “(...) Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 3 de abril de 2013, Exp. 26437); en igual sentido del 16 de agosto de 2012, Exp. 19216.

carencia de la prueba de los perjuicios, la cuantía o la imposibilidad de objetivarlos, sean argumentos para no reparar, pues la justicia y la equidad, como valores fundantes de nuestra constitución así lo exigen, tal como se desprende del preámbulo de la Carta<sup>51</sup>-, los artículos 1, 2, 90<sup>52</sup>, 229<sup>53</sup> y 230 Superior; la Ley 270 de 1996; el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; los artículos 2341<sup>54</sup> y 2343<sup>55</sup> del Código Civil.

En ese orden de ideas, para concluir este capítulo dirigido a esbozar la utilidad de la distinción de daño y perjuicio, se resalta que el tema tiene finalidades prácticas que permiten visibilizar dos conceptos dentro del estudio de la responsabilidad, los cuales se evidencian en diferentes instituciones como la legitimación, la prueba y lo procesal, siendo la conclusión principal, el hecho de que el Juez está llamado a verificar la existencia del daño y una vez este se acredite, su deber es proceder con la reparación, sea por la comprobación y determinación de los perjuicios, o por la compensación bajo un criterio de equidad, por lo que aterrizando al tema de estudio, el cual no es otro que el perjuicio a la vida de relación, deben precisarse criterios para determinar la presencia del perjuicio y su compensación, en tanto será este el mecanismo de reparación dada la

---

<sup>51</sup> “El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”. Corte Constitucional; sent. C-479 de 19992. Exp. acumulados D-020, D-025, D-031, D-040.

<sup>52</sup> ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

<sup>53</sup> La administración de justicia es un servicio público que debe propender por un orden social y justo, para lo cual no solo debe garantizar un acceso formar a la justicia, sino real y material, estando el juez en el deber de resolver los asuntos puestos a su conocimiento de la manera que considere más acorde al valor justicia y a la equidad, por lo que de no existir norma para el caso concreto (o prueba del perjuicio) esta se materializa a través del fallo en equidad.

<sup>54</sup>ARTICULO 2341. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

<sup>55</sup> ARTICULO 2343. PERSONAS OBLIGADAS A INDEMNIZAR. Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos

inmaterialidad y subjetividad del perjuicio<sup>56</sup>, lo que desde el año 2000 ya había advertido el Consejo de Estado<sup>57</sup>.

En consecuencia, en busca del objetivo trazado y su finalizada, la cual no es otra que justificar el perjuicio de la vida de relación como un perjuicio autónomo indemnizable en Colombia por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siendo necesario para ello determinar su concepto y el alcance de su naturaleza compensatoria, pero para ello es necesario buscar lo propio de los perjuicios inmateriales reconocidos por el Consejo de Estado a partir de las sentencias de unificación del 28 de agosto, lo que se pretende desarrollar a continuación.

### **Conclusiones del capítulo**

En términos generales, se considera que en el estudio del derecho de daños se presenta de relevancia y de una utilidad práctica aceptar una diferenciación marcada entre el daño y el perjuicio, que permita consolidar las características de cada concepto, precisando su alcance y finalidad, la cual se evidencia de manera concreta en materia de prueba, legitimación en la causa, caducidad y otros temas, permitiéndose desde esta precisión advertir que una cosa es el daño como fenómeno o evento esencial de la estructura del análisis de la responsabilidad y otra, es sus consecuencias o manifestaciones en los derechos de quienes se presentan como víctimas, esto es, los perjuicios que se reclaman.

---

<sup>56</sup> Al respecto de la característica subjetiva, Tamayo (2007, p. 333) señala que: “Tanto en nuestra definición como en la de Adriano de Cupis se hace referencia a que en el fondo el daño consiste en la lesión a un derecho subjetivo que tenía la víctima en relación con el bien lesionado. Lo que acontece es que el autor italiano acoge la tradicional definición propuesta por Ihering, según la cual el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido. Nosotros, en cambio, acogemos la doctrina que entiende por derecho subjetivo la facultad jurídica de disfrutar un determinado beneficio”.

<sup>57</sup> En este sentido se puede ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 19 de julio de 2000. Exp. 11842. <http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=ce-sca-sec3-19-jul-2000.pdf>

La distinción que se plantean entre daño y perjuicio, si bien ha sido un debate reiterado en la doctrina, en la práctica, desde la jurisprudencia ha sido ampliamente aceptada e incluso es la metodología empleada por el Consejo de Estado en el análisis de la responsabilidad, partiendo en primer lugar de la verificación empírica y objetiva de la lesión o evento que se califica de dañino, para posteriormente analizar la imputación, y una vez tales elementos analizados y declarada la responsabilidad, con riguroso análisis probatorio y argumentativo, se asume el estudio de los diferentes perjuicios.

Del desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado se pueden extraer elementos o características que conforman el daño, de los cuales se identifican un carácter i) cierto, ii) actual, iii) real, iv) determinado o determinable, v) protegido jurídicamente; además de vi) no haber sido resarcido o compensado por otro medio, exceptuando de este la teoría de la indemnización *a forfait*. Sin embargo, pese a que en criterios generales se puede sostener que el daño y el perjuicio comparten estas características, se considera que cuando se habla del perjuicio inmaterial, la carga probatoria se aligera, tornándose relevante la prueba indiciaria y el empleo de las presunciones.

La distinción entre daño y perjuicio encuentra relevancia en materia procesal y probatoria, por lo que, de estudiarse desde cada concepto claramente definido, la prueba se torna más flexible para el perjuicio que para el daño, aceptándose que para el perjuicio ni siquiera es necesario en muchos casos su cuantificación y en otros ni siquiera su comprobación, por cuanto este puede ser reconocido a partir de las presunciones. En su lugar, el daño siempre debe ser acreditado y frente a este no opera presunción alguna.

La prueba indiciaria es una de las técnicas probatorias más recurridas y útiles en el análisis de la responsabilidad extracontractual, especialmente tratándose de los perjuicios inmateriales, razón por la cual su estudio y técnica se torna de gran relevancia para los litigantes y el juez al momento del estudio tanto de la responsabilidad como de la estructuración de los perjuicios.

Se expone en este trabajo que las presunciones es una técnica bastante recurrente dentro del ejercicio judicial y particularmente en materia de la responsabilidad, valoración y tasación de perjuicios inmateriales, actividad que se considera fue el principal objeto y aporte realizado por las sentencias de unificación del 28 de agosto por el Consejo de Estado, presunciones que permiten aligerar la carga de la prueba respecto de las víctimas, además de unificar criterios que permiten el reconocimiento al derecho de igualdad y la seguridad jurídica.

## **CAPÍTULO II**

### **LOS DAÑOS INMATERIALES EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL 28 DE AGOSTO DE 2014**

En las dos últimas décadas, el Consejo de Estado ha venido exponiendo y desarrollando un amplio marco de posibilidades en el reconocimiento de perjuicios inmateriales, superando el simple perjuicio moral traído desde el fallo Villaveces del 21 de julio de 1922<sup>58</sup> y posteriormente, la

---

<sup>58</sup> Navia, Felipe, 2000, p. 52.

distinción denominada el perjuicio moral subjetivo y objetivado<sup>59</sup>, reconociéndose a lo largo de la jurisprudencia un catálogo de perjuicios dentro de los cuales se encontraban algunos como el de *alteraciones graves a las condiciones de existencia, el de vida de relación, estético, psicológico, sexual, fisiológico, al buen nombre y el honor, a la salud, etc.*; lo que exige que el 28 de agosto de 2014, se profiriera por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado las sentencias de unificación jurisprudencial dentro de los expedientes 26251, 31172, 31170, 27709, 32988, 36149, 28832 y 28804, en los cuales como temática central se desarrolló la idea de unificar criterios en la valoración y liquidación -montos- *del perjuicio moral, daño a la salud y el daño a derechos convencionales y constitucionales*. Establece con relación al parentesco o filiación los porcentajes y sumas a reconocer; así como los criterios que en términos generales serían observados para proceder al reconocimiento de perjuicios, criterios que no significan una limitante invariable para los jueces, ni constituye un desplazamiento del razonamiento judicial *-ratio iuris-*, sino como se expuso con anterioridad, la consolidación de una línea jurisprudencial respecto a los montos a los que se echará mano para compensar, o en otro sentido, como se pretende sustentar en este trabajo, la consolidación de la presunción, de la legitimación y el monto del perjuicio con su tasación anticipada.

En el análisis del Alto Tribunal se establecen como tipología de perjuicios inmateriales según “la evolución de la jurisprudencia”, los de i) Perjuicio moral; ii) grave afectación a bienes

---

<sup>59</sup> Reitera el Consejo de Estado en sentencia del 19 de julio de 2000, expediente 11482, la separación de perjuicios en morales subjetivados y objetivados, cuya tesis fue superada de manera rápida, pero que dejó planteada la necesidad de un nuevo concepto de perjuicio inmaterial complementario. Dijo en su momento la Corporación: “5. Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, “a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida”, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 10.421.

constitucionales y convencionalmente protegidos y iii) perjuicio Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

Para tener un acercamiento al perjuicio vida de relación que en esta investigación se plantea, resulta necesario realizar un estudio respecto los perjuicios inmateriales expuestos por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, esbozando sus características a fin de precisar la naturaleza y objeto de cada uno, para finalmente encontrar los límites que lo componen, evitando, como ha sido la constante preocupación, que se generen doble reconocimientos de perjuicios y se propenda por una mayor precisión y acercamiento a la reparación integral de las víctimas.

## **a. El perjuicio moral**

### **a.1 Definición del concepto del perjuicio moral**

Respecto al perjuicio moral, como introducción en el denominado “*DOCUMENTO FINAL APROBADO MEDIANTE ACTA DEL 28 DE AGOSTO DE 2014 REFERENTES PARA LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES*” se indica: “*El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo*”<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup><http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>. Consultado el 28 de marzo de 2018.

El concepto del perjuicio moral en realidad no conlleva una discusión muy profunda, siendo por lo general aceptado el alcance del Consejo de Estado como introducción del referido documento del 28 de agosto de 2014, por lo que la doctrina ha entendido que la indemnización del perjuicio moral *“En su forma más simple, atienden a resarcir la lesión de los sentimientos, situaciones dolorosas, menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinados límites que no rayen en lo patológico”* (Gil Botero, 2013, p. 178). Así, puede entenderse que su finalidad es resarcir aquellos padecimientos que no alteran física ni psíquicamente a la persona, que hacen parte de sus sentimientos y profunda espiritualidad, excluyendo las secuelas y consecuencias que se manifiestan de manera psicosomática o aquellas que se vean directamente reflejadas en el patrimonio<sup>61</sup>.

Sobre el perjuicio moral, haciendo eco de la doctrina y la jurisprudencia, Pantoja sostiene, que este se basa en

la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima” e incluso yendo más lejos, el autor se cuestiona “¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada,

---

<sup>61</sup> “Por otro lado, en relación con el perjuicio moral, la jurisprudencia y la doctrina han distinguido, no siempre con fortuna, entre el daño moral subjetivo y el objetivo. Se ha dicho que el subjetivo consiste en la simple afección o en un dolor físico, mientras que el objetivo es el que a la postre incide sobre el patrimonio de la víctima ocasionando una lesión pecuniaria. Entonces, el perjuicio moral objetivo es aquella afección psíquica o aquel dolor que genera posteriormente un desmedro patrimonial, tal como sucedería si el perjudicado, a causa de la depresión que sufre, no puede trabajar y por supuesto deja de percibir ingresos económicos, lo que a la postre resulta convertirse en un detrimento netamente patrimonial.

Sin embargo, se ha sostenido, no sin razón plausible, que este es un daño netamente patrimonial o, al menos, avaluable como elemento del patrimonio. Sea decir, que el perjuicio llamado “moral objetivo” no es más que un perjuicio que se ha de reparar dentro del perjuicio material, pues de lo contrario se estaría resarciendo doblemente un mismo daño”. Agustín Uribe Ruiz. Criterio jurídico garantista. Año 2 - No. 2 - Enero-Junio de 2010. El perjuicio a la vida de la relación: una entidad autónoma y de reparación independiente de los demás daños resarcibles en la responsabilidad civil.

son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

El daño moral consiste en el menoscabo, disminución, detrimento o mengua de la interioridad del sujeto, de sus sentimientos, afectos, en el dolor, congoja, pesadumbre o aflicción, daños cuya valoración por medios objetivos no sea posible, como ocurre con el llamado daño moral y en general en los daños extrapatrimoniales.

El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmensurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial. (Pantoja, 2015, p. 754).

En ese orden de ideas, la comprensión que debe darse al perjuicio moral tiene que abarcar en su concepto, la perturbación de la calma, serenidad, tranquilidad y espiritualidad de las personas. Es entender que el ser humano está conformado por sus experiencias, vivencias y sentimientos, por tanto cualquier interrupción o alteración de estas puede generar un perjuicio intangible y no medible, pero que desde un punto de vista de la racionalidad y del humanismo, es claro que sufre una perturbación, cuya valoración atiende a la dimensión, importancia y necesidad de su reconocimiento; por lo que no solo se limita a la exteriorización de sentimientos, tal como lo expone Obdulio Velásquez (2013, p. 289), quien parafraseando a Mosset Iturraspe, en cuanto a que en una concepción reduccionista del perjuicio, se puede considerar que solo es viable la compensación de la moral o en otras palabras, la moral solo resulta afectada, cuando se evidencian sufrimientos o dolores, aunque enfatiza el autor su carácter jurídico y por tanto, este “*no repercute en la conciencia, sino en el patrimonio; no se limita a dolores, molestias o padecimientos o sufrimientos*”, por lo que es dable extender en su reconocimiento a la zozobra, intranquilidad, humillación, ofensa a la dignidad y todas aquellas expresiones o sentimientos que hacen parte de

la personalidad.

Entendiendo esto, no es posible limitar el reconocimiento del perjuicio moral a esos eventos en que la víctima o sus seres queridos han sufrido lesiones graves o cuando se derive del daño, por reglas de la experiencia, sufrimiento o dolores físicos, motivo por el cual la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de que estos surjan a partir de la pérdida o daño de las cosas<sup>62</sup>, no sin advertir que *“la materia necesita ser tratada con un especial enfoque cultural y filosófico para no rendirle culto a las personas que no poseen las cosas, sino que se dejan poseer por ellas”*<sup>63</sup>. Resaltando además que en estos eventos de pérdidas materiales el perjuicio moral no se presume, siendo este uno de los casos donde los indicios asumen total relevancia, pues no es posible concluir por simple presunción el perjuicio, de un lado porque no existe un precepto jurídico que nos lleve a tal desenlace y de otro, por cuanto se abandona en su totalidad un criterio materialista en donde se rinda culto a las cosas y por ello, presumir por el simple hecho de la pérdida o daño de una cosa, la causación del perjuicio<sup>64</sup>.

En ese orden de ideas, será la prueba indiciaria la principal herramienta con la que cuentan los litigantes y el Juez para determinar la existencia del perjuicio moral, por cuanto será la relación que existía entre la cosa y la personalidad, rutina, recuerdos, creencias y otras manifestaciones del

---

<sup>62</sup> Pero, ¿acaso no basta con señalar que la primera ocasión en que la Corte concedió indemnización por daño moral (1922), fue precisamente por daño a bienes o cosas con especial valor de afección, como sin duda los eran los restos de su esposa para el señor Villaveces?” Felipe Navia, 2000, p. 52

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 19 de abril de 1994. Exp. 6828.

<sup>64</sup> “Sobre el particular, advierte la Sala que en cuanto a la procedencia de reconocer daños morales derivados de la pérdida o afectación a bienes materiales, la doctrina y la jurisprudencia nacionales tradicionalmente la ha aceptado siempre y cuando el perjuicio aparezca plenamente probado en el proceso. Así pues, el daño moral comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, entre otros, y para que haya lugar a su indemnización, resulta necesario que dicho daño esté acreditado, pues debe recordarse que, únicamente, los perjuicios derivados de la afectación a la vida o integridad sicológica de la persona se presumen respecto de la víctima directa y de sus familiares más cercanos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 24 de octubre de 2017, Exp. 39696).

ser humano, con lo que se podrá de un lado acreditar y de otro valorar la existencia del perjuicio, no debiéndose olvidar que son las manifestaciones directas e indirectas las que advertirán si la persona sufrió un padecimiento relevante por la pérdida de las cosas materiales, ya que las angustias derivadas de la pérdida de la ganancia o gastos para reparar, recuperar o afrontar el daño, serán indemnizadas por los perjuicios probados bajo la denominación del daño emergente y del lucro cesante<sup>65</sup> (art. 1614 C C), los cuales al momento de su tasación deben atender a los “criterios técnicos actuariales” a efectos de mantener el derecho al poder adquisitivo del dinero y la corrección monetaria (art. 16, L. 446/98) y en consecuencia la simple ausencia de estos recursos y de las angustias, molestias u otros sentimientos que de ello se derive, no debe ser resarcido mediante el perjuicio moral<sup>66</sup>.

## **a. 2 Legitimación en la causa o interés para reclamar**

Sobre el perjuicio moral, a partir de lo expuesto en las sentencias de unificación, es viable concluir que el Consejo de Estado establece unas reglas de presunción sobre su nacimiento no solo para quien se denominó “víctima directa” sino frente a sus familiares y terceros, estableciendo en este sentido, en una relación de parentesco un porcentaje determinado, en el cual para el caso de muerte depende exclusivamente del parentesco o cercanía de las víctimas siendo para los niveles 1 y 2 de

---

<sup>65</sup> “En cuanto corresponde al último de los aspectos enunciados en la pretensión que se viene estudiando, advierte la Sala que el planteamiento del demandante no corresponde a la naturaleza que atañe a los perjuicios inmateriales de orden moral en tanto que el hecho consistente en la imposibilidad de mejorar y vender el inmueble “*obteniendo una ganancia considerable*”, constituye precisamente el origen de los perjuicios materiales cuya indemnización ha sido reconocida en esta instancia de conformidad con los señalamientos precedentes y, por lo tanto, dicho aspecto no puede ser objeto de resarcimiento nuevamente por vía del alegado daño moral”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de febrero de 2015, Exp. 30270).

<sup>66</sup> “En cuanto corresponde al último de los aspectos enunciados en la pretensión que se viene estudiando, advierte la Sala que el planteamiento del demandante no corresponde a la naturaleza que atañe a los perjuicios inmateriales de orden moral en tanto que el hecho consistente en la imposibilidad de mejorar y vender el inmueble “*obteniendo una ganancia considerable*”, constituye precisamente el origen de los perjuicios materiales cuya indemnización ha sido reconocida en esta instancia de conformidad con los señalamientos precedentes y, por lo tanto, dicho aspecto no puede ser objeto de resarcimiento nuevamente por vía del alegado daño moral”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de febrero de 2015, Exp. 30270).

consanguinidad y cónyuges, la prueba el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio (D. 1260/70), según sea la calidad que se alega; sin embargo tal requisito no constituye tarifa legal o prueba única, toda vez que en casos particulares cuando no fue posible el registro, como en caso de muerte intrauterina o nasciturus, el Juez puede valerse de otros medios para sustentar la presunción<sup>67</sup>. Por otra parte, para que nazca la presunción en caso de alegar la unión marital de hecho, por la calidad de compañera o compañero permanente, demostrar la convivencia<sup>68</sup>. Para los niveles 3 y 4 además presentar la prueba de la relación afectiva<sup>69</sup>; y para el nivel 5 que contiene las relaciones afectivas no familiares o terceros damnificados, deberá probarse la relación afectiva<sup>70</sup>.

Cuando se trate de perjuicios morales por lesiones, igualmente se establece la presunción del nacimiento del perjuicio, determinándose un monto previo, en este caso, ya superada la discusión

---

<sup>67</sup> A respecto: “13.4. También por concepto de perjuicios morales, la Sala reconocerá la misma suma a favor del menor Fredy (...), toda vez que, de acuerdo con los medios de convicción obrantes en el plenario –supra párr. 9.10 y 9.11-, es fácil concluir que independientemente de que el señor Fredy (...) García no haya alcanzado a reconocerlo como hijo, tanto para él, como para su círculo familiar, el menor por nacer sería considerado como tal, de modo que, con la muerte de aquél, dicho menor fue privado abrupta e intempestivamente de la compañía y afecto que le brindaría quien, naturalmente, estaba llamado a ejercer la figura paterna, circunstancia que, sin lugar a dudas, constituye un perjuicio moral”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 29 de febrero de 2016, Exp. 31378.

<sup>68</sup> “En relación con la indemnización de perjuicios morales solicitados por Gladys (...) y por Alba (...), quienes demandaron en su calidad de hermanas de la víctima directa, ha de decirse que se negarán, porque en el proceso no está acreditada dicha calidad, al no obrar los respectivos Registros Civiles de Nacimiento.

De otra parte, tampoco es posible reconocérseles el carácter de damnificadas, puesto que la única prueba que obra en el proceso que hace referencia a la conformación del grupo familiar y a los vínculos afectivos, como es el testimonio de Aida (...) (fol. 220 del C. de P.), para nada las menciona”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 15 de septiembre de 2011, Exp. 20196.

<sup>69</sup> “En relación con el señor Juan Carlos (...), quien según la demanda es el sobrino de la víctima del daño, se debe precisar que la acreditación, del parentesco no resulta suficiente para tener por demostrado el dolor moral, por lo cual resulta necesario que se demuestre el padecimiento sufrido como consecuencia de la falla en la prestación del servicio médico brindado al señor José Nereo Chávez Beltrán -en este caso del tío-, pues dicho dolor no se infiere con la simple acreditación del vínculo de consanguinidad”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 8 de noviembre de 2016, Exp. 36369). También hace referencia a sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp 30.376.; reiterado recientemente por en sentencia del 10 de septiembre de 2014, exp. 30.380.

<sup>70</sup> “En caso de no llegar a demostrarse el parentesco, quienes se consideren afectados moralmente por la muerte de alguien, corren con la carga de demostrar el dolor que dicen haber sufrido por esta causa”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 29 de febrero de 2016, Exp. 31378. También sentencia de 29 de marzo de 2012, exp. 16448.

en si la presunción nace o no dependiendo de la gravedad de la lesión<sup>71</sup>, el Consejo de Estado hace una relación de niveles en los cuales confluyen el grado de parentesco y el porcentaje de la capacidad laboral perdida, siendo en relación al parentesco el objeto de la prueba el registro civil -matrimonio o nacimiento-; y para la unión marital de hecho, cualquier prueba de esta; sumado a la pérdida de capacidad laboral calificada en ambos casos, sin que esto constituya tarifa legal<sup>72</sup>, por lo que faltando la prueba, el Juez puede condenar en abstracto y esperar el incidente de liquidación en el que se determine la disminución de la capacidad y en este, conforme al porcentaje calificado, se asigne la respectiva suma, o mediante la prueba de oficio<sup>73</sup>, acreditado el daño, ordenar la calificación laboral, y finalmente en casos extremos, como por ejemplo que la persona posteriormente había fallecido como evolución de la gravedad de la lesión o que ya la víctima

---

<sup>71</sup> “En cuanto a los daños causados por las lesiones que sufre una persona, la Sala reitera que éstas dan lugar a la indemnización de perjuicios morales, no obstante que su tasación dependa, en gran medida, de su gravedad y su entidad. En algunas ocasiones las respectivas lesiones no alcanzan a tener una entidad suficiente para alterar el curso normal de la vida o de las labores cotidianas de una persona, de suerte que su indemnización debe ser menor, por manera que la cuantificación de los perjuicios morales que se causen en virtud de unas lesiones personales, la debe definir el juez en cada caso, en forma proporcional al daño sufrido”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 27 de mayo de 2015, Exp. 33493.

La tesis que sustentaba la necesidad de acreditar la gravedad de la lesión para que a partir del parentesco naciera la presunción, puede consultarse entre otras en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 8 de marzo de 2007, Exp. 15739.

<sup>72</sup> “En el caso concreto, no se tiene un dictamen que dé cuenta del porcentaje de incapacidad de la víctima, no obstante, la Sala cuantificará los perjuicios morales con apoyo en la historia clínica y la gravedad de las lesiones irrogadas a cada una de las víctimas directas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 12 de octubre de 2017, Exp. 39354.

<sup>73</sup> Es necesario precisar que esto no es la obligación del Juez, pero es una alternativa viable en ejercicio de las facultades que otorga la Ley 1437 de 2011, por cuanto el artículo 213 prescribe que “En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad” y en esta circunstancias es claro que probado el daño solo resulta necesario determinar el monto del perjuicio, para lo cual unas de las herramientas es la prevista en la disposición. Sin embargo, no debe olvidarse que esto es una facultad y como lo advierte el Consejo de Estado: “Conviene precisar que el Tribunal no tenía la obligación de decretar pruebas de oficio, para tener demostrado el parentesco de las víctimas respecto de sus padres y hermanos, como quiera que esa prueba está a cargo de la parte actora y decretarla de oficio implicaría perfeccionarle su tarea probatoria, labor a la cual no está llamado el juez, pues no debe olvidarse que es deber de las partes acreditar los supuestos de hecho en que sustentan sus pretensiones (artículo 177 del C. de P.C.)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de mayo de 2016, Exp. 38744. Ahora bien, se advierte que la lectura de la sentencia se hace bajo los postulados del Decreto 01 de 1984, cuando estaba vigente el artículo 169 en el mismo tenor.

había sido calificado con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, condenar por equidad<sup>74</sup>, empleando el *arbitrio iuris* e incluso con aplicación de sentencias similares<sup>75</sup>.

En lo que concierne al perjuicio moral por la denominada privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado establece la presunción a partir de la relación parentesco y tiempo de privación, exigiéndose para ello la prueba del grado de consanguinidad, el tiempo de privación de la libertad y la sentencia absolutoria debidamente ejecutoriada<sup>76</sup>.

Si bien cuando se trata del perjuicio moral por lesiones o por privación injusta de la libertad, no se expuso con precisión para los respectivos niveles la prueba necesaria. Al analizarse el perjuicio moral por casusa de muerte se establecieron unos requisitos probatorios que se consideran viables

---

<sup>74</sup> En relación con el perjuicio moral ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba.

En el mismo sentido, se ha determinado que es razonable que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral y que para el efecto ha de tenerse en consideración los lineamientos expresados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de los cuales, dentro de los procesos contencioso administrativos: “la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 12 de mayo de 2011, Exp. 20496.

<sup>75</sup> “El juez administrativo tiene la potestad de determinar el monto a reconocer cuando se trata de perjuicios morales. Esta discrecionalidad está regida por: (i) la regla de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, dado que “*la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia*”, mas no a título de restitución ni de reparación; (ii) el principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; (iii) la obligación de que esté sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso respecto del daño y su intensidad; y (iv) el deber de estar fundada, cuando sea el caso, en otras providencias para garantizar el principio de igualdad”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 30 de octubre de 2013, Exp. 27954).

<sup>76</sup> En tratándose de la tasación de perjuicios morales derivados del daño ocasionado por la restricción de la libertad, siguiendo lo reiterado por parte de esta Corporación, es con apoyo en las máximas de la experiencia que hay lugar a inferir que esa situación le generó dolor moral, angustia y aflicción a la persona que, por esa circunstancia, vio afectada o limitada su libertad; perjuicio que se hace extensible a sus seres queridos más cercanos, quienes se afectan por la situación de zozobra por la que atraviesa su ser querido.

Ahora, frente a la acreditación de dicho perjuicio, la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido que únicamente basta con la prueba del parentesco o de la relación marital, para inferir la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes más cercanos según corresponda. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 19 de julio de 2017, Exp. 50158. Se cita la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149.

de aplicar por analogía<sup>77</sup> y son que “*Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva*”, no teniéndose esta como una obligación, sino como una regla probatoria que permite una relación de igualdad entre las víctimas y los diferentes procesos, que hará más objetiva la valoración, máxime que si estas se fijaron para un hecho de tal magnitud como es la muerte, no se encuentra argumentos que justifiquen que se aligere aún más la carga de prueba o se consideren requisitos diferentes para las lesiones o la privación de la libertad.

### **a. 3 Valoración y liquidación del perjuicio moral**

Respecto al reconocimiento del perjuicio moral derivado de la muerte, lesión o privación de la libertad, la jurisprudencia del Consejo de Estado estableció además de los estándares de prueba para la legitimación en la causa, los montos a indemnizar dependiendo el caso. Se divide

---

<sup>77</sup> Por ejemplo, la Ley 153 de 1887, en su artículo 8 contempla la aplicación de casos análogos como primera herramienta para suplir vacíos o falta de disposiciones para el caso concreto, por lo que “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes”; igual análisis se desprende de las providencias como la Sección Tercera, en la que asume el parentesco como el criterio objetivo para que surja la presunción del perjuicio y en este sentido, determina la suma del mismo, razón por la cual, se sostiene que la prueba se dirige a acreditar parentesco o relación afectiva según el caso. Al respecto, a manera de ejemplo: “En cuanto al criterio para liquidar dicho perjuicio por razón de la privación injusta de la libertad, se debe precisar que con base en las máximas de la experiencia y en las pruebas recaudadas, puede inferirse que el señor Carlos (...) padeció el perjuicio moral por cuya reparación demandó, comoquiera que es propio de la naturaleza humana que toda persona privada injustamente de la libertad, experimente un profundo sufrimiento de angustia, temor, impotencia e inseguridad por causa de dicha situación.

Así pues, teniendo en cuenta que la valoración de dichos perjuicios debe ser hecha por el juzgador, en cada caso concreto, según su prudente juicio y de acuerdo con parámetros establecidos por la jurisprudencia de esta Sección, en el presente asunto se considera que la indemnización a favor del señor Carlos (...) debe ser el equivalente en pesos a 70 SMLMV, dada su permanencia en un centro de reclusión por 6 meses y 25 días exactamente, así como se reconocerá esa misma cantidad para su padre señor Carlos Tuñón Ardila. Ahora bien, respecto de sus hermanos Jhonny (...), Juan (...) y Alexander (...) se reconocerá el equivalente en pesos a 35 SMLMV para cada uno de ellos”. (en la providencia también se sostiene “Al respecto consultar la sentencia de unificación de la Sección Tercera proferida el veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) Radicación número: 68001233100020020254801(36149), en las cuales se reconoció el mismo monto por perjuicios morales a favor de la víctima directa y sus parientes en primer grado de consanguinidad”). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 24 de junio de 2015, Exp. 38524. También al respecto puede revisarse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de mayo de 2016, Exp. 38744.

temáticamente en las sentencias los puntos a tratar, siendo para los casos de muerte en el expediente 26251, con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa y el expediente 27709 del Magistrado Carlos Alberto Zambrano, la compensación del perjuicio moral por muerte con aplicación de la regla de excepción al límite del monto del perjuicio.

En caso de lesiones, los perjuicios morales fueron trabajados en el expediente 31172 con ponencia de Olga Mérida Valle De la Hoz y con relación a la privación injusta de la libertad el pronunciamiento fue sustentado dentro del expediente 36149 por el consejero Hernán Andrade Rincón (E) y en casos excepcionales *“como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño”*. Regla de excepción que se sustenta en el expediente 32988, con ponencia de Ramiro Pazos Guerrero<sup>78</sup>.

Dicho trabajo se presentó gráficamente así:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados

<sup>78</sup> También se puede consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 29 de octubre de 2015, Exp. 34507.

Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

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

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V	S.M.L.M.V	S.M.L.M.V	S.M.L.M.V	S.M.L.M.V
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al	10	5	3.5	2.5	1.5

1% e inferior al 10%					
----------------------	--	--	--	--	--

“Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro. La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso”.

DAÑO MORAL EN CASO DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31.5	25.5	13.5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e	70	35	24.5	17.5	10.5

inferior a 9					
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17.5	12.5	7.5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17.5	12.25	8.75	5.25
Igual e inferior a 1	15	7.5	5.25	3.75	2.25

Es importante tener presente que para que surja la presunción del perjuicio moral, no es necesario que se trate de lesiones graves, dicho análisis solo será útil para que el juez determine el porcentaje o suma correspondiente a la indemnización. Igual criterio cuando se trate de la privación injusta de la libertad, en cuanto a las condiciones de la detención también son elementos para cuantificar la suma a indemnizar<sup>79</sup>, por tanto, no es lo mismo la denominada casa por cárcel, o disfrutar del permiso para trabajar que una privación en centro carcelario.

Otro ejemplo práctico se encuentra en casos de privación injusta de la libertad, en cuanto la condición particular por la cual pasa quien se encuentra físicamente afectado por la medida, en ningún momento puede equipararse a la de quien es familiar, cónyuge o compañera, toda vez que el daño es sufrido por quien es privado y los perjuicios no son asumidos por regla general en la misma dimensión<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Por ejemplo: “16. En relación con la cuantificación del perjuicio, para garantizar el derecho de igualdad entre quienes acuden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con pretensiones similares, recientemente, mediante sentencia de 28 de agosto de 2014, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció algunos criterios o baremos que deben ser tenidos en cuenta por el juzgador al momento de decidir el monto a indemnizar en razón de los perjuicios morales causados con ocasión de la muerte, sin perjuicio de que puedan ser modificados cuando las circunstancias particulares del caso así lo exijan. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de enero de 2016, Exp. 38635.

<sup>80</sup> En esta oportunidad la Sala encuentra procedente reiterar su criterio en el sentido de indicar que el reconocimiento de perjuicios se desprende de la condición personal de damnificado con el daño sufrido, y que el parentesco resulta ser tan sólo un elemento probatorio que indica la existencia de una relación familiar consolidada.

Asimismo, en la valoración del *quantum*, el Juez puede examinar si se trata de mujer madre cabeza de hogar, por cuanto como reglas de la experiencia se puede concluir sin lugar a hesitación que la relación madre e hijos por lo general es más estrecha que la de padre e hijos<sup>81</sup>.

La jurisprudencia también ha reconocido la acumulación homogénea de perjuicios<sup>82</sup>, siendo posible que a una persona en un solo evento o de un mismo daño se desprendan diferentes

---

(...)

En cuanto a la forma de tasar estos perjuicios, la Sección Tercera, en sentencia de unificación de jurisprudencia, consideró que debía tenerse en cuenta que la aflicción de los familiares más cercanos, es cuando menos igual que la de la propia víctima que sufre la detención y estableció algunos parámetros –a modo de sugerencia- a tener en cuenta por la jurisdicción al momento de calcular su monto”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 27 de noviembre de 2013, Exp. 34748A. Al respecto, como contextualización, analizando una reducción de la respectiva compensación –indemnización- moral, se sostuvo por la Jurisdicción:

El Juzgado disminuyó los montos dados por el Consejo de Estado respecto de los demandantes que no estuvieron detenidos. Tal reducción de los perjuicios establecidos en el acta del 28 de agosto de 2014, obedece a que si bien puede presumirse un daño moral por la privación de la libertad, es claro que no se encuentra en un mismo grado para quien debe afrontar la privación y limitación de otros derechos con sus familiares, pues no niega el Juzgado que tanto cónyuge como hijos y hermanos sufren congoja, frustración, tristeza, vergüenza y otros sentimientos al ver un ser querido privado de la libertad, pero lo cierto es que no lo afrontan en la misma medida que quien sufre físicamente los rigores de la detención. No puede olvidarse que es el arbitrio iuris en el que se basa el juez para determinar esta clase de daño, para lo cual sirve de sustento los criterios de la sana crítica como la lógica y la experiencia.

En tal sentido, resulta obvio que solo el detenido, al ser privado de la libertad, asume las condiciones que tal situación acarrea, afronta la privación y limitación de otros derechos como los políticos y civiles, más allá del derecho de locomoción, derechos que las demás víctimas no tienen en modo alguno limitados y que consecuentemente no deben resarcirse por un daño no padecido, porque como se sabe, la indemnización debe corresponderse con el daño cierto y probado, pues como lo ha señalado siempre el Consejo de Estado: “[l]os perjuicios morales son los generados en “el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien”. Este daño tiene existencia autónoma y se configura cuando concurren los siguientes criterios generales: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado.

Por ello es que el Juzgado se aparta del criterio del Consejo de Estado, pues equiparar los daños de quienes están detenidos con personas que no han padecido tal daño de manera directa sino contingente, contradice tales postulados”. Juzgado Veinticinco Administrativo Oral de Medellín; sentencia 13 del 31 de enero de 2018. Exp. 05001 33 33 025 2015 00338 00. Luz Myriam Sánchez Arboleda.

<sup>81</sup> El grado mayúsculo de congoja quedó acreditado a través de los testimonios rendidos por los señores (...), quienes eran personas cercanas a la víctima y además de señalar que la familia de la señora Usma se encontraba integrada por ella, sus menores hijos, su compañero permanente, su madre y sus hermanos, igualmente fueron contestes en afirmar que su muerte violenta en el seno de una Estación de Policía generó un profundo sufrimiento en los demandantes, en tanto se trataba de una familia muy unida y ante la muerte de su madre los menores se deprimieron profundamente a tal punto que ni siquiera se animaban con los juegos propios de su edad, situación que incluso los alejó de su estudio. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 24 de mayo de 2017, Exp. 35920.

<sup>82</sup> Verbigracia, se cita: “Ahora bien, respecto del daño moral sufrido por la menor XXX XXX XXX XXX, la Sala encuentra que se está frente a una acumulación homogénea de perjuicios, la cual, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la cual, en este caso es procedente, dado el sufrimiento de la menor XXX XXX XXX XXX tras sufrir la lesión y antes de morir, perjuicio que puede adjudicarse a la señora XXX XXX XXX a título de heredera”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 22 de ene de 2014, Exp. 27076. Al respecto ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de noviembre de 1991, Exp. 6295 y sentencia del 13 de agosto de 1992, Exp. 7274.

Por la doctrina, se trae a Gil Botero (2013, pp. 222 – 226), quien sostiene: “Ahora bien, desde el punto de vista de la equidad, no es lo mismo perder uno, dos, tres, cuatro o más miembros de la familia. La equidad se revienta. La naturaleza de las cosas repugna

perjuicios morales, abandonando el criterio de que solo se reconocía con base en uno de los perjuicios y luego este se incrementaba otro tanto, siendo hoy plausible que se reconozcan por un mismo hecho el nacimiento de dos o más perjuicios, como sería la madre que pierde a dos hijos, siendo aceptable la suma de los perjuicios morales.

Sin embargo, autores como Javier Tamayo (2007, p. 1036) discuten la posibilidad de acumulación homogénea de perjuicios, sostiene el reconocido tratadista, que lo que se presenta es un daño moral más intenso, y en ese orden de ideas, por ejemplo, *“si por una falla del servicio fallece el padre y la madre del demandante, la indemnización máxima podría ascender hasta 200 salarios mínimos legales mensuales”* considerando el doctrinante que *“esta solución es errónea por cuanto, dada la naturaleza de la psique humana, no es posible sufrir a la vez dos [d]años morales derivados de un mismo hecho. Por eso, cuando mueren los dos padres de una persona, lo que se produce es una mayor intensidad de un daño moral único”*, firmando en consecuencia que *“[n]o es que haya dos daños morales, sino uno solo, más intenso”*, encontrándose en la práctica que de *“aplicar[se] la doctrina que considera que son dos daños diferentes, los límites establecidos previamente se rompen”*, tesis que se comparte, y en tal sentido debe considerarse la posibilidad de desechar definitivamente la acumulación homogénea y proceder con un aumento de la compensación atendiendo a los vínculos y parentesco, y para casos como el de la pérdida de dos padres, que es lo que plantea en el ejemplo Tamayo, acudir al perjuicio vida de relación, ya que no es

---

a esa idea, y el artículo 95 del Código Penal de 1936 y el artículo 106 del Código de 1980 se redactaron bajo la premisa de la intensidad del dolor moral, por la pérdida de un solo ser querido, no de varios.

La solución de acumular perjuicios morales no es asunto nuevo.

(...)

Tal como se ve, no se trata de una simple consideración de tomar el daño moral en el sentido natural, sino como una consecuencia jurídica que obedece a un supuesto. De allí que frente a varias consecuencias jurídicas también se predique igual número de supuestos; en otros términos, al poner fin a varias vidas humanas el correlato lógico constituye, sin lugar a dudas, una pluralidad de daños (consecuencias jurídicas), que como dice la Corte en la sentencia que se acaba de indicar, “no autoriza para concluir que esas lesiones diferentes se vuelvan por ese motivo una sola; los dos daños son distintas, la satisfacción también debe ser distinta”.

descabellado concluir que a la pérdida de los dos padres se altera de manera grave las condiciones de existencia o la vida en las relaciones familiares.

Se considera que las reglas de la experiencia son un instrumento argumentativo válido que sumado a los indicios y la razón permiten al Juez realizar el mandato constitucional de la justicia material y no limitar el derecho a la compensación, o privar al verdadero interesado de obtener por parte de la administración de justicia un reproche o equidad frente a ciertos actos que basados en la experiencia si generan congoja, zozobra, humillación, indignación, tristeza e incertidumbre, pues “[n]o nos cansaremos de repetirlo: el juez declarará la existencia del daño, con base en las reglas de la experiencia y el sentido común de su propia vida” (Tamayo, 2007, p. 341); siendo el caso situaciones particulares como ver frustrada la posibilidad real de finalizar los estudios superiores, realizar un viaje, terminar en el plazo esperado estudios universitarios, etc., pues en el caso de los estudios superiores, ningún profesional o estudiante universitario puede negar la importancia y relevancia que ha dicho proyecto se otorga, al cual no pocas veces se le brinda mayor esfuerzo y tiempo que a una relación sentimental, de amistad, hobby e incluso se sacrifica tiempo de la familia<sup>83</sup>.

En ese orden de ideas, tal como se procedió con la privación injusta de la libertad, la muerte y las lesiones, la jurisdicción debería considerar que quien por el hecho dañoso vio truncada la

---

<sup>83</sup> En igual sentido, la Sala considera que los perjuicios morales reconocidos por el *a quo* a los demandantes María(...), Eliana (...) y Carlos (...), en su calidad de víctimas directas del daño sufrido en cuantía de 30 salarios mínimos mensuales vigentes a cada uno de ellos, no se ajustan a los criterios jurisprudenciales anteriormente expuestos, en la medida que si bien fueron ellos quienes vieron frustradas sus aspiraciones de culminar los estudios universitarios y posteriormente poder ejercer la profesión escogida- Administración Comercial- no obra en el expediente prueba que demuestre que dicho daño generó en ellos sentimientos de tristeza y frustración, pues como se ha dejado expuesto en casos como el *sub lite* la causación del perjuicio moral no se presume sino que su ocurrencia debe estar plenamente demostrada en el proceso y ante una ausencia de prueba que los acredite serán revocados”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 9 de julio de 2014, Exp. 29456.

realización de su proyecto de vida, también surge un perjuicio moral que merece ser compensado, teniendo en cuenta eso sí, el tiempo en que dicha limitante perdurara, la capacidad de la persona para posteriormente realizarla, el tiempo de satisfacción del objetivo, en conclusión, valorando la verdadera dimensión del perjuicio además de su cuantía<sup>84</sup>.

Para ilustrar lo anterior, como ejemplo, supóngase que un estudiante universitario de sexto semestre de ingeniería, para el día en que debía presentarse a legalizar su matrícula fue atropellado y tardó alrededor de 15 días para recuperarse, siendo la Universidad estricta, no permite al estudiante matricularse y por ello no puede realizar estudios ese semestre. En este caso el Juez entenderá que el estudiante realmente perderá la posibilidad de continuar con sus compañeros, de seguir su vida estudiantil y eventualmente aplazar la posibilidad de realizar su proyecto profesional por lo menos 6 meses más. Sumado a ello, deberá enfrentarse a un cambio de rutina por esos meses académicos en los que deberá asumir otra conducta, v gra. trabajar, estudiar otra cosa que no hace parte de su proyecto de vida o quedarse en casa, situaciones que no generan o deben generar un impacto emocional mayor en la persona, pero que sin lugar a dudas provocan sentimientos de congoja, tristeza, frustración y rabia que deben ser compensados, así estos obedezcan a una simple tasación simbólica y con aires de reproche para aquel que causara el daño<sup>85</sup>, lo que no conlleva la

---

<sup>84</sup> Tal tesis no es extraña en el Consejo de Estado, como se advierte cuando se indica: “En este punto, parece claro que tratándose de un daño moral, por su naturaleza no patrimonial (lesiones a la dignidad de la persona, a sus sentimientos de afección o de estimación, a su reputación y buen nombre, al uso de su propia imagen, etcétera), no son susceptibles de restitución ni de reparación en el sentido estricto del vocablo, porque el daño causado no incide en el patrimonio económico de la víctima (o por lo menos no lesiona directamente ese patrimonio), sino en un valor de naturaleza inmaterial no equivalente en dinero. Pero también parece claro que el concepto de responsabilidad civil -que tiene un sentido ético innegable- no excluye, sino que admite la posibilidad de compensar mediante el pago de una suma de dinero, no sólo el menoscabo patrimonial, sino aquellos valores que la víctima ya no puede obtener en especie como consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso”. Ver: Ignacio Galindo Garfias, “La compensación por daño moral”, en la biblioteca virtual de la UNAM: [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/414/5.pdf>]. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 30 de octubre de 2013, Exp. 27954.

<sup>85</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado haciendo eco de lo expuesto por la doctrina foránea, ha establecido “que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria” y por ende la posibilidad de cualquier medio de prueba, el arbitrio iuris y la razón del artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Sobre el tema se puede consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 12 de mayo de 2011, Exp. 20496.. Y para

aplicación del denominado daño punitivo, sino la materialización de la finalidad resarcitoria y preventiva del derecho de daños<sup>86</sup>.

En este sentido se comparte la postura de diferentes doctrinantes nacionales y extranjeros, de los cuales Obdulio Velásquez concluye que el perjuicio moral en su reconocimiento no se identifica en el proscrito “daño punitivo”, sino a una finalidad compensatoria y sí se quiere satisfactoria de la persona, o de otro modo de ver, dignificante, moral y simbólica de la víctima. Dice en palabras textuales el autor:

[n]o compartimos la tesis del carácter punitivo del daño moral en nuestro derecho, en el que la responsabilidad civil está enmarcada en el principio de reparación del daño, todo el daño y solo el daño. El hecho que muchas acciones judiciales tengan carácter vindicativo, como sostienen TAMAYO JARAMILLO, no corresponde a la naturaleza del daño, sino al proceso judicial, y es por eso que se afirma que el derecho procesal es la forma de la venganza moderna. Además, en la jurisprudencia colombiana, puede afirmarse que hay consenso en que la reparación por el daño moral no tiene carácter punitivo, sino de satisfacción o compensatorio como lo atestiguan reiteradas sentencias de la Corte Suprema de Justicia. De modo expresivo lo dijo la Corte en 1941: “Por más que sea difícil la reparación del daño puramente subjetivo y social, esto no

---

la doctrina, Renato Scognamiglio. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*. traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 46.

<sup>86</sup> “Si se entendiera que la esencia del Derecho de Daños es la prevención de conductas que pueden afectar bienes jurídicos, el Estado jamás habría sido condenado en esas situaciones porque ¡no realizó esas infracciones!; claro, sin que por esto, por supuesto, se olvide que de todos modos tiene obligaciones de solidaridad con las víctimas, que constituye un tema diferente, que el Estado debe cubrir a través de fondos de solidaridad y la misma seguridad social, y de no hacerlo será responsable, ¡no por el atentado terrorista!, sino por desatender sus obligaciones de solidaridad. Simplemente, se ha subvalorado la función de prevención que cumple el Derecho de Daños, ¡que está también para proteger a las víctimas!

Ahora bien, como el tema de la prevención no ha sido foco de atención, por lo anotado, la doctrina se ha ocupado insistentemente del tema del daño, y hay ríos de tinta acerca del tema de la víctima, que como dice BUSNELLI, amenazan desbordar, o desbordaron avasallantemente, los causes de la materia; por su parte, el tema de la prevención, es decir, el de la imputación, ha sido ignorado. El tema de la prevención le es inherente a la imputación, se le imputa a alguien un daño porque se busca prevenir conductas como la del victimario, que provoquen más daños. Así, la imputación está íntimamente ligada, no con el daño, sino con las conductas proscritas porque pueden causar daños, esto porque el Derecho no se refiere o no da órdenes a las cosas, sino que pretende ser una orden de conducta referido a las personas. Como afirma muy acertadamente KELSEN, el Derecho es una construcción con una finalidad exclusiva: la imputación; y esto debería ser algo obvio (aunque no lo es), porque el Derecho es una prescripción de deber ser que se refiere exclusivamente a la actuación de las personas, no del mundo en general, no prescribe para entes inanimados o la naturaleza”. Domínguez, 2018, p. 26

implica que haya de quedar sin una satisfacción de orden puramente pecuniario, como así la llama JOSSE RAND y con él otros expositores<sup>87</sup>.

Respecto de lo anterior, la doctrina autorizada afirma que para

que exista un fallo condenatorio basta la prueba de que la víctima ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la acción lesiva del demandado. Desde que el juez tenga la íntima convicción de que ese daño ha existido o existirá, no podrá abstenerse de condenar so pretexto de que no aparece suficientemente cuantificado. Esta solución que fuera muy discutida anteriormente, es pacífica actualmente en nuestro derecho, pues el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 impuso al juez la obligación de fijar el monto indemnizable acudiendo a la equidad como criterio de cuantificación. En consecuencia, si no es posible determinar con exactitud matemática la cuantía del daño, el juez deberá condenar *ex aequo et bono*, es decir, será su sano criterio el que le permitirá en equidad fijar una indemnización (Tamayo, 2007, p. 338).

Y por su parte, Juan Carlos Henao expone:

...tiene por objeto calmar o confortar al demandante por su angustia mental, sus sentimientos heridos, su vergüenza, degradación u otras agravaciones del daño original, o castigar al demandado por su mala conducta o hacer de él un ejemplo, razón por la cual se llaman ‘punitivos’ o ‘vindicativos’. A diferencia de los daños compensatorios, aquellos están basados en una consideración de política pública, cual es la de castigar al demandado para hacer de él un ejemplo para los infractores similares, como se ha mencionado”.

(...) Para que proceda el daño punitivo se requiere, entonces, la existencia del *intent*, es decir, de la intención de causar un perjuicio, o de la *malice*, es decir, de la actuación ultrajante, ofensiva o desenfrenada por parte del demandado. En varios eventos se puede presentar la figura, siempre que se reúnan los requisitos ya anotados: cuando existió agresión física (*battery*); cuando hubo difamación (*defamation*); cuando se inició maliciosamente un proceso; cuando se dieron falsas declaraciones respecto del comercio de otro o, por ejemplo, cuando se incurrió en una conducta temeraria (*reckless conduct*), como conducir embriagado.

---

<sup>87</sup> Cit. C S J, Sala de Negocios Generales, sent, 23 de abril de 1941.G.J t. XLI, p. 786; igualmente se remite por el auto a C S J, Sala de Negocios Generales, sent. 12 de marzo de 1937, G.J, t. XLIV, p. 856; y 15 de marzo de 1941, G.J, t. L. p. 786; Obdulio Velásquez. 2013, pp. 296 - 297

...por el contrario, en el sistema anglosajón, además de tenerse el objetivo anterior, se pretende como política pública utilizar la sanción económica al responsable para que ella sirva de reguladora de la conducta social. (1998, pp. 46 – 47)

En ese orden de ideas, es posible admitirse que el principio indemnizatorio que tanto se discute por la doctrina y la jurisprudencia en tanto se

indemniza el daño y nada más que el daño” se relativiza tratándose de los perjuicios morales y por ello debe reconocerse que el daño punitivo “bajo ciertas condiciones tendría un buen efecto preventivo del daño. En efecto, en no pocas oportunidades, los individuos, conscientes de la lentitud de la justicia, o de la inexistencia de daños indemnizables, olímpicamente desconocen sus deberes legales y sus obligaciones contractuales, lo que genera un enorme desequilibrio jurídico. Por ello, creemos que cuando el daño es ínfimo o inexistente, pero el juez advierte el descaro con que el demandado ha actuado mortificando a la víctima, sería conveniente una indemnización ejemplarizante en favor del perjuicio. Solo en esa forma se podría conseguir un adecuado comportamiento de los ciudadanos. Desde luego, nunca sería recomendable el otorgamiento de sumas fabulosas como lo hacen los tribunales norteamericanos” (Tamayo, 2007, p. 437).

En consecuencia, más que reconocer el daño punitivo en los términos en que se emplea por los Jueces Americanos<sup>88</sup>, lo procedente es atender al reconocimiento de compensaciones pecuniarias o incluso no pecuniarias como un acto de reproche y reivindicativo de derechos de la víctima sin ser necesario incurrir a sumas exageradas, cuando se advierta conducta dolosa, gravemente culposa o malicia.

---

<sup>88</sup> “Finalmente, cabe observar que en el derecho norteamericano existe una indemnización muy particular, denominada ‘daños punitivos’. Ella tiene un carácter sancionatorio en favor de la víctima cuando el responsable ha actuado dolosamente o con culpa grave, y explica las indemnizaciones millonadas otorgadas por los jueces norteamericanos pese a que el daño sufrido tenga un valor mínimo”. (Tamayo, 2007, p. 473).

Pasando a otro aspecto del perjuicio moral, en algunas oportunidades la jurisdicción incurre en contradicciones que también deberían ser zanjadas, como en casos particulares en que exige, como ya se advirtió, el registro civil como única o suficiente prueba para el parentesco y poder reconocer a las víctimas como parientes y que opere así la presunción<sup>89</sup>, accediendo como consecuencia de ello a las sumas correspondientes y de no presentarse el referido documento, de probarse afectos de quien alega el parentesco, simplemente se condena como tercero perjudicado y en su valor correspondiente<sup>90</sup>. En otras oportunidades, se alega ser padre, madre, hermanos o abuelos de

---

<sup>89</sup> “En relación con la indemnización de perjuicios morales solicitados por (...), quienes demandaron en su calidad de hermanas de la víctima directa, ha de decirse que se negarán, porque en el proceso no está acreditada dicha calidad, al no obrar los respectivos Registros Civiles de Nacimiento.

De otra parte, tampoco es posible reconocérseles el carácter de damnificadas, puesto que la única prueba que obra en el proceso que hace referencia a la conformación del grupo familiar y a los vínculos afectivos, como es el testimonio de Aida Leli Jiménez Cruz (fol. 220 del C. de P.), para nada las menciona”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 15 de septiembre de 2011, Exp. 20196.

<sup>90</sup> Por ejemplo: “Pues bien, la Ley establece una solemnidad probatoria en materia de acreditación del parentesco, es decir, exige que se pruebe la relación de parentesco con la presentación del registro civil en el cual conste el nombre de las personas respecto de las cuales se pretende acreditar dicha relación, sin que exista posibilidad alguna de suplir dicha prueba mediante otros medios probatorios.  
(...)

De acuerdo con lo anterior, la Sala advierte que el registro civil de nacimiento constituye el medio idóneo y suficiente para probar el parentesco; por tanto, su ausencia configura la falta de legitimación en la causa (en este caso por activa) y también tiene incidencia en la determinación de la indemnización pretendida en el marco de la acción de reparación directa, puesto que permite dar aplicación a la presunción de dolor y sufrimiento de los familiares más cercanos de la víctima del daño antijurídico alegado y determinar la edad de la misma para efectos de establecer el monto de los perjuicios materiales que se pudieran derivar de dicho daño.

Así las cosas, la Sala no reconocerá indemnización por este perjuicio a favor de los hermanos y de los padres de Carlos Alberto Uribe Lemus y de Leticia López Santos, toda vez que en el expediente no obran los registros civiles de nacimiento de estos dos últimos, con los cuales se puede acreditar la calidad que aducen aquellos otros.

Ahora, se ha aceptado que, cuando una persona no acredita formalmente el parentesco con la víctima, puede ser indemnizada como tercero damnificado, siempre y cuando demuestre el daño, pues frente a éste el perjuicio moral no se presume.

En relación con la condición de tercero damnificado, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en los procesos de responsabilidad se indemniza a los damnificados por el perjuicio que les hubiere causado la privación de la libertad de la que fue objeto la víctima o porque el hecho hubiere afectado sus condiciones normales de subsistencia. En los eventos en los cuales se demuestre que el demandante era el padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima, ese perjuicio se infiere del vínculo de parentesco; en cambio, cuando no se acreditan esas calidades, el perjuicio moral o patrimonial debe acreditarse a través de cualquier medio de prueba”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de agosto de 2016, Exp. 38744.

En otra oportunidad se dice: “En este orden de ideas, en relación con los perjuicios morales reconocidos, encuentra esta Sala que los demandantes Martha Rocío Cárdenas Valencia y José Noel Amaya Cárdenas no acreditaron su parentesco con la víctima directa del daño, en sus alegadas condiciones de madre y hermano respectivamente, no obstante a partir de testimonios que hacen parte del proceso se encuentra demostrado que las mencionadas personas se tienen como terceros damnificados, comoquiera que a partir del hecho dañoso resultaron afectadas sus condiciones normales de subsistencia, tanto en su esfera patrimonial como moral, razones suficientes que daban lugar al reconocimiento de los perjuicios morales para cada una de ellas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 27 de junio de 2012, Exp. 22683.

crianza o adoptivos –sin prueba de la adopción- y de probarse la supuesta convivencia, el afecto, etc., se procede a reconocerse como tales y por ende el perjuicio se liquida en lo que corresponde al padre, madre, abuelos o hermanos biológicos<sup>91</sup>, reconociéndose así la realidad de lo que se pueden constituir las relaciones sociales y la familia.

Finalmente, no sobra recordar que la jurisprudencia abandona por completo el juicio, test o “principio” de proporcionalidad<sup>92</sup> a efectos de valorar y tasar los perjuicios morales, imponiéndose en la actualidad la *ratio iuris*, para lo cual, el Juez ahora tiene las reglas previstas en las sentencias del 28 de agosto de 2014 para razonar su decisión en los casos particulares de la muerte, lesiones y privación injusta de la libertad, pero que puede echar mano de ellas para en un análisis racional, equiparar la tabla para, por ejemplo, la privación de la libertad con los términos que dure una

---

<sup>91</sup> En esta oportunidad pese a que se encontraba probado la ausencia de la relación filial o parentesco, el Consejo de Estado reconoció basado en testimonios, la existencia de una relación de hermanos más allá de la simple consanguinidad y accedió al reconocimiento de las víctimas en calidad similar a hermanas, no como simples terceros, liquidando el perjuicio en el porcentaje equivalente al 50%, es decir como segundo grado de parentesco o 2 nivel. Se dijo en esa oportunidad: “Ahora bien, en la demanda se solicitó el pago de perjuicios morales a (...), sobrinas de Alcides (...). Obed (...), quien conoce al demandante hace seis años, declaró que las sobrinas (...) son consideradas como hermanas de este porque fueron criadas por el padre de la víctima directa, convivieron con su familia desde pequeñas y se vieron afectadas con la privación de su libertad (f. 11 y 12 c. 3). En igual sentido declaró Dioваны (...), quien fue vecino del demandante (f. 13 y 14 c.3).

Los declarantes, en razón a su cercanía, conocieron las relaciones afectivas y familiares de Alcides Uribe Obando y coincidieron en el daño moral padecido por María (...) y Orfa (...), por ello merecen credibilidad.

Demostrada la relación de parentesco y afecto, con base en los criterios arriba expuestos, el monto de los perjuicios morales será de 90 SMLMV para la víctima directa, María (...), Marlon (...) y Yury (...) y 45 SMLMV para Marleny (...), María (...) y Orfa (...). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 7 de julio de 2016, Exp. 41655.

<sup>92</sup> Los perjuicios morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son commensurables.

Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad (...). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 14 de marzo de 2012, Exp. 21859.

Sobre el test, juicio o principio de proporcionalidad puede consultarse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 23 de mayo de 2012, Exp. 41142.

investigación, una detención ilegal o incluso un secuestro –teniendo en este último caso en cuenta el incremento por violación a derechos humanos de ser el caso-.

## **b. El perjuicio “daño a la salud”**

### **b. 1 Definición del concepto perjuicio “daño a la salud”**

La jurisprudencia del Consejo de Estado venía reconociendo una serie de perjuicios de manera autónoma, los cuales analizados de manera individual llevaban a la conclusión que se estaba presentando una doble indemnización fundada en la misma causa, o si se quiere, se tenía como fuente del deber de reparar una misma causa, reprochándose que entre los denominados daño a la vida de relación, alteración a las condiciones de existencia y el daño fisiológico, existía una identidad que hacía no solo confusa la actividad judicial, sino que en no pocas ocasiones generaban una reparación injusta, en cuanto se tomaban criterios y conceptos genéricos de la persona para indemnizar en detrimento del patrimonio del declarado responsable. De esa manera, se tenía una serie de perjuicios que componen en realidad una misma esfera del ser humano, muchas veces sumándose un mayor catálogo como el perjuicio estético, sexual y psicológico<sup>93</sup>, lo que al final permitía que los jueces aumentaran de manera injustificada los montos de las indemnizaciones.

En su constante evolución, el derecho de daños, buscando justificar tanto la necesidad como la posibilidad de resarcir en su integridad a la víctima, edificó en sus inicios un criterio patrimonial

---

<sup>93</sup> “Se argumenta que el daño a la salud como una categoría del daño extrapatrimonial (inmaterial) adquiere concreción y delimitación y, desde el punto de vista ontológico, impide que existan una multiplicidad de categorías resarcitorias, al comprender los aspectos físicos y psíquicos, no podrá subdividirse en diversas expresiones -daño estético, daño sexual, daño relaciona, familiar, daño relacional social o daño psicológico- (...)”. (Pantoja, 2015, p. 417).

de los perjuicios, acudiendo en algunos casos “a tergiversar el mismo concepto de patrimonialidad para ampliarlo afirmando que lo medible, bajo cualquier criterio, desde que sea medible, es patrimonial, para así hacer encajar al daño a la salud dentro de la norma genérica que permite la reparación de lo patrimonial. O la otra opción, igual de artificiosa y uno de los orígenes de la división entre daño y perjuicio, era la de explicar que lo inmaterial de la cuestión era el daño, pero los perjuicios eran corte material o patrimonial, por lo que estos últimos resultan siendo indemnizables”<sup>94</sup>.

En no pocas oportunidades se afirmaba por la doctrina y la jurisprudencia, tal como lo advierte Domínguez (2018, p. 433), que era posible reconocer que “un daño pueda tener naturaleza patrimonial aun cuando el bien o interés lesionado no la tenga. Por el contrario, el daño no patrimonial será aquél que no sea susceptible de una valoración directa y que no responda a criterios objetivos y constantes, como sucede en el evento típico del daño moral (...)”<sup>95</sup>, esto con el fin de sustentar la existencia de un perjuicio de carácter inmaterial como es el de la salud y su posibilidad de resarcimiento, afirmándose por la doctrina, con el ánimo de rescatar o vincular un carácter objetivo y medible que permitiera sustentar “la naturaleza patrimonial del daño a la salud, conclusión a la que llegó con el auxilio y los avances de la ciencia médica, que ofreció la posibilidad de convertir el hecho concreto de una lesión a la integridad en un daño susceptible de ser medido científicamente, aunque de forma convencional, y que logra reflejar la incidencia de

---

<sup>94</sup> Henao, 1998, p. 277

<sup>95</sup> Henao, 1998, p. 278

*dicha lesión en la función vital del sujeto*”<sup>96</sup>, todo con el fin de sustentar la viabilidad de un perjuicio autónomo, diferente al moral<sup>97</sup>.

La discusión como lo advierte la profesora Milagros Koteich (2012, pp. 93 – 94), no solo se presentó en la jurisprudencia y doctrina colombiana, sino incluso en otras latitudes se llamó a la reflexión respecto a la necesidad de orientar el resarcimiento del derecho a la integridad psicofísica de manera autónoma, explorándose para ello diferentes puntos de vista, *“partiendo de una configuración de la persona humana como bien patrimonial (bajo la óptica de la llamada “vida de relación”) o -con una fórmula aún más patrimonialista- entendiéndola como un capital que se resarce y se reintegra con una suma de dinero”*<sup>98</sup>; lo que critica la autora, obedecía a una apreciación errada y a la naturaleza del derecho a la salud; yerro que por su parte atendía al hecho que *“el daño a la “vida de relación” o la “lesión a la capacidad laboral” -absorbidos en la década de los 90 por el daño a la salud- fueron elevados por la jurisprudencia italiana con el objeto de restaurar o conservar la posición socio-económica que ostentaba el lesionado antes del hecho lesivo; lo que resulta en que la entidad del resarcimiento era directamente proporcional a la consistencia de los ingresos del lesionado y a la importancia de su condición social”*<sup>99</sup>, cuando la esencia del derecho a la salud y su consecuente resarcimiento obedece a su integridad y a *“la dignidad social” del lesionado, lo cual se logra precisamente tutelando el derecho a la salud*”<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Henao, 1998, p. 278

<sup>97</sup> Al respecto indica Juan Carlos Henao “De esta posición vale la pena resaltar que a pesar de afirmar que no procede la reparación de las alteraciones en las condiciones de existencia, sí pueden ser tenidas en cuenta para efectos de elevar el monto tradicional del daño moral. Con tal posición el Consejo de Estado muestra que sí existe una razón para afirmar que hay un rubro del perjuicio extrapatrimonial que no se indemniza en Colombia: alteraciones en las condiciones de existencia en caso de lesiones o de muerte de personas sufridas por quien no fue lesionado o muerto. En efecto, si en esta situación se requiere elevar el monto del daño moral es porque hay otro daño que no es por el momento indemnizado: las alteraciones en las condiciones de existencia del derecho francés”. (1998, PP. 277 – 279).

<sup>98</sup> Ibidem

<sup>99</sup> Ibidem

<sup>100</sup> Ibidem

A partir del escenario conflictivo y sin una verdadera coherencia en el derecho de daños, la doctrina y la jurisprudencia iniciaron la crítica a tan amplio espectro de posibilidades, llevando a que el Consejo de Estado, el 14 de septiembre de 2011 en los procesos radicados con los números 38.222 y 19.031, profiriera las reconocidas sentencias gemelas y en ellas se desarrollara el “daño a la salud” como perjuicio autónomo, que recogiera todas aquellas series de perjuicios que individualmente se refirieran a la corporeidad, a la fisiología, integridad psicofísica y en general a la salud, dirigiendo todos los otros –daño a la vida de relación o condiciones de existencia, la honra, etc.- al bloque de afectación a derechos constitucional y convencionales que también se habría camino.

Recuerda Enrique Gil (2013, p. 288)<sup>101</sup>, ex Consejo y ponente de las providencias que:

[...] De modo que, el «daño a la salud» —esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica— ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (C. P., art. 49) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v. gr., la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

” Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

”Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño

---

<sup>101</sup>Igualmente se reitera la tesis sentencia de Unificación Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170.

a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, comoquiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v. gr., Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad”.

Previo al pronunciamiento citado, se esbozaba por la jurisprudencia una serie de perjuicios que ampliaban de manera irracional el objeto de la reparación, trayendo consigo una actividad judicial con alto riesgo al desborde en el análisis de la responsabilidad, así como una constante imaginación y creatividad al momento de reconocer perjuicios de manera autónoma, siendo uno de los principales y el que mejor se identificó, el denominado perjuicio fisiológico, la cual encontró importante desarrollo jurisprudencial en la ponencia del Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros, del 13 de junio de 1997, expediente 12499, en el que se exponen características del aludido perjuicio así:

- “1. Los perjuicios fisiológicos son de inspiración eminentemente jurisprudencial, pues en la legislación no existe norma que los consagre expresamente (...)
2. No corresponden a una entidad jurídica propia, pues se conforman a la vez de perjuicios morales y materiales (...).
3. Pertenecen a una categoría intermedia ubicados en el punto donde confluyen los dos rubros tradicionales (...).
4. Por los perfiles aquí anotados, los perjuicios fisiológicos sólo se deben apreciar estudiando el caso concreto (...).
5. Ahora bien, para la tasación misma de los perjuicios fisiológicos se debe tener en cuenta su naturaleza jurídica ya que, en cuanto a materiales que son,

pueden ser resarcidos con el precio equivalente al salario de una enfermera, la dotación de silla de ruedas o el costo de la instrucción de un nuevo pasatiempo que sustituya aquél que resulta afectado; y en cuanto participan de la naturaleza de los perjuicios morales, esto es el dolor intenso e incalculable que representa la pérdida del goce de vivir”

Posteriormente, el 19 de julio de 2000 en el radicado 11842<sup>102</sup>, la Sección Tercera del Consejo de Estado realizó un análisis del perjuicio fisiológico a partir del alcance del concepto y desde su perspectiva francesa, bajo el nombre del perjuicio de agrado o de alteración a las condiciones de existencia, elaborando una interesante disertación al respecto, concluyendo que la tesis que mejor se acomoda a la finalidad que se pretende resarcir por parte de la Corporación, es la que encuentra contenido en la teoría del perjuicio a la vida de relación, con origen en la teoría italiana.

En la referida providencia se expuso

Por lo demás, la Sala ha seguido usando la expresión citada, asimilándola a la de daño a la vida de relación, en fallos posteriores. Tal vez por esta razón y por el hecho de que, hasta ahora, sólo se ha reconocido la existencia de un perjuicio extrapatrimonial diferente del moral, en casos de lesiones corporales que producen alteraciones a nivel orgánico, el profesor Juan Carlos Henao Pérez expresa que “no es extraño que el campo de aplicación del daño fisiológico lo constituya el de daños físicos sobre la persona... En todos estos eventos la lesión física supone la pérdida de una oportunidad del goce de la vida y la privación de vivir en igualdad de condiciones que los congéneres”

Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral – es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma,

---

<sup>102</sup> <http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=ce-sca-sec3-19-jul-2000.pdf>

sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.

El 28 de agosto de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado, decidió en Sala Plena unificar los criterios respecto al reconocimiento del perjuicio autónomo del daño a la salud, en el cual se incluían todas las circunstancias y alteraciones psicofísicas que padeciera el ser humano, toda vez que esta *“reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc.”*<sup>103</sup>; por tanto *“cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional”*<sup>104</sup>; siendo entonces el criterio unificador, que el nuevo perjuicio desplazará las demás categorías de perjuicios inmateriales retomando la tesis expuesta en las sentencias con radicados 38222 y 19031 del 14 de septiembre de 2011, entrando a ser parte exclusiva de los conceptos indemnizatorios inmateriales reconocidos en Colombia, junto con el moral y los daños a derechos constitucional y convencionales.

## **b .2 Legitimación en la causa o interés para reclamar**

El perjuicio se reconoce exclusivamente a la denominada víctima directa o lesionado, en cuanto es a este exclusivamente a quien se le ve afectado su integridad psicofísica o fisiológica, siendo en consecuencia quien se ve afectado en su salud, razón por la cual se excluyen de esta posibilidad,

---

<sup>103</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2011. Exp. 38222 y 19031.

<sup>104</sup> ibidem

en principio a las demás víctimas<sup>105</sup>. En ese orden de ideas, el cuadro de baremos no se encuentra desarrollado a partir de niveles de parentesco y relación afectiva, sino que solo atiende a una característica objetiva de la pérdida o merma de la capacidad laboral, elaborando dos criterios de tasación frente a la víctima de la lesión, la cual tiene en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral calificada y la otra sería a partir del análisis subjetivo que realice el juez con fundamento en criterios preestablecidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre otros que igual puede apreciar el juez.

Pueden presentarse ciertos eventos en que la lesión sea de tal dimensión que esta influya en la salud de otras víctimas o terceros, por lo que debe apreciarse tal circunstancias y de ser el caso indemnizar; conclusión que también puede desprenderse de la muerte de un ser querido, cuyos efectos repercuten en la salud de otras víctimas, las cuales a partir del daño (muerte) ven seriamente afectada su salud a causa de graves sufrimientos, tristeza, depresión y en general, efectos de carácter psicossomáticos<sup>106</sup> que de derivaron de la pérdida de un ser querido.

---

<sup>105</sup> La excepción se presentaría en casos en que los padecimientos que originalmente se tornan en un perjuicio moral, son de tal dimensión que repercuten en la salud, tornándose en efectos psicossomáticos. Otro ejemplo correspondería al llamado ius hereditario, en el cual en realidad se continúa reconociendo a la víctima directa, pero a la ausencia de esta, los herederos la pretenden. Al respecto se lee de la doctrina:

“Cuando la víctima directa no fallece instantáneamente es muy probable que haya sufrido perjuicios fisiológicos que, desde luego, pueden ser cobrados por vía hereditaria. Piénsese en el deportista que permanece lesionado en una cama durante meses o años sin poder practicar su actividad deportiva y sin que haya logrado recibir la indemnización del perjuicio fisiológico. En ese caso, los herederos pueden cobrar la indemnización de acuerdo con todo lo que en esta sección hemos visto”. (Tamayo, 2007, pp. 995 – 996).

<sup>106</sup> “Se califica como psicossomático al trastorno psicológico que genera un efecto físico, provocando alguna consecuencia en el organismo. Puede decirse, por lo tanto, que una afección psicossomática se origina en la psiquis y después ejerce una cierta influencia en el cuerpo.

Dicho de otra manera, calificar una enfermedad o una dolencia como psicossomática supone atribuirle una causa emocional. De todos modos, saber con exactitud qué tan importante es la mente en el desarrollo del trastorno en cuestión resulta imposible para la ciencia ya que entran en juego diferentes variables que no pueden cuantificarse”. <https://definicion.de/psicosomatico/>

### **b. 3 Valoración y liquidación del perjuicio “daño a la salud”**

Como criterios de tasación del perjuicio, se tendrán un ámbito o espectro objetivo o estático del daño que *“se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme”* y un contenido dinámico que consiste en *“las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular”*, estableciéndose una relación porcentual directamente proporcional entre el porcentaje de la pérdida de capacidad con la suma tasada en salarios mínimos”, pero en los casos *“en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV. pues este es el tope-sumado el ámbito estático y dinámico-del daño a la salud”*<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Se considera que el análisis estático y dinámico, obedece igualmente a criterios ya expuestos por la doctrina foránea, consultándose nuevamente a Italia y Francia, que son la fuente doctrinal del perjuicio. Al respecto Dice Diana Rueda: “Así, el Consejo de Estado ha tenido en cuenta que todos los casos de lesiones psicofísicas son diferentes, en cuanto a las alteraciones específicas en la vida de la víctima no sólo con su entorno propio sino con la sociedad, y en esa medida, el monto tendría que aumentar dependiendo de las circunstancias específicas del caso concreto, todo lo cual es reflejo directo de las siguientes doctrinas jurídicas:

- En Italia, el daño a la salud está constituido por la lesión psicofísica en sí misma considerada, a la cual, luego de atribuírsele un porcentaje, se le asigna un valor, que puede incrementarse posteriormente según las condiciones particulares de la víctima, lo cual ha recibido el nombre de componente “estático” (constituido por el déficit funcional -Liquidado según las tablas creadas por la jurisprudencia para ese fin-), y componente “dinámico” (constituido por todas las consecuencias no patrimoniales que sobre la vida de la víctima origina la lesión - Liquidado con base en la equidad).
- En Francia, el perjuicio fisiológico (daño a la salud en Colombia), está referido a dos elementos correlativos: uno cuantitativo, aportado por la medicina legal con base en una tasa de déficit funcional; y el otro cualitativo, relacionado con el malestar que la lesión acarrea en la vida de la víctima”. (Rueda, 2015, pp. 183 – 184).

Las sentencias que asumieron el estudio del daño a la salud el 28 de agosto de 2014, se dividieron en dos bloques, las contenidas en los radicados 31170 y 28832, en las que se realizaban el reconocimiento y liquidación atendiendo a la regla general (máximo de 100 smlmv) y las proferidas dentro de los procesos con radicados 28804 y 31172 en las cuales se aplicó la regla de excepción (400 smlmv).

El perjuicio y forma de liquidación se presentaron de la siguiente manera:

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

“Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

- La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.

- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables 13 referidas”.

Es menester señalar que el Consejo de Estado ha establecido como un criterio objetivo dentro del análisis y tasación del perjuicio la pérdida de la capacidad laboral, para lo cual sería necesario contar con el resultado de la Junta de Calificación, y si bien en la sentencia no se impone como obligación o carga probatoria de contar con esta, lo cierto es que en la práctica se presenta necesaria, ya que el propio sistema indemnización o tasación que contiene las sentencias se expresan en porcentajes de pérdida de capacidad laboral, que por Ley solo pueden ser expedidas por las juntas regionales de calificación, EPS, Colpensiones o algunas Universidades facultadas para ello<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005; y por el Decreto 019 del 10 de enero de 2012, artículo 142.

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades

Lo anterior no significa en modo alguno que el Juez pueda abstenerse de condenar o reparar bajo el argumento de no contar con la prueba, sino que se vuelve en un llamado para los litigantes con el fin de que se cuente con esta calificación para posibilitar la labor de la liquidación además de mayor objetividad, por lo que la prueba es útil tanto para la parte demandante como para la demandada, ya que con dicha calificación podrán dar mayor precisión a las pretensiones por perjuicio a la salud y controvertir las elevadas sumas que por lo general solo se basan en argumentos lastimeros y exagerados de los litigantes.

En algunas oportunidades, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha reclamado con mayor severidad la prueba de la pérdida o merma de la capacidad laboral, hasta tal punto que basa en su existencia la prosperidad de la pretensión, pero como se sostiene en este trabajo, de aceptarse la tesis de separar el daño del perjuicio, o en otras palabras, la lesión de su consecuencia -daño a la salud-, probado el primero el segundo debe reconocerse, o se presentaría una inequidad y negación real y material de justicia. Igualmente, se considera que resulta excesivo afirmar que *“el daño a la salud no se presume y requiere de pruebas directas o indirectas que lleven al convencimiento en relación con la alteración sicofísica padecida por la víctima”*<sup>109</sup>, ya que lo que realmente no se presume es el daño, por lo que su consecuencia, dependiendo de la magnitud de la lesión, puede bajo reglas de la experiencia presumirse o mejor aún, con fundamento en la prueba indiciaria puede evidenciarse este perjuicio, como es el caso de la alteración de una función, órgano

---

Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias (...).”

<sup>109</sup> En la providencia, por ejemplo, se sostiene: “De allí que, la Sala no accederá al reconocimiento de este perjuicio, toda vez que no se acreditó una alteración o afectación significativa de la integridad sicofísica de los lesionados. Además, tampoco se probó la alteración a la dimensión subjetiva o dinámica del daño a la salud, esto es, que los demandantes efectivamente no hubieran podido desarrollar deportes o permanecer mucho tiempo de pie luego de las lesiones sufridas.

En este punto es importante precisar que el daño a la salud no se presume y requiere de pruebas directas o indirectas que lleven al convencimiento en relación con la alteración sicofísica padecida por la víctima, sin que pueda simplemente inferirse por el juzgador”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 12 de octubre de 2017, Exp. 39354.

o miembro, tales circunstancias evidencian el daño, sin ser necesario acreditar la pérdida de capacidad laboral para concluir que la integridad física resultó afectada o cuando se termina estéril, lo que no genera realmente una pérdida de capacidad laboral, pero si demuestra la pérdida de una función y alteración de un órgano. Lo que realmente se reclama en la mayoría de los casos, es la prueba -directa o indirecta- que permita elementos para que el juez sustente la tasación del perjuicio, pero incluso en estos casos no se debe apartar del deber de resolver y mucho menos de indemnizar, pues así lo impone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en cuanto permite que la decisión se profiera en equidad y en todo caso, cualquier reconocimiento, es mejor que ninguna indemnización<sup>110</sup>.

Sin embargo, se reitera que la falta de la calificación no es óbice para negar el resarcimiento, toda vez que como se expuso líneas atrás, de no contarse con esta, pero acreditado el daño, como lo es la lesión o trauma -eventos que dan lugar al daño a la salud-, el Juez puede tasar el perjuicio echando mano de otros elementos y pruebas, que le permitan graduar o valorar la magnitud y repercusión de la lesión<sup>111</sup>, sin que esto signifique que se trate de remplazar la calificación o establecer por su cuenta un porcentaje, toda vez que esta no es su área ni el alcance de la función judicial; lo que aquí simplemente se avalaría es que no se deje sin reparar el perjuicio que por lógica se deriva de la lesión causada, por lo que si esta se presenta elevada o poca, a juicio de la

---

<sup>110</sup> “En sus sentencias, partiendo de una noción particularmente amplia de daño no patrimonial que incluya cualquier “perjuicio a la persona no susceptible de valoración económica”, la Sala Plena establece que éste es resarcible tanto en los casos previstos por la ley, como en los casos de lesión grave de un derecho inviolable de la persona causante de un perjuicio “no fútil”, liquidable con base en una valoración unitaria y omnicomprendiva de todas las consecuencias perjudiciales derivadas del hecho ilícito y sin duplicaciones, debiendo ser siempre alegado y probado debidamente por parte de quien exige su resarcimiento, incluso mediante presunciones simples (ex art. 2727 C.C) y las nociones de experiencia común (ex art. 115 C.P.C)”. Milagros, 2015, p. 61

<sup>111</sup> “Teniendo en cuenta que en el proceso no obra prueba alguna que determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la señora Ana Cecilia Cassab, para realizar la liquidación la Sala seguirá el criterio objetivo establecido en el Decreto 692 de 1995, vigente en la época de los hechos, en el cual, se señaló: “[A] la persona con riñón único por cualquier causa debe asignársele 5.0% de deficiencia global, ya que ha tenido una pérdida estructural de un órgano esencial”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 3 de octubre de 2016, Exp. 31159.

respectiva parte, no sería un tema de prueba sino de valoración y criterio del Juzgador, el cual se deben asumir por las partes al no aportar la prueba que permita establecer con mayor objetividad y razonabilidad la tasación del perjuicio.

En conclusión, el perjuicio denominado por la Sección Tercera daño a la salud, es el resultado del desarrollo de la jurisprudencia de los últimos años en su afán por concretar la existencia de un perjuicio que se centrara en el estudio del ser humano en su dimensión psicofísica, esto es de las afectaciones psicofísicas y fisiológicas<sup>112</sup>, tratándose así de eliminar una serie de perjuicios que lo único que hacían era dificultar la concreción del derecho de daños<sup>113</sup>.

### **c. El perjuicio denominado “afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”**

#### **c. 1 Definición del concepto de perjuicio daños a bienes constitucionales y convencionales**

La dinámica jurídica moderna ha venido reconociendo cada vez con mayor fuerza la presencia de los tratados internacionales como parte integral del derecho interno, pero también como mandato y fuente directa, lo que ha llevado a que el Consejo de Estado de manera reiterada sustente sus providencias a partir de instrumentos internacionales o desde la propia constitución en aplicación

---

<sup>112</sup> Al respecto, señala Santofimio: “Dicho lo anterior, debe reiterarse que el daño a la salud, como “daño integrador y único”, se representa por la lesión en la función vital y relacional del sujeto, lo que permite: (i) la expresión de los principios de dignidad, igualdad y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva” y afirmar que, a idéntica lesión idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado”. (Santofimio, 2017, p. 794).

<sup>113</sup> Del perjuicio daño a la salud, sostiene Santofimio: “Reparación del daño a la salud. Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la integridad psicofísica de la persona, en cuyo caso, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone además que el fundamento del daño radique en principios constitucionales tales como i) la dignidad, ii) la igualdad, iii) la libertad y iv) la solidaridad, como daño no patrimonial”. (Santofimio, 2017, p. 793).

directa, sin mayores rodeos, construyendo en el ejercicio argumentativo el control oficioso de convencionalidad, imponiendo a fuerza del precedente el deber de atender los tratados internacionales, dando aplicación real y materia al artículo 93 Superior el cual dispone que los *“tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”*, advirtiendo la Carta que *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”* (art. 94 CP). Por tanto, la actividad judicial exige en la actualidad<sup>114</sup> y como ha sido desde la vigencia de la Carta de 1991<sup>115</sup>, un ejercicio dinámico y sistemático del análisis del derecho, en el cual se toma como un solo cuerpo los tratados internacionales, la Constitución, la Ley, etc., no siendo ajeno a ello el derecho de daños que como lo advierte de manera reiterada el Consejo de Estado reclama del juez una visión más amplia del derecho y en particular el acogimiento del concepto de *“constitucionalización”* del derecho de daños, erigiéndose el Estado como garante de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> “Lo anterior indica, claramente, que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una “interpretación convencional”, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no “compatibles”, o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional de los derechos humanos, y de derecho internacional humanitario<sup>87</sup>. En esencia dicho control de convencionalidad, en cabeza de los jueces nacionales, se comprende por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

(...)

Así las cosas, la decisión del juez administrativo estará sustentada en la observancia de los instrumentos jurídicos internacionales, bien sea que se encuentren incorporados mediante una ley al ordenamiento nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens, de manera que se consolide el principio de legalidad ampliado, no un simple principio de legalidad sujeto al bloque de constitucionalidad, sino que se invoca su ampliación con base en el bloque de convencionalidad, a cuyos estándares debe obedecer la actuación u operación administrativa en el Estado Social y Democrático de Derecho, mucho más cuando se trata de sujetos de especial protección como sucede en el caso que en esta oportunidad ocupa a la Sala. Lo anterior en atención al bloque internacional de legalidad como parámetro directo de validez de la actuación u operación administrativa”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251.

<sup>115</sup> Pinzón Muñoz, 2015, pp. 239 - 240

<sup>116</sup> Ver entre otros fallos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 10 de agosto de 2015, Exp. 30134.

Producto de la dinámica antes señalada, la Jurisprudencia ha venido reconociendo una serie de derechos, dando otra perspectiva a la responsabilidad extracontractual que va más allá del simple reconocimiento de los tradicionales perjuicios morales y materiales, aceptando en principio la posibilidad de vulnerarse otros derechos y causarse perjuicios diversos a los denominados materiales e inmateriales –morales<sup>117</sup>-, contenidos en otros compendios normativos, por lo que “... *el control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional. Concebido, con mayor precisión, como el “control difuso de convencionalidad”, cuyo destinatario es todo juez nacional quien tiene el deber de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*<sup>118</sup>.

Si bien se puede ver en términos generales como un avance y reconocimiento de la relevancia de los derechos fundamentales, así como la inclusión real del bloque de constitucionalidad dentro del derecho de daños, lo cierto es que al respecto también se han presentado detractores, en tanto se asegura “*que es un retroceso para el derecho de daños, toda vez que vuelve a la incertidumbre al tener en cuenta el contenido abstracto de los derechos humanos fundamentales*”<sup>119</sup> o como se considera igualmente, es introducir dentro del esquema de resarcimiento colombiano, un perjuicio compuesto de un concepto indeterminado y con amplio espectro de desarrollo, el cual simplemente

---

<sup>117</sup> Al respecto señala Pinzón que “Por ese motivo fundamental el trasunto sobre el que se edifica la necesidad de reparar los daños más allá del contenido económico, dimensión reparadora inmaterial, como se verá, por parte de los jueces administrativos, se concibe en la fuerza vinculante no sólo de los instrumentos internacionales, sino de las decisiones que los órganos judiciales de ese mismo orden en materia de derechos humanos, que se concreta a través de la figura del bloque de constitucionalidad”. (2015, p. 240).

<sup>118</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 28 ago. 2014, Exp. 26.251.

<sup>119</sup> Eilynn Susana Durán Ovallos; BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS. Revista Ratio Juris Vol. 11 N.º 23 (julio-diciembre 2016), Unaula, PP. 189-211. Consultado en file:///E:/Users/marboleq/Downloads/91-291-2-PB.pdf 2 de abril de 2018

será empleado para recoger la vulneración de todos aquellos derechos o bienes jurídicos que no puedan explicarse desde el perjuicio material (patrimonio, bienes y utilidad), desde lo moral o de la salud, orientándose el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo a la construcción de un macro perjuicio, apartándose de denominaciones como el daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia, para asumir ahora el de daño a derechos convencionales o constitucionales (Rueda, 2015, pp. 102 - 103).

Se presenta, como lo dice Diana Rueda (2015, p. 111); un simple cambio semántico o de terminología, por cuanto “...podría decirse que con el cambio jurisprudencial del 28 de Agosto de 2014 en relación con este punto, solo se ha incluido un cambio semántico pero la indemnización pareciera seguir tratándose de una “bolsa” en la cual se incluye todos los daños extrapatrimoniales diferentes del moral y del daño a la salud”; posición que puede llevar a no realizar una apropiada reparación o a recaer en el constante dilema de la desigualdad, la inequidad y la inseguridad jurídica.

Como se puede advertir de lo antes expuesto, el perjuicio que ahora se denomina daños a bienes constitucionales y convencionales, no contiene un desarrollo conceptual coherente y que permita identificar con claridad sus características estrictas para su reconocimiento y valoración, pues si bien sobre el tema se han proferido una gran cantidad de sentencias, e incluso como se ha dejado expuesto en este trabajo, es tema de unificación por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los procesos con radicados 26251, 28804 y 32988, lo cierto es que de dichos pronunciamientos solo se pueden concluir una serie de características que han sido reiteradas por la jurisprudencia en los últimos años, pero sin una determinación o concreción conceptual.

De manera reiterada, como características se exponen:

- i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.
- ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.
- iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.
- iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales”<sup>120</sup>.

Igualmente, toma relevancia en un plano procesal características que deben complementar la finalidad del perjuicio y su reconocimiento, en pro de la efectiva aplicación, por lo que plantea Carlos Pinzón (2015, pp. 244 – 245).

...dentro del plano procesal la aplicación inmediata de los preceptos que protegen los intereses constitucionales y convencionales de las víctimas obligan a tener en cuenta las siguientes reglas:

- a) El principio dispositivo debe ceder y convertirse en una tutela judicial efectiva, donde el juez administrativo de oficio debe reconocer los daños inmateriales que en este orden queden demostrados dentro del proceso, aún si la parte no hizo petición de ellos dentro del dossier de la demanda.

---

<sup>120</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 23 de marzo de 2017, Exp. 44173. En similar sentido 9 de marzo de 2016, Exp. 34554; 20 de octubre de 2015, Exp. 35185.

- b) Quedan legitimadas como víctimas tanto el perjudicado directo como su núcleo familiar más cercano, que compagina con la idea de la familia nuclear, al menos hasta el primer grado de consanguinidad, civil, o las relaciones de crianza y de hecho que se han reconocido dentro de la praxis judicial como soporte de la concepción sociológica contemporánea de familia.
- c) En términos generales la jurisprudencia se inclina por considerar que las medidas de reparación serán esencialmente no pecuniarias, sin embargo deja abierta la posibilidad de que sean de tipo indemnizatorio en casos excepcionales, justamente cuando el juez prueba apreciar que se tornan simbólicas y no reparatorias, caso en el cual se autoriza a tasar los perjuicios hasta en 100 SMLMV, claro si por esa misma causa no se ha dispuesto dentro de otra tipología daño a la salud o moral, ya la compensación económica correspondiente.
- d) Como resulta apenas lógico dada la dinámica que lo rodea la responsabilidad jurídica, sólo procede su reconocimiento una vez sea establecida la imputación fáctica y jurídica en cabeza de la Administración enjuiciada, lo que debe en proporción a la lesión determinar las medidas restaurativas adecuadas y necesarias.
- e) El rol del juez de los daños a los derechos protegidos es evidentemente el de propender hacia la reparación de esos daños de manera integral, lo que por supuesto no excluye el reconocimiento de los perjuicios que tradicionalmente se han concedido.
- f) Finalmente, el juez debe evitar que sobre las bases de protección de los derechos constitucional y convencionalmente protegidos se elaboren reparaciones sin sentidos, dobles, desproporcionadas, por lo que el juicio debe ser estricto, excepcional, oportuno, necesario y adecuado.

Evidenciadas las características que antes se resaltan y que atienden a citas de pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se tiene que el perjuicio aquí analizado se trata de i) afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, ii) ser declarado aun de oficio, iii) es una nueva categoría de daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas, iv)

la vulneración o afectación debe ser relevante, v) es un daño (perjuicio) autónomo, vi) su vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva, vii) se privilegian medidas no pecuniarias, sin ser exclusivas, y viii) *“a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) y los parientes hasta el 1° de consanguinidad o civil, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se da lugar a inferir la relación de parentesco. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza””*<sup>121</sup>.

No obstante lo anterior, de esa conclusión nacen una serie de interrogantes y de dificultades prácticas que derivan no solo en la indefinición del perjuicio sino también en una amplia discrecionalidad del juez, que nuevamente lleva a la reprochable desigualdad y falta de seguridad, toda vez que como se evidencia, corresponde al Juez llenar de contenido el concepto y el alcance de su reconocimiento, lo que atiende a los parámetros del juez y un amplio *arbitrio iuris*.

Lo primero es preguntarse qué define cuándo la vulneración del derecho es relevante o no, encontrando que esto queda indudablemente a criterio del Juez, quien deberá definir un racero propio. En algunos casos se observa que el Consejo de Estado lo asume desde el punto de vista del

---

<sup>121</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 28.804.

derecho vulnerado (ej. La vida, la salud<sup>122</sup>, la libertad o la honra<sup>123</sup>); desde otro ángulo lo califica dependiendo de la condición de la víctima (niños<sup>124</sup>, mujer<sup>125</sup> o personas en estado de especial condición<sup>126</sup>); en otras oportunidades por la gravedad o magnitud de los hechos (homicidio con tortura, privación de la libertad con muerte o con tortura) o incluso fundamentándose en otros

---

<sup>122</sup> “Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado.

(...)

Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.

En consecuencia, es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, circunstancia frente a la cual el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 19 de agosto de 2009. Exp. 18364.

<sup>123</sup> En el caso particular, los testimonios rendidos por los señores Juan y Consuelo refirieron que el hoy demandante sufrió una vulneración a su integridad y a su buen nombre, producto del despliegue publicitario de la situación jurídica por la cual atravesó y que, como se vio, se tornó en injusta cuando la Rama Judicial profirió sentencia absolutoria a su favor. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 14 de julio de 2016, Exp. 42476.

<sup>124</sup> Con base en las consideraciones hechas por el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, la Sala observa que la posibilidad de que las madres detenidas tengan a su hijo a su lado en establecimiento carcelario, pese a no ser el lugar más adecuado para un infante; ponderada con el riesgo de que el menor crezca en la ausencia absoluta de su progenitora, el legislador ha optado por una salida intermedia, siempre respetando la autonomía privada de la madre.

Sin embargo, estas consideraciones hechas por el Máximo Tribunal Constitucional conservan validez mientras la privación no tiene la condición de injusta, pues en esos eventos es la madre la que da lugar a que su hijo tenga que escoger entre dos situaciones precarias, crecer si su compañía, o tener dicho acompañamiento pero en un ambiente que no es el más apto para su desarrollo; por el contrario, cuando un menor debe transcurrir parte de su infancia en un centro penitenciario, como consecuencia de que su progenitora fue privada injustamente de la libertad, inflige igualmente un daño antijurídico al menor, pues ciertamente, cuando la madre se ve compelida a llevar a su hijo a un centro de reclusión en la que se encuentran por un hecho que no cometió, tal como ocurrió en *sub judice*, el Estado está desconociendo la obligación convencional que adquirió al suscribir la convención sobre los derechos del niño. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de febrero de 2015, Exp. 29181.

<sup>125</sup> “Por todo lo anterior, la Sala acoge jurisprudencia sobre la pertinencia de la aplicación de medidas de reparación integral en los casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación género y, por lo tanto, condenará a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que los mismos así lo consientan y a establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 28804.

<sup>126</sup> 14.1. Es indudable que, en virtud del derecho fundamental al trato más favorable consagrado en el artículo 13 superior, según el cual “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”, la garantía mencionada debe reforzarse respecto de los derechos de los detenidos que sufren algún tipo de discapacidad, pues es evidente que esta última implica un estado de indefensión mayor y requiere, por lo tanto, la realización de “diferentes tipos de acciones afirmativas, encaminadas a lograr el pleno desarrollo y ejercicio de sus derechos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 28832.

derechos, que en comparación con los afectados no se considerarían como el derecho a resarcir<sup>127</sup>; y en otras oportunidades por encontrarse contenidos en tratados internacionales<sup>128</sup>.

Sin embargo, dichos raceros no se mantienen o son inconsistentes, y no siempre que se presentan esos casos el perjuicio se reconoce, siendo el único recurrente, cuando se trata de la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

Como segunda observación se anota: si el perjuicio tiene como fundamento la vulneración de derechos contenidos en fuentes normativas diversas, se puede desconocer el artículo 94 de la Constitución Nacional en cuanto a que la falta de contenido normativo “*no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*”, por lo que se preguntaría: ¿Es necesario que el derecho se encuentre contenido dentro de una fuente normativa convencional o constitucional?

---

<sup>127</sup> En este caso particular no cabe duda de que además del irreparable derecho a la vida, se transgredieron los derechos convencional y constitucionalmente amparados a la honra y reputación de las víctimas y sus familias, por cuanto los señores Luís Carlos Pérez Meza y Evelio Enrique Pérez Ruíz, luego de ejecutados, fueron presentados ante la opinión pública como guerrilleros dados de baja cuando atacaban a la fuerza pública, esto es, luego de asesinados fueron difamados por las fuerzas del Estado con el fin de justificar el crimen, situación que afectó negativamente la memoria de los fallecidos y el buen nombre de los hoy demandantes.

De conformidad con lo anterior, la Sala teniendo en cuenta que la indemnización por afectación relevante a derechos constitucionales y convencionales exige imperativamente que se especifiquen las medidas de reparación integral, se ordenarán algunas de estas para contribuir a la reparación del daño producido por violaciones a los derechos humanos de que trata este fallo. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de mayo de 2015, Exp. 35141.

<sup>128</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 20 de octubre de 2015, Exp. 35185.

## **c.2 Legitimación en la causa o interés para reclamar daños a bienes constitucionales y convencionales**

Según se extrae de las sentencias del 28 de agosto de 2014 que se refieren al perjuicio, este se reconoce aun de oficio siempre que se encuentre acreditado en el proceso. La jurisprudencia plantea como preferentes medidas reparatorias no pecuniarias, siendo sujetos de ellas *“la víctima directa y su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”*<sup>129</sup>.

Igualmente en las providencias que recogen la línea desarrollada por la jurisprudencia respecto al perjuicio, el Consejo de Estado ha definido que excepcionalmente, en caso de que las medidas de carácter no pecuniarias se consideren *“no suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa”*<sup>130</sup>; indemnización que se determina en una suma equivalente a 100 smlmv para la víctima directa exclusivamente.

En ese orden de ideas, se encuentran legitimados para solicitar o ser sujetos de medidas no pecuniarias tanto la víctima directa, como su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad; pero tratándose de la

---

<sup>129</sup> <http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>; p. 10

<sup>130</sup> Ibidem

reparación pecuniaria, el único legitimado para deprecar la reparación pecuniaria es la víctima que directamente vio afectado sus derechos o bienes constitucional o convencionales, ello sin perjuicio de que los familiares reclamen a nombre de la víctima como herederos, amparados del *ius hereditatis*.

### **c.3 Valoración y liquidación del perjuicio daños a bienes constitucionales y convencionales**

La Sección Tercera ha establecido como criterio de reparación medidas no pecuniarias de manera preferente, para ello *“teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)”*<sup>131</sup>, dejando en los jueces la facultad de definir el alcance en que será reparada las víctimas, las cuales atienden a una discrecionalidad que conforme se ha visto en la práctica va dirigida o busca visibilizar los hechos, dignificar a la víctima mediante excusas públicas e impedir que sea olvidada en la historia por el paso del tiempo.

En algunas oportunidades también puede advertirse que las medidas de restablecimiento no pecuniarias no son suficientes, o no son adecuadas, o en la práctica resultan inanes, sin pensarse

---

<sup>131</sup> Ibidem

que sería una medida económica o pecuniaria la apropiada, pero con la limitante que se ha entendido que las medidas reparatorias pecuniarias son solo procedentes a favor de la víctima directa y por tanto, a ellas no tendrían derecho las demás víctimas<sup>132</sup>, situación que en principio deja a las víctimas a un resarcimiento el cual resultaría más práctico y útil, llevando en otros casos -posiblemente- a la víctima a recordar lo que quiere olvidar, revivir el sufrimiento y la tragedia, o exponerse a situaciones que no son su deseo como es la de participar en eventos públicos o enfrentarse a la institucionalidad que culpa de su tragedia, advirtiéndose en todo caso, que algunas medidas no obligan a las víctimas a que las acepten o materialicen, como son las disculpas públicas o reconocimientos personales; otras no quedan al arbitrio de la víctima, como por ejemplo la publicación de la sentencia o la construcción de monumentos.

La Convención Americana Sobre derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en San José de Costa Rica en 1969, en los artículos a que hace referencia el Consejo de Estado en las providencias del 28 de agosto de 2014, establece el derecho de las personas a ser oída, al debido proceso y a que sus situaciones jurídicas se resuelvan dentro de un plazo razonable (art. 8.1 de la Convención); además, *“si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”*(art. 63.1 de la Convención).

---

<sup>132</sup> “En la demanda se solicitó 100 SMLMV como indemnización a favor de Carlos (...), Leticia (...), Fredy (...), Nadia (...) y Carlos (...), a título de daño a la vida de relación.

En el recurso de apelación, se solicitó se reconociera este perjuicio a favor de los hijos de los afectados y el incremento de la condena impuesta, equivalente a 20 SMLMV a favor de Carlos (...) y Leticia (...).

(...)

No obstante, la Sala no podrá efectuar ningún tipo de reconocimiento por este concepto a favor de los hijos de las víctimas directas, toda vez que, de acuerdo con el criterio de unificación adoptado por esta Sección en la providencia del 28 de agosto de 2014 (expediente 32.988) ya mencionada, la reparación pecuniaria de este daño es únicamente para las víctimas directas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de mayo de 2016, Exp. 38744.

Atendiendo a tales presupuestos, el legislador reconoció en la Ley 1448 de 2011, el derecho de las víctimas “a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido”, para ello se establece el principio de reparación integral el cual “comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica”, las cuales “será[n] implementada[s] a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante” (art. 25).

Respecto a estas medidas, Diana Rueda expone

En consecuencia, el concepto de “*restitutio in integrum*” ha sido aplicado tratándose de daños antijurídicos derivados de lesiones a derechos humanos, y no de lesiones a bienes o intereses jurídicos no relacionados con el DIDH o el DIH. Ahora bien, cuando dicha *restitutio in integrum* no es posible, resultan entonces aplicables las medidas de justicia restaurativa contempladas inicialmente por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos dentro de las cuales están:

- a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias.
- b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial.
- c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole.
- d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.

e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo, legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras. (2015, pp. 122-123).

Ahora, cuando se considera que las medidas de satisfacción o reparatorias no pecuniarias no son suficientes o no resultan posibles para consolidar la reparación integral, es posible reconocerse y otorgar a la víctima directa una suma de hasta 100 SMLMV, siempre que dicha indemnización no hubiese sido reconocida y encuentre sustento en sumas ya otorgadas con fundamento en el daño a la salud.

El perjuicio aquí estudiado ha venido siendo reconocido desde hace ya varios años por el Consejo de Estado, así como instancias internacionales; sin embargo, lo cierto es que el tema aún se encuentra en desarrollo y frente a él se presentan controversias que poco a poco tendrán que ser definidas por la propia jurisprudencia y la doctrina, siendo un ejemplo de dicho ejercicio el presente trabajo, el cual pretende dar otra perspectiva en el que se rescate la viabilidad de reconocer la autonomía de un cuarto perjuicio autónomo como lo sería el perjuicio a la vida de relación y para ello es necesario precisar o estructurar linderos a los demás perjuicios y precisar los propios del perjuicio a la vida de relación y con dicho ejercicio, estudiar el perjuicio a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

Analizados de manera general los perjuicios inmateriales estructurados por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los últimos años y que fueran definidos concretamente como los perjuicios inmateriales indemnizables o reconocidos por la jurisdicción contenciosa a partir del 28 de agosto de 2014, considerando que se logró el objetivo de hacer una concreción y conceptualización de los

mismos, es ahora necesario abordar el estudio y desarrollo del perjuicio vida de relación, con lo que se procederá con la justificación del perjuicio y el desarrollo de sus elementos particulares, para llegar a definir los criterios individualizadores, teniendo a partir de tal ejercicio, la posibilidad de construir los linderos que lo separe y diferencie de otros perjuicios.

### **Conclusiones al capítulo**

Al estudiar el perjuicio moral, se evidencia como la presunción es la herramienta principal y de mayor implementación para su reconocimiento dada las características de este perjuicio, el cual corresponde a la esfera interna de las personas, por lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado adoptó una presunción que aligera no solo la prueba de la existencia del perjuicio, sino que además construyó una tabla de cuantificación del perjuicio moral cuando se trata del análisis de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, muerte o lesiones personales, atendiendo a una correlación entre parentesco y tiempo de la restricción, en casos de privación de la libertad; y de la merma de la capacidad laboral, para lesiones personales.

Respecto al perjuicio que en este trabajo se denomina daño a la salud, se evidenció que el Consejo de Estado a partir de la unificación del 28 de agosto, estableció un criterio probatorio, de valoración y de tasación fundado en el parentesco y grado de consanguinidad entre la víctima y su núcleo familiar, o de la víctima y la merma de capacidad laboral, estableciendo en igual sentido que como lo hizo con el perjuicio moral, un monto o suma que sirva como base de la tasación del perjuicio. Se reclama que en algunas oportunidades el reconocimiento del perjuicio se base exclusivamente en la prueba de la pérdida de la capacidad laboral calificada, sin embargo, tal postura no es la que

se acompaña con el derecho a las víctimas a ser reparadas y por tanto se reitera que, probado el daño, el perjuicio debe ser reconocido y faltando la prueba de la calificación por la merma de la capacidad, el juez está llamado a su tasación incluso en equidad.

Cuando se avoca el análisis del denominado perjuicio a bienes constitucionales y convencionales, se reprocha de este su carácter de concepto indeterminado, cuyo desarrollo debe buscarse por parte de la jurisprudencia y la doctrina para llenar de contenido la materia, exponiendo temáticas claras y concretas que permitan centrar y dar claridad al perjuicio, identificando un catálogo de derechos que sean sujetos de la protección y reconocimiento, así como criterios que permitan establecer criterios de concreción e identificación del perjuicio.

### **CAPÍTULO III**

#### **JUSTIFICACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN DEL PERJUICIO VIDA DE RELACIÓN COMO PERJUICIO AUTÓNOMO**

En la actualidad resulta necesario el análisis y replanteamiento del perjuicio a la vida de relación como un perjuicio autónomo en Colombia, pues es claro que aún se presenta el debate académico de sí este es reconocible o no; lo anterior debido a que la propia jurisprudencia aún no parece descartarlo en su totalidad, pues se ha venido reconociendo, encuadrándolo en los llamados derechos convencionales o constitucionales, tal como ocurrió en la sentencia del 13 de junio de 2016, en donde el Consejo de Estado estableció que tras la muerte de unos padres la situación a la que se enfrentarían los hijos huérfanos se compensaría bajo la vulneración del derecho a la familia.

Pese a la sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, en la cual se niega autonomía al perjuicio de la vida de relación y la posición adoptada parcialmente desde el 2011, en la cual se pretendía encuadrar el daño a la vida de relación como sinónimos del perjuicio a las condiciones de existencia y luego de perjuicio fisiológico para terminar subsumiéndolo en el daño a la salud, el tema aún espera un debate en busca de su autonomía, pero a partir de la redefinición de su concepto, que no lo limite a la esfera interna que ya cubre el perjuicio moral, o al fisiológico que se halla amparado por el daño a la salud, sino que lo complemente con el tercer componente del ser humano, su interacción social, su relación con el entorno y la sociedad<sup>133</sup>.

Para lo anterior, resultaba necesario definir los conceptos de perjuicio moral, daño a la salud y afectación a bienes constitucional y convencionalmente relevantes a efectos de diferenciar con claridad su alcance y objeto, para finalmente plantear lo propio del perjuicio de vida de relación. Una vez se encuentre con claridad la definición del perjuicio vida de relación se podrá establecer criterios objetivos y subjetivos para establecer los baremos de compensación y su resarcimiento, donde incluso puede implementarse medidas no pecuniarias.

---

<sup>133</sup> “como se observa, a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida en relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó actividad social no patrimonial”.

(...)

“cuando el juzgador denegó el reconocimiento del perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación incurrió en los yerros de hecho que se describen a continuación: De acuerdo a los testimonios del propio perjudicado y de su hermana Nancy (...), con los hechos ocurridos, se privó al señor Carvajal Gómez de disfrutar sus actividades sociales como practicar basquetbol y microfútbol, así como los repentinos cambios en su vida familiar, personal, social, que para él y su núcleo familiar implicó, con los consiguientes efectos y traumas para su existencia en general. Situaciones que reflejan la existencia de un daño a la vida en relación traducido en que la víctima no ha podido ni podrá desplegar sus actividades normales o rutinarias, ni las demás que, de una u otra forma, hacían placentera su existencia, siendo, por lo mismo, imperativa la indemnización de este agravio, en la forma ordenada por los artículos 2341, 2344 y 2356 del Código Civil.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de mayo de 2008. Exp. 1997-9327.

Entonces, el debate académico está germinando en la actualidad, pero hasta el momento, poco después del 28 de agosto de 2014, se limita la discusión a los daños físicos –la salud– desconociendo otras facetas del hombre que se pueden ver afectados sin necesidad de padecer un “daño a la salud”. No es posible considerarse de manera absoluta dentro del daño a la integridad psicofísica el reconocimiento de otros derechos o bienes que igual hacen parte de la personalidad, ya que *“no puede darse a este problema una solución de tipo general, que comprenda todos los supuestos de lesión a los bienes de la personalidad reconocidos por el ordenamiento; es menester distinguir, en virtud de las particularidades que le son exclusivas (neta distinción del bien o interés tutelado y posibilidad de valoración objetiva), entre la lesión a integridad psicofísica y la lesión a los otros bienes de la personalidad”* (Milagros, 2012, p 24).

Una vez revisados los perjuicios inmateriales contemplados en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, no cabe duda que a partir de ese momento se establece de manera inequívoca la tendencia que ya desde las providencias del 14 de septiembre de 2011 se venía exponiendo de forma vacilante por algunas Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desechando en principio, la posibilidad de reconocer el daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia como una tipología de perjuicio autónoma.

En dichas providencias, cuando más, se contempla el “perjuicio” como un derecho cualquiera o si se quiere un bien jurídico más tutelado por el derecho colombiano y que se reconoce dentro del esquema construido a partir del concepto de “afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”, contemplando en dicho “bloque de perjuicios” lo que a criterio de la corporación parece constituir parte del amplio abanico de

derechos que se radican en las persona, que son de naturaleza intangibles e incuantificables, sustentando para ello la tesis expuesta en las providencias -sentencias gemelas- del 14 de septiembre de 2011, dentro de los expedientes con radicados 19031 y 38222, en las cuales se plantea como perjuicio una tercera tipología así: *“iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño”*<sup>134</sup>.

Del aparte citado, se puede concluir que lo que se presenta es un nuevo cambio de nombre del hasta entonces reconocido daño a la vida de relación<sup>135</sup>, pues la misma providencia expresa que el “nuevo” perjuicio denominado en ese momento “derecho o interés legítimo constitucional” no es otra cosa que el reconocimiento, “valoración e indemnización” de otros derechos o intereses que derivados del “daño corporal o la afectación a la integridad psicofísica” tenían aceptación o valoración “a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia”, situación que es reiterada en los pronunciamientos del 28 de agosto de 2014, en las cuales se reafirma tal postura y niega de manera rotunda la posibilidad

---

<sup>134</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 14 de septiembre de 2011, Exp. 38222 y 19031.

<sup>135</sup> “Como se advierte, la discusión se circunscribió en determinar la definición o nomen iuris de aquel perjuicio inmaterial, distinto a la moral, que esta- destinado a cubrir los espacios que dejaba abiertos el perjuicio moral. En ese sentido, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo siempre se centró, inclusive desde los primeros pronunciamientos en los que adopte e' perjuicio fisiológico, a establecer un compartimento estanco o como algún:- teóricos denominan “mega categoría” que permitiera la reparación no sólo de la integridad psicofísica, sino también otros bienes que son relevantes para la reparación y la teoría del daño como son la libertad, la familia, el buen nombre, entre otros, todos pertenecientes a lo que se entiende como daño a la persona y, por lo tanto, importantes para la valoración del daño”. (Gil Botero, 2013, p. 284).

de reconocer de manera directa, transparente y visible el reconocimiento de perjuicio autónomo vida de relación.

La posibilidad que se presentaba para el Consejo de Estado para redefinir y establecer criterios de resarcimiento o reparación integral del daño y su consecuentes perjuicios inmateriales, si bien arrojó un importante insumo, se considera que se quedó corto al momento de establecer los parámetros -reglas y subreglas- para el reconocimiento e individualización de estos perjuicios, pero principalmente de precisar el alcance del denominado “daños a bienes constitucionales y convencionales”, así como de rescatar y concretar un cuarto perjuicio inmaterial que independiente de la denominación que se le dé, se dirija a resarcir una esfera importante del ser humano como lo es en su interacción social, su derecho a vivir como se quiere, en definitiva, su libre desarrollo a la personalidad<sup>136</sup>.

Se considera que no sólo es viable sino además necesario el reconocimiento de un cuarto perjuicio sin negar autonomía a los perjuicios inmateriales ya establecidos, como lo son el perjuicio moral, el daño a la salud y el de daño a bienes constitucionales y convencionales, ya que el escenario que se plantea, busca completar el esquema de perjuicios y con ello establecer criterios resarcitorios del daño en pro de realizarse un mayor acercamiento al derecho a la reparación integral, por lo que

---

<sup>136</sup> El derecho al desarrollo de la personalidad comprende más que ningún otro, la esencia y bien jurídico que debe ser protegido cuando se habla del perjuicio a la vida de relación, así lo ha expuesto la Corte Interamericana, quien bajo la denominación de proyecto de vida, la cual se considera asimilable a los denominado daño a la vida de relación o condiciones de existencia en Colombia (Saavedra, 2018, pp. 1673 – 1674), explica: “En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Sentencia del 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas. párrs. 147 ss. Recuperado el 19 de mayo de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_42\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf)

resulta necesario que cada perjuicio sea debidamente delimitado y precisado, para con ello encontrar los parámetros o reglas que permitan en cada caso concreto identificar la posibilidad de su reconocimiento.

Previo a desarrollar los conceptos que deben fundar el perjuicio que para el presente trabajo se denomina a la vida de la relación, se tratará de sustentar las razones que se consideran viables en la práctica para reconocer su autonomía.

#### **a. Componente social del perjuicio**

El concepto del *perjuicio a la vida de relación* conlleva intrínsecamente entender al ser humano como un ser libre que coexiste en comunidad y, por ende, es inminentemente un ser social y depende de la interacción con el *otro*; premisa esta que es de suma importancia para el derecho, en cuanto se define a la par que lo hace el concepto de persona, pues recuérdese que como institución y disciplina existe por y para el hombre.

Resulta necesario en consecuencia, contextualizar al individuo en sociedad, pues esta le permite decantar dentro de su desarrollo lo que lo define, lo hace único; por tanto, puede entenderse que el “yo” evoluciona y se hace partícipe de los “otros” para encontrarse, definirse e integrarse. En palabras de Fernández Sessarego “... *la libertad del ser humano se nos muestra también que este ser único e irrepetible, idéntico a sí mismo, tiene simultáneamente una dimensión coexistencial, lo que significa que para “hacer su vida” requiere de los otros” seres humanos. Es decir que, sin dejar de ser idéntico a sí mismo es, al mismo tiempo, un ente coexistencial. Lo social, por ende,*

*participa de su propia estructura, de donde se puede sostener que la existencia es coexistencia”* (1998-1999, p. 257).

Así, en ese desarrollo en colectividad, el derecho ha encontrado su origen y justificación, por cuanto este no nace para limitar o encasillar, sino por el contrario para permitir ese desarrollo individual. En efecto, es lo jurídico el instrumento para “[d]escubrir y poner en evidencia la libertad y la coexistencialidad inherentes a la naturaleza del ser humana [que] permite explicar al Derecho como una dinámica interacción de conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas”<sup>137</sup>.

En consecuencia, el desarrollo social del derecho no es ajena a la finalidad de aportar en la construcción individual, no se aparta de ella ni la desconoce, por el contrario permite que esta se desenvuelva con naturalidad para que sus efectos lleven a que el ser trascienda de lo meramente individual y sea reconocido desde lo social, lo que implica además “[r]ealizar comunitariamente la justicia, la solidaridad, la seguridad, entre otros valores, para crear un ambiente propicio para el mejor desarrollo integral de la persona”<sup>138</sup>, propiciando así el desarrollo individual a la par del colectivo, dentro de un marco jurídico que lo regule y potencie<sup>139</sup>.

Desde la antropología, por ejemplo, se ha expuesto que solo en sociedad se pueden asumir las debilidades de su fisiología, como lo es frente a otros animales más veloces con garras, visión nocturna, camuflaje, fuerza física; condición que lleva a los primeros hombres a permanecer en

---

<sup>137</sup> ibidem

<sup>138</sup> ibidem

<sup>139</sup> Fernández Sessarego, 1998-1999, pp. 251-269

pequeños grupos y juntarse en mayor número cada vez, hasta configurar patrones de poblamiento como las actuales ciudades.

En un principio las relaciones sociales se dieron y fortalecieron en razón del lugar de nacimiento, de la localización y donde las formas “lógicas” de relacionamiento, como lo apuntara el Antropólogo Henry Morgan<sup>140</sup>, estaban dadas por el parentesco. A medida que pasaba el tiempo, aumentaba el tamaño de los asentamientos, y la vida en comunidad se define más por afinidad que por la funcionalidad, tal como lo afirmarían los teóricos de la Escuela de Chicago<sup>141</sup> al analizar los modos de vida rurales y urbanos. En los contextos de menor escala las personas se conocen, tienen comportamientos generales más o menos esperados y los roles están cubiertos por los mismos miembros de la comunidad. Ya en los contextos urbanos de principios del siglo XIX, las relaciones sociales cambiaron, aunque siguieron estando relacionadas con la supervivencia, de ahí la importancia de las relaciones laborales y productivas en las configuraciones de las relaciones sociales.

En la actualidad, los cambios de la vida cotidiana logrados por las diferentes luchas y revoluciones por los derechos dadas en los siglos XIX y XX desde las que se reivindicaron otras dimensiones de la vida humana como la recreación, el ocio, la creación, el deporte, entre otros, ha hecho posible establecer relaciones sociales basadas en la afinidad, definidas por elección y no por roles predeterminados. El sistema relacional no se limita a relaciones funcionales: trabajar, derivar el sustento, desplazarse y aquellas que garantizan las funciones biológicas y físicas como la

---

<sup>140</sup> Bohannan, Glazer, 1993, pp. 29-60

<sup>141</sup> Redfield, Singer, 1954, pp. 53-73.

motricidad; sino también relaciones de la dimensión estética que atraviesan dimensiones de la vida diferentes a aquellas que tienen que ver la generación de ingresos y de la subsistencia “objetiva”<sup>142</sup>.

La antropología, que se caracterizaba por la descripción de relaciones cotidianas, reconociendo formas culturales propias de cada contexto, contribuye a desdibujar la idea de que el concepto de clase social, y de relaciones de producción, son el único factor explicativo del comportamiento de las personas, y sostiene la necesidad de integrar otros factores que constituyan las causas que determinan qué son los individuos y qué hacen a partir de lo que son en el contexto social (Jaramillo, 1997, pp. 31 - 38); lo que se denominaría identidad.

Scandroglio<sup>143</sup> y otros muestran como después de diferentes acercamientos a las relaciones sociales, la misma antropología y la psicología han dado importancia central a los conceptos de identidad. Citando a Deschamp y Devos (1996) habla de la autocategorización como el resultado de la combinación de dos dimensiones independientes: la identidad social (grado de semejanza) y la identidad personal (grado de diferencia); y a Worchel, Ianuzzi, Cortant e Ivaldi (2000) para hablar de la autodefinición identitaria definida a partir de cuatro dimensiones que influyen de forma separada sobre el comportamiento intergrupar: las características personales, la identidad intragrupal, la pertenencia grupal y la identidad grupal.

En este acercamiento a la identidad los denominados elementos motivacionales entran en juego para permitir el proceso de autoconceptualización e intentar obtener un balance óptimo entre dos motivos complementarios: la diferenciación y la similitud hacia los otros, al tiempo que se busca

---

<sup>142</sup> Echeverría M. C y otros, 2009.

<sup>143</sup> Psicothema 2008, p. 81

reducir la incertidumbre de la vida social, para lo cual es necesario para los sujetos obtener prescripciones claras para su conducta a través de la identificación endogrupal.

Según la teoría de la autocategorización, las personas representan a los grupos sociales en términos de prototipos, en la medida que son «representación subjetiva de los atributos definitorios (creencias, actitudes, conductas, etc.) que son activamente construidas y dependientes del contexto» (Hogg, 1996, p. 231)<sup>144</sup>. Los prototipos son miembros representativos del grupo que expresan características grupales; así, el grupo cohesionado es aquel en el que los miembros se comportan de conformidad a las características del grupo a la vez que se diferencian en el mismo grupo, pero con actitudes positivas hacia sus características porque permiten la continuidad o protección del mismo. Hogg denomina este proceso atracción social y lo define como un modo de atracción en el cual los sujetos no son apreciados en tanto que individuos únicos, sino en tanto que encarnaciones del prototipo grupal, existiendo una mayor atracción en la medida en que son percibidos como más prototípicos (Hogg, 1992). Esta atracción social es diferente a la atracción personal, que estaría basada en las preferencias idiosincrásicas cimentadas en las relaciones interpersonales y que sería independiente de los procesos basados en la pertenencia grupal (Hogg, 1992; Hogg y Hains, 1996).

La pertenencia a los grupos sociales se da por afinidad a partir de la posesión de características que el grupo define y reconoce en las personas candidatas a pertenecer a él. Estas características responden a la condición del ser humano en su complejidad, es decir, son físicas, comportamentales, actitudinales, lingüísticas, históricas entre otras; cuando una de estas

---

<sup>144</sup> Hogg, M.A., & Hains, S.C., 1996, p. 70.

características cambia de manera tal que puede dificultar la atracción social porque se considera que no representa al grupo, la pertenencia del miembro se verá afectada, en una variación que puede ir desde el lugar que éste ocupa en el grupo, hasta su marginación y finalmente la exclusión.

Los cambios en las características físicas que pueden llevar a cambios comportamentales y hasta actitudinales, pueden desembocar entonces en el sistema relacionan del individuo y de ahí en la afectación psicológica del individuo.

La filosofía también puede hacernos un valioso aporte en nuestro estudio, pues desde el concepto de la *otredad* es plausible justificar la necesidad de considerar al *otro* tanto en su esfera individual como grupal, en sus costumbres o cosas que no son mías, que no hacen parte del yo.

El concepto de *otredad* es propio de la filosofía, la sociología y la antropología y otras ciencias. Se trata del reconocimiento del *otro* como un individuo diferente, pero que está estrechamente ligado con mi ser, puesto que el *otro* es quien define mi existencia, por el *otro* es que yo siento el amor, el desamor, el odio y hasta la muerte, porque la muerte del *otro* es la que siento.

Todo inicia con preguntarse por la realidad del yo, del *otro*, y de su convivencia en aras de superar la soledad del hombre en el mundo. Como podemos coexistir en un plano físico y temporal de ahí que muchos autores hayan problematizado el concepto, entre ellos resaltamos, por ejemplo: *“En la búsqueda de soluciones a las dicotomías existenciales e históricas se ha dado respuesta a través de la generalización de la idea de naturaleza humana, en proclamar una unidad del hombre y de sus valores, no reconociendo que "la exclusiva fatalidad, la única tara que puede afligir a un*

*grupo humano e impedirle que realice plenamente su naturaleza, es estar solo"* (Lévi-Strauss: 1996, p. 94).

En este sentido Mead también nos permite sustentar la importancia del reconocimiento del individuo y su interacción, entendiendo que *"[l]a problemática alrededor de la identidad, tanto en lo individual como en lo colectivo, es compleja, no sólo por sus múltiples determinaciones sino por las dificultades de autocomprender el sentido de su trayectoria. Un primer acercamiento a la solución de esta complejidad nos la ofrece Mead al sostener que la cuestión de la identidad no puede sino articularse simbólicamente, y es desde ahí desde donde el individuo interacciona con la sociedad, y ésta con sus miembros para articular sendas respuestas plausibles, procesos en los que es fundamental la internalización de lo socio-cultural por parte de los individuos, con el consiguiente refuerzo de las pautas socioculturales desde los roles adoptados y ejercidos activamente por aquéllos"*. (Mead, 2001, pp. 213 y 322).

Es claro entonces, que el derecho, si de verdad se quiere calificar de una ciencia social, no puede apartarse del reconocimiento de la persona, no desde un ángulo simplemente humanista o de derechos definidos como personalísimos<sup>145</sup>, sino también desde un criterio sociocultural, y en este pensamiento, el derecho de daños debe atender a la particularidad del individuo y reconocerlo en una esfera social<sup>146</sup> en la cual todas las personas tienen un rol, que en cierta medida es de mayor o

---

<sup>145</sup> "Hay consenso en la doctrina acerca de que los derechos de la personalidad, también llamados por otros derechos personalísimos, valores de la personalidad, bienes de la personalidad, etc., son derechos "originarios e innatos, absolutos o erga omnes, indisponibles, inalienables e intransmisibles, vitalicios e imprescriptibles, extrapatrimoniales, inherentes a la persona y autónomos". Aunque en la doctrina se discute si los derechos de la personalidad son verdaderos derechos subjetivos, la posición mayoritaria es afirmativa...". (Posada, 2013, p. 292).

<sup>146</sup> "Un concepto allende lo jurídico de profundo carácter político y sociológico, consecuencia de la consolidación de la verdad y la justicia en relación con las víctimas de violaciones a los derechos humanos. En ese sentido es mucho, y materialmente más que un simple concepto indemnizatorio, pues involucra ideas de reconstrucción y reivindicación del ser humano en la sociedad. Luego el concepto de reparación conlleva cargas de individualismo pero también de responsabilidades colectivas.

menor impacto para la sociedad y viceversa; y tanto es así, que el derecho penal (Ley 599 de 2000) ha reconocido tal cualidad y por ejemplo se evidencia en el homicidio de personajes de cierta relevancia sociopolítica de la historia, estableciéndolos como crímenes de lesa humanidad, o incluso se tipifican como delitos conductas como los actos de discriminación, previstos en el Capítulo Noveno del Título I, el homicidio en persona protegida (art. 135) o los delitos contra la integridad moral, tipificados como la injuria (art. 220) y la calumnia (art. 221), visión de *otredad* que también se encuentra prevista en la Constitución Política de 1991, cuando en el preámbulo expresa que el pueblo de Colombia “*en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga*” la constitución, en la cual se tienen como derechos fundamentales el reconocimiento a la personalidad jurídica (art. 14); la intimidad personal, de la familia y el buen nombre (art. 15); el libre desarrollo de la personalidad (art. 16); la libertad de conciencia (art. 18); libertad de culto (art. 19); libertad de expresión (art. 20); el derecho a la honra (art. 21) y la familia (art. 42), entre otros.

En este sentido, de relevancia resulta lo expresado por el comentarista y Consejero de Estado Orlando Santofimio, quien, respecto a la reparación en el moderno Estado social, democrático y de derecho indica

---

Desde una perspectiva estrictamente jurídica en un derecho de toda víctima sustentado en las ideas de verdad y de justicia”. Santofimio, 2018, p. 779.

La anterior configuración encuentra actualmente que debe ajustarse no solo a las realidades sociales, sino que está llamada a responder por la doble naturaleza de la reparación como principio y como derecho. Como principio, de manera que oriente al sistema jurídico hacia la protección no solo de la esencia individualista de cada sujeto, sino que se proyecte a la defensa eficaz de sus derechos, donde no sea suficiente solo reparar la esfera personal de la víctima, sino que debe operarse en los contornos de su comunidad, de su sociedad y del tejido que cabe reestablecer para lograr una justicia distributiva. De ahí, pues, que se afirme que la reparación como principio constitucional debe buscar la integridad, lo que no se aleja de los postulados originarios (derecho romano y civil clásico) en los que se afirmaba la exigencia de “dejar indemne” a la víctima, pero dentro del contexto del Estado social de derecho, y atendiendo a las particularidades que debe ofrecer dicho principio en un ámbito de conflicto armado, o de perturbación permanente de derechos, libertades e intereses, como en el que se encuentra Colombia desde hace décadas. (2018, p. 779).

En conclusión, no es posible apartar al ser humano desde su visión social, desde una perspectiva de comunidad y de interacción, pues "el hombre es un ser social por naturaleza" según la reconocida definición de Aristóteles (384 a. C.-322 a. C.) y en tal sentido, el derecho de daños no puede desconocer de pleno esa faceta y debe observar a la víctima desde su componente social.

## **b. Definición del perjuicio**

La dogmática del derecho de daños en Colombia se ha desarrollado particularmente en los últimos 30 años, siendo uno de los escenarios de mayor debate los perjuicios inmateriales, estando siempre presta la jurisprudencia y la doctrina a acoger nuevos perjuicios inmateriales diferentes al moral<sup>147</sup>,

---

<sup>147</sup> En este sentido por ejemplo, la Corte Constitucional: “Así mismo apunta como conclusión que sí se hace necesario reconocer el daño a la vida en relación como una categoría independiente al daño moral, para lo cual se apoya en la doctrina italiana, país en donde se ha desarrollado con mayor énfasis la noción de este perjuicio, porque “en efecto el lesionado viene a perder en todo o en parte, por un período más o menos largo, o inclusive por toda la vida, la posibilidad de dedicarse a esa vida de relación (vida social, deportiva, etc.), con todo el cúmulo de satisfacciones y placeres que ella comporta, y sufre así un daño que también merece ser tenido en cuenta”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de mayo de 2008. Exp. 1997-9327.

situación que incluso llevó a un desborde y desfiguración de la responsabilidad, que en últimas condujo a que el Consejo de Estado intentará poner límites a la creatividad de los jueces, quienes llegaban a reconocer sin ningún rigor técnico y argumentativo diversos perjuicios inmateriales e incluso, a veces con sumas elevadas que no se compadecían con la realidad<sup>148</sup>.

Dentro de la actividad reparatoria se asumió el análisis de un perjuicio inmaterial denominado *alteración grave de las condiciones de existencia*, de otro lado el perjuicio fisiológico, después el daño a la vida de relación y finalmente se presentaron el daño a la salud y el daño a bienes constitucionales y convencionales que hoy rigen.

En este sentido nos recuerda el autor Alberto Tamayo Lombana:

La doctrina menciona varios casos de daños corporales de los que surgen perjuicios morales, que son valorados, tienen un precio y merecen indemnización.

(...)

El *pretium integritatis*: es la indemnización que compensa la pérdida de la integridad personal. (Deportista que no puede volver a practicar su deporte

---

<sup>148</sup> Por ejemplo: “Conforme a lo anterior, debe indicarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de José Silvestre Daza Plata, Jorge Luís Polo Carracedo y Clodomiro Yasith Robles Orozco, es del 96.99%, 75.11% y 38.26%, se les reconocerá por este concepto el valor de 387,96; 300,44 y 153.04 salarios de la misma índole, respectivamente, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud de los demandante principales. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer; 19 de noviembre de 2012, Exp. 21285.

En otra oportunidad se sostuvo “Conforme a lo anterior, debe señalarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, comoquiera que el porcentaje de incapacidad del menor Erik Daniel Buitrago Valencia, es del 95,70%, se reconocerá a favor de esta persona el valor de 400 SMLMV, de lo cual se infiere que el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 29 de mayo de 2014, Exp. 26983.

favorito; hombre que no puede volver a tener relaciones sexuales por mutilación accidental).

Este daño a la integridad es denominado por la doctrina, como lo precisa el Consejo de Estado de Colombia, perjuicio fisiológico, perjuicio de agrado, perjuicio a la vida de relación, disminución del goce de vivir. (pp. 65 - 66)

Así entonces, se tiene que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil, ha desarrollado desde diferentes conceptos y teorías la posibilidad del reconocimiento de un perjuicio inmaterial diferente al perjuicio moral<sup>149</sup>, exponiendo en reiterados pronunciamientos posiciones que parten de disímiles hipótesis del perjuicio resarcible, denominando conceptos como el de perjuicio a las condiciones de existencia (francesa) daño a la vida de relación (italiana) y perjuicio fisiológico (adaptación de la jurisprudencia colombiana a la teoría francesa del perjuicio a las condiciones de existencia), todos ellos para algún sector de la doctrina, sinónimos cuya diferencia radica en la subjetividad de los jueces y en lo abstracto en que se aborda cada concepto, pero que en definitiva, propende por la compensación de aquellas alteraciones propias de la interacción humana y de la capacidad o posibilidad del disfrute cotidiano<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de mayo de 2008. Exp. 1997-9327. César Julio Valencia Copete.

<sup>150</sup> En este sentido afirma la doctrina: “Los perjuicios a la vida de relación están determinados por la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que las lesiones sufridas por el lesionado, afectan en grado superlativo el desarrollo de las actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, deportivas, culturales y la capacidad para la realización de actos normales de la persona, lo que provoca una grave alteración de la vida de relación de la víctima. Sobre el “perjuicio fisiológico” se dice que se trata de un perjuicio extrapatrimonial, no moral, que refiere a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que aunque no generan un rendimiento económico, tornan agradable la existencia, pero el concepto de “daño a la vida de relación” es más amplio, no alude a la lesión misma, sino a las consecuencias que se producen en la vida de la persona, no solo en su relación con los otros, sino respecto a otros actos de la vida cotidiana individual que tienen connotación externa. Se traduce en la imposibilidad de desarrollar tanto actividades agradables como las rutinarias o en la circunstancia de requerirse un esfuerzo excesivo para su realización. Piénsese en quien por causa de un accidente automovilístico queda parapléjico y la incomodidad que sufre para cualquier desplazamiento, actividad que para una persona con pleno uso y funcionamiento de sus miembros, la ejecuta, incluso sin mayor conciencia de tal acto”. Pantoja, J., 2015, p. 947

En este sentido, por ejemplo, resulta bastante ilustrativo las definiciones y conclusiones a las que la doctrina nacional ha llegado, partiendo en algunos casos desde la jurisprudencia foránea (Italia y Francia) pero también desde la tesis esbozada en su momento por la jurisprudencia colombiana. En este sentido, se presenta aclaratorio lo expuesto por el profesor Juan Carlos Henao (1998), quien desde su análisis comparado con la jurisprudencia francesa explica:

Es pues aceptable anotar que las alteraciones en las condiciones de existencia, tal como se manejan por la jurisprudencia francesa, no se distinguen necesariamente del perjuicio material. Ello significa que la reparación de este rubro del perjuicio supone que las consecuencias del hecho dañino también son tenidas en cuenta por el juez cuando indemniza las alteraciones en las condiciones de existencia (ejemplo de los fallos viuda Laurent y GDF). Y por esta vía puede llegarse a no indemnizar la totalidad del perjuicio, pues el juez, por ejemplo, en el caso EDF, confunde el perjuicio material -pérdida de ingresos- con las alteraciones en las condiciones de existencia que el accidente puede generar en el demandante. (p. 259)

(...)

El perjuicio moral “objetivado” suponía la misma naturaleza híbrida de las alteraciones en las condiciones de existencia del derecho francés, con falta de claridad respecto de las situaciones que definían uno y otro perjuicio. En efecto, por la vía del perjuicio moral “objetivado”, la jurisprudencia colombiana procedía a la reparación, al igual que lo hace la francesa de hoy en día con “las alteraciones en las condiciones de existencia”, de las más, en el rubro correspondiente a los perjuicios materiales.

Se puede entonces concluir que, si bien las alteraciones de las condiciones de existencia tienen una naturaleza básicamente no pecuniaria, en ocasiones los fallos les otorgan una naturaleza híbrida al confundirlas con las consecuencias pecuniarias del hecho dañino, con lo cual se introduce una confusión con respecto de la naturaleza misma de esta clase de perjuicio. De esta manera en el derecho francés se viola la regla de la indemnización plena del daño, puesto que de nada sirve otorgar entidad autónoma a un rubro del perjuicio si en la indemnización dineraria se confunde con otro rubro que queda sin indemnizar. En definitiva, como bien lo ha dicho los profesores Moreau y Richer, ya citados, la noción de *troubles dans les conditions d'existence* juega un papel funcional

*d'égalisation* en la indemnización del daño, lo cual no es propiamente un proceder técnico y necesario. (p. 263)

Respecto al daño a la vida de relación, Milagros Koteich con referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, señala:

De estas “invenciones” de la jurisprudencia, la más importantes la del “daño a la vida de relación”, definido como el

...menoscabo de la capacidad psicofísica del sujeto, que al incidir en el desarrollo de las actividades complementarias o integradoras respecto de la actividad laboral normal, afecta por reflejo inclusive a ésta última<sup>151</sup>

Como vemos, se le atribuyó naturaleza patrimonial para que de esa forma pudiera ingresar, a los efectos de su indemnización, en la previsión del artículo 2043 del Código Civil, con las inconsistencias que puede generar una concepción tal, anclada a parámetros patrimoniales como la capacidad laboral.

También, y más simplemente, sería definido más tarde como disminución de las posibilidades del individuo de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social; adquiriendo así, esta vez, naturaleza extrapatrimonial, indemnizable de acuerdo con el artículo 2059 C.C (2012, p. 59).

Por su parte el ex consejero de Estado y doctrinante Ramiro Saavedra expone en su estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado, abordando el análisis del perjuicio al proyecto de vida desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “una categoría que puede asimilarse en cierta manera a la alteración de las condiciones de existencia o al daño en la vida de relación” (2018, p. 1673), afirmación que permite tener como parte del desarrollo conceptual del perjuicio vida de relación, la tesis expuesta por la Corte Interamericana, que al respecto, en el caso “Loayza Tamayo Vs. Perú” en 1998 expuso:

---

<sup>151</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 2259 del 23 de junio de 1969

147. Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

148. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

149. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable --no meramente posible-- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.

150. En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.

151. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*.

152. En el caso de la víctima, es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico. Obviamente, este conjunto de circunstancias, directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse.

153. La Corte reconoce la existencia de un grave daño al “proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones.

154. La condena que se hace en otros puntos de la presente sentencia acerca de los daños materiales y morales contribuye a compensar a la víctima, en cierta medida, por las afectaciones sufridas a causa de los hechos violatorios, aunque difícilmente podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privada”<sup>152</sup>.

Se colige del pronunciamiento en cita, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce la existencia de un perjuicio inmaterial que se relaciona con el concepto que aquí se pretende desarrollar, al cual denomina daño [perjuicio] al proyecto de vida, reconociendo que a falta de compensación o valoración económica histórica por parte de la Corte, no se accede a su tasación pecuniaria o mediante otro mecanismo de reparación, lo que resulta lamentable, pues de aceptar la existencia del perjuicio y más aún su afectación, en clave de acceso material y efectivo a la justicia y reparación integral<sup>153</sup>, es inaceptable negar el acceso a su compensación so pretexto de la falta de antecedentes históricos o jurisprudenciales.

---

<sup>152</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Sentencia del 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas. párrs. 147 ss. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_42\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf)

<sup>153</sup> art. 8.1, 25 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José.

También resulta necesario resaltar que en la actualidad, con mayor razón a partir de 14 de septiembre de 2011 y ya con acogida jurisprudencial a partir de las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, el reconocimiento de perjuicios inmateriales diferentes al moral y principalmente el daño a la vida de relación ha encontrado fuerte oposición. En este sentido, las plurimentadas sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, radicados 38222 y 19031, así como las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, dentro de los radicados 26251, 28804 y 32988.

De otro lado, autores como Juan Pablo Domínguez, han rechazado de manera categórica la posibilidad de otros perjuicios inmateriales, dentro de estos el que se expone, calificándolos incluso bajo el rotulo peyorativo de “testaferros del derecho de daños”, afirmando al respecto que

Los testaferros del Derecho de Daños, que son todas estas creaciones artificiales y anómalas que venimos de describir, son gestos cósmicos creadores a través del poder de la palabra, que se arrogan o usurpan los juristas y con lo cual están *creando* cosas en el mundo. La creación de testaferros es una forma de legislar en contra del mismo ordenamiento que habla de derechos y no de hechos, por lo tanto, los testaferros son el uso de las posibilidades de la palabra, que desde que el humano se trasladó a vivir en la ideología, como la religión, crea al mundo, y de esa manera, usando éste poder mágico de las palabras los juristas *crean* daños y los presentan como algo que tiene existencia en sí, y que por lo tanto, no necesitan ser reconocidos por el Derecho ni pasar por el legislador. Los testaferros, en fin, muchas veces no pasan de ser hechos (el brazo, en el perjuicio fisiológico, es un mero hecho, la pérdida de la relación con el padre, en el daño a la vida de relación o en el de alteración a las condiciones de existencia, es un hecho; estos conceptos, en sí, son meros hechos) que deben ser valorados por el Derecho a través de verdaderos derechos; estos hechos, por sí mismos, son ininteligibles para una sociedad y para el Derecho (2018, p. 476).

En consecuencia, aboga el autor por un concepto normativo o tipificado del derecho de daños, sin acudir a lo que denomina ficciones o testafierros del derecho en el ejercicio resarcitorio del daño y en este sentido se sostiene

Por lo tanto, no comprendemos cómo se ha llegado a una instancia donde sean tan necesarios unos testafierros, unos chivos expiatorios de verdaderos derechos para lograr su reparación, es como si el derecho a la vida o a la honra, verdaderos derechos reconocidos por el ordenamiento (por lo menos en el colombiano), necesitaran de una coartada, de un pretexto, para ser reparados. No entendemos por qué verdaderos derechos necesitan de trasuntos, de malas copias de ellos mismos para ser reconocidos, el daño a la vida de relación, a la alteración a las condiciones de existencia, el daño existencial, el daño moral, al proyecto de vida, el fisiológico, el biológico, etc., son trasuntos, malas copias de verdaderos derechos jurídicos, y en definitiva, son pretextos o coartadas, testafierros innecesarios y forzados, de verdaderos derechos para obtener su reparación” (p. 476).

Si bien se comparte la posición del autor antes citado en cuanto a que el derecho a la reparación y el derecho en concreto no debe estar sujeto a artilugios o simples ejercicios argumentativos que sustenten la posibilidad de una amalgama de perjuicios, que al final lo que generan es desorden en la doctrina del derecho de daños y en particular desigualdad e inseguridad jurídica, permitiendo una amplia subjetividad, ya no solo en el ejercicio de la tasación de los perjuicios, sino más grave aún, en la cantidad de los que se reconocen, el problema surge en la estructuración del perjuicio y no de los derechos que lo componen.

Sin embargo, como es el objeto en el desarrollo de este trabajo, se defiende la idea de construir 4 grandes bloques de perjuicios en los cuales puedan contenerse los diferentes derechos o bienes jurídicos que el sistema normativo está llamado a proteger y, en consecuencia, en caso de su vulneración a resarcir. Por tanto, se considera que el ser humano es un complejo de elementos o componentes que lo integran, los cuales difieren en mayor y menor medida entre uno y otro, por

lo que la reparación debe ir dirigida a diferenciar los perjuicios causados y posteriormente a la tasación de los mismos atendiendo a criterios objetivos (derechos vulnerados) y subjetivos (grado de afectación particular) en su configuración.

Ahora bien, lo anterior no debe ser óbice para que surjan, como es la preocupación de la doctrina y que ha llevado a la idea de eliminar la distinción que aquí se defiende, que al hablarse de perjuicios se dé carta abierta a la jurisprudencia y a los jueces para crear a su libre albedrío y sin limitación conceptual alguna un abanico indeterminado de perjuicios, por lo que se comparte parcialmente la afirmación de Juan Pablo Domínguez en cuanto a que *“[e]l daño es algo a lo que se tiene derecho de otro, es lo único analizable por el Derecho. De esta manera, el bien jurídico es un dato normativo debido a que no tiene una existencia natural. Por eso al estudiar el daño se debe acudir al Derecho y no a las creaciones del “ser” que representan los daños aludidos por los juristas hasta hoy (como el Daño a la vida de relación) que en verdad son testafierros que enmascaran verdaderos derechos, y que además ponen en duda el principio de legalidad”* (2018, p. 235). De lo que no se comparte el calificativo de sustituto que se da al daño a la vida de relación, ya que esta se identificará como una categoría de perjuicio, con la cual se busca resarcir la vulneración de derechos y situaciones de trascendencia social, como se explica.

En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia está llamada a definir los conceptos y sus alcances, evitando confusiones como las que se resaltaron en las sentencias expuestas y con mayor precisión, como lo afirmado por el profesor Javier Tamayo, quien abandonando la tesis de la distinción entre daño y perjuicio expone que *“...si como consecuencia de esa disminución se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la misma víctima, o de víctimas diferentes, habrá entonces*

*tantos nuevos daños como bienes afectados haya. Cada bien lesionado constituye un daño con entidad propia*” (2017, p. 3). Siendo principalmente uno de los objetivos de este trabajo, en cuanto no se propugna por ampliar, crear o defender nuevos perjuicios, mucho menos auspiciar la posibilidad de que el Juez declare sin limitación alguna la existencia de estos, sino que se precisen y concreten, si se quiere, bloques o categorías de perjuicios a indemnizar que puedan objetivamente determinarse y evitar así la perturbación de los conceptos.

Lo cierto es que de manera reiterada la jurisprudencia y la doctrina han venido tratando de eliminar la excesiva reclamación de perjuicios por lo que se puede denominar de manera despectiva como “perjuicios bagatelas”, sustentando su improcedencia en argumentos tales como que el “daño es jurídico” en tanto no fue de tal dimensión que realmente genera un desequilibrio o afectación en la persona, o que no es el daño de tal entidad como para sustentar el perjuicio de terceros, o que en Colombia no es procedente la institución del “daño punitivo”, etc. Debe considerarse que como parte de la utilidad y practicidad de la distinción de daño y perjuicio, se encuentra la realidad de que no todo daño, a pesar de probarse y existir, es indemnizable -genera perjuicios-<sup>154</sup>, por lo que tal como lo sostiene la Consejera Marta Nubia Velásquez *“si bien el daño surge como un fenómeno físico o material (v.gr. la lesión, la muerte, la destrucción, la retención, entre otros), lo cierto es que su contenido es eminentemente deontológico y normativo, toda vez que no toda alteración del mundo exterior –en términos Hegelianos– puede ser considerada daño en sentido jurídico o normativo”*<sup>155</sup>, o en otras palabras de la doctrina, que permiten tener más

---

<sup>154</sup> La doctrina afirma en este sentido: “Esta hechura, tan común en la mayoría de sistemas jurídicos afines al colombiano, nos permite identificar un trazado que despeja en algo nuestro horizonte investigativo: un primer problema es encontrar una noción satisfactoria de daño, otra delimitar con precisión los requisitos para considerarlo indemnizable y otra muy distinta es precisar la forma como se lo ha de reparar. Esta trifurcación marcará una gran parte de la disección que se hará en los siguientes párrafos. Aventuramos esta hipótesis: no toda lesión es daño, no todo daño es indemnizable y no todo daño indemnizable es reparable”. Tamayo et al, 2018, p. 108.

<sup>155</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 12 de octubre de 2017, Exp. 39354.

claridad, “*no toda lesión es daño, no todo daño es indemnizable y no todo daño indemnizable es reparable*”<sup>156</sup>.

Queda claro la finalidad del perjuicio que en esta oportunidad convoca al análisis y que el mismo conlleva una visión desde lo social, el cual como ya se dijo se adopta bajo el nombre de vida de relación pero que de él hace parte igualmente el denominado alteraciones a las condiciones de existencia o el perjuicio de agrado, por tanto, será a partir de estos conceptos que se hace posible la definición de la naturaleza del perjuicio vida de relación.

En ese orden de ideas, se toma de la doctrina nacional las definiciones que respecto al perjuicio se han esbozado, advirtiendo que se asumen tanto el de vida de relación como el de alteración de las condiciones de existencia como sinónimos<sup>157</sup>, dada la intención de unificar los conceptos.

En primer lugar, se presenta al tratadista Javier Tamayo, quien expone que

[a]demás del menoscabo económico (daños patrimoniales) y emocional (daños morales) que pueda surtir la víctima de un atentado a su integridad física, podemos hallar otra alteración en sus condiciones de existencia. En efecto, la incapacidad física o psicológica del lesionado van a producir no solo pérdida de utilidades pecuniarias (daño material) o la de la estabilidad emocional, o dolor físico (perjuicios morales subjetivos), sino que en adelante no podrá realizar otras actividades vitales que, aunque no produce rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Así, la pérdida de los ojos privará a la víctima del placer de dedicarse a la observación de un paisaje, a la lectura, o asistir a un espectáculo; de igual forma, la lesión en un pie privará al deportista de la práctica de su deporte preferido; finalmente, a pérdida de los órganos genitales afectará una de las funciones más importantes que tiene el desarrollo psicológico y fisiológico del individuo. Se habla entonces, de daños fisiológicos, de daños por

---

<sup>156</sup> Tamayo et al, 2017, p. 108

<sup>157</sup> Al respecto dice Ramiro Saavedra (2018, p. 1677) “El daño a la vida de relación y el daño al proyecto de vida resultan equiparables. Los dos conceptos son independientes del perjuicio moral e implican una alteración a las condiciones de existencia de quien los sufre. Se trata de un menoscabo al desarrollo personal irreparable o de difícil reparación”.

alteración de las condiciones de existencia, o de daños a la vida de relación. Para nosotros, los términos son sinónimos”. (Tomo II p. 509).

Por su parte Wilson Ruiz Orejuela señala que

[l]a alteración de las condiciones normales de vida o de existencia se refiere entonces, a todo aquello que el afectado o víctima directa del daño antijurídico no podrá hacer más con ocasión de sufrir el mismo, esto es, lo concerniente a su proyecto de vida, actividades de orden económico, deportivo, artístico, que practicaba con frecuencia por vocación o como actividad permanente de vida, las cuales se ven menguadas, alteradas, alterando de manera grave, el curso normal de la vida de la persona afectada (2013, p. 93).

Obdulio Velásquez Posada, partiendo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, refiere que

a lo largo del último decenio, el Consejo de Estado ha ratificado el reconocimiento del daño fisiológico o a la vida de relación como daño con carácter autónomo, de carácter extrapatrimonial, no necesariamente vinculado a lesiones de tipo corporal que impiden confundirlo con el daño moral o con el daño patrimonial o material (p. 330)  
(...)

- a) Contenido del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia. Si bien inicialmente y de modo equivocado el perjuicio fisiológico se aceptaba solo en casos asociados con lesiones corporales es claro en la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado que ese daño se extendió a situaciones que no implicaban lesiones fisiológicas o corporales. Así, por ejemplo, en un caso en que se reconocen los daños a la vida de relación, el Consejo de Estado afirmó: “Se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida afectó el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo (2013, p. 336).

En su lugar, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sustentado como sinónimos el daño (perjuicio) a la vida de relación y la alteración a las condiciones de existencia, prueba es la providencia del 2001 en donde aduce: “[e]l daño a la vida de relación es una clase de perjuicio

*extrapatrimonial distinto del moral porque en éste lo que se afecta es la vida exterior y no las condiciones interiores de la persona. El daño a la vida de relación es la modificación del comportamiento social de quien lo padece”<sup>158</sup>.*

En ese mismo año, el Tribunal de cierre de la jurisdicción Contenciosa Administrativa reiterando lo expuesto por esa Corporación y sustentando el cambio de denominación de perjuicio fisiológico a vida de relación, explicó

a.2. Daño a la vida de relación:

En primer lugar, debe recordarse que la jurisprudencia, con apoyo en la doctrina, en la actualidad estima que el perjuicio que antes denominaba como “fisiológico” es mejor llamarlo, en forma más propia y precisa “a la vida de relación” por ser esta calificación más comprensiva del efecto que causó el daño; a esta conclusión se llegó en sentencia proferida el día 19 de julio de 2000; se dijo:

“En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.

( ) Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, ( )

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

En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por

---

<sup>158</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 10 de mayo de 2001, Exp. 13475.

la víctima – daño moral -, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión – daño material –, ‘sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal’

( ) De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral<sup>159</sup>

Ya desde el año 2000, la Sección Tercera del Consejo de Estado, explicaba:

Respecto de la cuantía de la indemnización, su determinación corresponderá al juez, en cada caso, conforme a su prudente arbitrio, lo que implica que deberá tener en cuenta las diferentes pruebas practicadas en relación con la intensidad del perjuicio, de modo que la suma establecida para compensarlo resulte equitativa. Y es obvio que debe hablarse de compensación, en estos eventos, y no de reparación, dado que, por la naturaleza del perjuicio, será imposible, o al menos muy difícil, en la mayor parte de los casos, encontrar un mecanismo que permita su reparación in natura o con el subrogado pecuniario

(...)

Conforme a lo anterior, está plenamente demostrado el perjuicio extrapatrimonial sufrido por José (...), en su vida de relación. En efecto, las consecuencias de la lesión, que perfectamente podrían presumirse, con base en la prueba de ésta, son claramente descritas por los peritos. Se deja constancia, en los dictámenes citados, de las graves afectaciones que la víctima sufre, por su condición de paraplejia, tanto a nivel estético, como en su autonomía, su intimidad, sus relaciones interpersonales y, en general, en su posibilidad de desarrollar, en el futuro, actividades que antes resultaban fáciles o posibles

---

<sup>159</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 9 de agosto de 2001, Exp. 12998.

Adicionalmente, la División de Seguridad y Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Regional Risaralda (folio 61 del cuaderno 2), concluyó que José (...) sufrió “INCAPACIDAD PERMANENTE de un (75%) SETENTA Y CINCO POR CIENTO (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL)” (se subraya), lo que quiere decir que no podrá desarrollar ninguna actividad laboral, situación que – al margen de los perjuicios materiales que genera, sobre cuya existencia ya se han hecho las consideraciones respectivas – modifica radicalmente, sin duda, la forma de vida de cualquier persona, dado que no podrá volver a ser económicamente productiva. Y en el caso particular de José (...), de quien dependían su esposa y su hijo, esta circunstancia tiene consecuencias evidentes respecto del desarrollo de sus actividades y, especialmente, de sus roles vitales. En efecto, seguramente, la función de cabeza de familia, antes cumplida por él, conforme a los testimonios rendidos dentro del proceso, deberá ser asumida por su esposa, o por sus suegros, lo que altera gravemente su vida familiar<sup>160</sup>.

En la misma línea del pensamiento, el 9 de marzo de 2011, el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa expuso:

Sostuvo la Sala en la providencia citada que el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, requiere una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”.<sup>161</sup>

De manera reciente, para el año 2017<sup>162</sup>, analizando la posibilidad de reconocimiento del perjuicio alteración grave a las condiciones de existencia, dentro del estudio del perjuicio denominado daño a bienes constitucional y convencionales, el Consejo de Estado recordó la línea que tal corporación sostenía al respecto y en este sentido hizo referencias a las

<sup>160</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 19 de julio de 2000. Exp. 11.842

<sup>161</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 9 de marzo de 2011. Exp. 28270

<sup>162</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 30 de marzo de 2017, Exp. 39042.

providencias del 15 de agosto rad. 2002-00004 y del 17 de octubre rad. 2001-00029-01(AG) ambas del 2007, resaltando

que se acredita con relación a las condiciones de existencia previas, con la característica de ser graves, drásticas y extraordinarias, así:

En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el *nomen* que hasta ahora se ha venido utilizando - en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política (...) El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

Partiendo de lo anterior, como definición del perjuicio a la vida de relación, en términos generales se puede tener como *“una alteración negativa de las posibilidades que tiene de entrar en relación con otras personas o cosas, de llevar a cabo actividades de disfrute o rutinarias o, la modificación de sus roles en la sociedad o en sus expectativas a futuro”*<sup>163</sup>.

La definición expuesta en el año 2007 por el Consejo de Estado, que a nuestro criterio, permite identificar con claridad la naturaleza y finalidad del perjuicio, separándola de la finalidad de otros

---

<sup>163</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 8 de marzo de 2007, Exp. 15739. Tesis reiterada el 30 de agosto de 2007. Exp. 15724

perjuicios inmateriales, permitiéndole otorgar una identidad propia y autónoma que sustente su alcance y viabilidad, pudiéndose concluir desde este trabajo, que el perjuicio que se denomina a la vida de relación -o si se quiere alteración a la vida de relación-, atiende la finalidad de resarcir y compensar las alteraciones negativas graves, padecidas por las personas respecto a las posibilidades que tienen en las relaciones intersubjetivas, sociales o con las cosas, que limitan su capacidad de llevar a cabo actividades de disfrute o rutinarias, o que modifiquen o alteren sus roles en la sociedad o sus expectativas futuras.

Por ello una definición del perjuicio que se puede plantear, tomando la idea que en este trabajo se pretende desarrollar y teniendo en cuenta la intención de unificar dos conceptos diferentes como son el daño a la vida de relación y el de las condiciones de existencia, podría decirse que el perjuicio vida de relación es aquel que busca compensar la vulneración grave y relevante a los derechos e intereses de las personas de la vida social, las relaciones interpersonales y el libre desarrollo de la personalidad, alterando su posibilidad de relacionarse con las otras, las cosas y el entorno, limitando o restringiendo la capacidad de llevar a cabo actividades de disfrute, rutinarias o que modifiquen sus roles en la sociedad o en sus expectativas a futuro.

### **c. Características del perjuicio vida de relación**

Del concepto y naturaleza del perjuicio en los términos que se acaban de exponer líneas atrás, se pueden extraer una serie de características que igual permitirán identificar cuando es procedente el reconocimiento del perjuicio. Para ello se considera que el perjuicio es viable reconocer de manera autónoma cuando se presenta una i) alteración negativa de las condiciones o un interés

legítimo, ii) la cual sea gravemente padecida por la víctima directa o quienes reclamen el perjuicio<sup>164</sup>, iii) respecto a las posibilidades que se tiene en desarrollar un proyecto de vida o en las relaciones intersubjetivas, sociales o con las cosas, que limiten la capacidad de llevar a cabo actividades de disfrute o rutinarias, o que provoquen la necesidad de modificar o alterar sus roles en la sociedad o sus expectativas futuras - Alteración de las relaciones intersubjetivas, sociales o con las cosas que modifiquen o alteren los roles en la sociedad o sus expectativas-.

### **c.1 Alteración negativa de las condiciones o un interés legítimo**

Es claro que la finalidad del derecho de daños es la de indemnizar o reparar las situaciones negativas generadas por el hecho dañino<sup>165</sup>, pues en términos jurídicos, el daño significa la “lesión de cualquier derecho subjetivo”<sup>166</sup> y en materia de responsabilidad del Estado, el daño debe tornarse antijurídico, para lo cual se presenta como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> “El carácter extensivo del daño a la vida de relación, en términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, permite que en la ampliación del núcleo configurativo puedan incluirse situaciones que comprometen no solamente a la víctima directa, sino también a terceros afectados con la lesión de ese bien jurídico, y no necesariamente se circunscribe el campo de aplicación a los casos de lesiones corporales, sino además a otros bienes conculcados, tal como se procedió en cuanto a su reconocimiento por la injusta acusación contra un ciudadano a quien se le indicó de ser el autor de una masacre, habiéndose publicado la noticia con su nombre y fotografía en diferentes medios hablados y escritos del país, originando, como se dijo, además del perjuicio moral “una grave afectación de la imagen y el prestigio de la persona destinataria de las acusaciones formuladas”, lo que en criterio del nuevo pronunciamiento es constitutivo de daño a la vida de relación, y así se viene aplicando desde el año 2000”. Gil B, 2013, p. 191

<sup>165</sup> “El daño proviene del latín “*demere*”, que significa, menguar, concepto éste último entendido como el detrimento o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico, debe entenderse también, que el daño es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, ya sea un derecho patrimonial o extramatrimonial, “de modo general, que el daño, como elemento estructural de la responsabilidad civil, en sentido amplio, consiste en todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva”. El daño, entendido en sentido propio, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil”. Pantoja, 2015, p. 215

<sup>166</sup> Goldstein, Mabel (2010). Diccionario Jurídico, “CONSULTOR MAGNO”; Editora Cultural Internacional, Bogotá -Colombia.

<sup>167</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 28 de enero de 2015, Exp. 32912). Reitera lo expuesto por la Sección Tercera de la Corporación en sentencia de 2 de marzo de 2000. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726

Por tanto, en primer lugar la alteración o afectación que se reclama debe ser de índole objetivamente negativo, esto es, que el Juez valore como una disminución o detrimento, no bajo la óptica de lo que aduce el demandante o perjudicado, sino de lo que bajo los criterios de la lógica y la razón se evidencien como alteración negativa, por lo que el perjuicio no sería procedente cuando de los hechos se pueden generar ganancias o utilidades, o si bien se modificaron las condiciones de vida, estas no reportan alteraciones negativas, como cuando se reclama por la muerte de un familiar al que no se visitaba o conocía, o se compartía, o cuando alguien reclama por la lesión en una pierna que le dejó imposibilitado para practicar deportes de impacto, pero se demuestra que la víctima no realizaba ningún tipo de deporte, o cuando a raíz de la lesión se pierde un órgano, pero tal situación no entorpece la función, etc.

### **c.2 La alteración debe ser grave frente a quien alegue el perjuicio**

Al momento de definir la procedencia del perjuicio, se sostiene que la alteración debe ser grave y para ello, igualmente debe atenderse a un criterio de razonabilidad, en el cual la gravedad de la alteración obligue a un cambio de las funciones o de las actividades cotidianas, por lo que la idea no se centra simplemente en que esta sea producto de una lesión corporal grave y cuyo único legitimado es la víctima directa, pues en todo caso, parientes, cónyuge, compañera o compañero permanente también pueden asumir los efectos del daño en este sentido.

La alteración grave lleva a entender que no de todo daño es necesario que se derive el perjuicio y que no toda declaración de la responsabilidad conlleva reconocimiento del perjuicio de vida de

relación<sup>168</sup>. En este sentido, si bien los ejemplos más claros al respecto es las lesiones graves y la muerte, incluso en otros escenarios puede presentarse alteraciones de las condiciones de la vida, lo que llevaría a la discusión en el sentido de valorar la dimensión del mismo, como cuando se es víctima de desplazamiento forzado, o producto de una privación de la libertad en la cual se hicieron publicaciones y acusaciones públicas, y una vez se recobra la libertad, es necesario que la víctima abandone el país con su familia por amenazas, o cuando por la muerte de los padres, la hija mayor debe encargarse del cuidado de sus hermanos menores, cambiando su papel de hermana al de madre.

Se considera que la posibilidad de calificar de grave un hecho es absolutamente discrecional, pero ello no conlleva la negación a que ciertos parámetros sean fijados y que incluso por reglas de la experiencia se pueda determinar cuándo es posible considerar la presencia del perjuicio, como en los casos de muerte para los hijos y la cónyuge o compañero o compañera permanente, o en caso de lesiones graves (superior al 50% de incapacidad), en algunos otros eventos será el juez el llamado a reconocer y declarar dicha situación, y a la parte actora acreditarla.

Es evidente que de ciertas circunstancias es posible extraer o presumir la magnitud de la gravedad del perjuicio, tal como lo sería lesiones con pérdida de capacidad superior al 50%, perturbaciones funcionales y anatómicas severas como cojeras, disfunción eréctil, esterilización, etc.; también en casos de deformidades o cicatrices visibles que general en la persona una afectación en las posibilidades en desarrollar un proyecto de vida, de llevar a plenitud las relaciones sociales, alteran

---

<sup>168</sup> Indica Koteich: “En cuanto a la valoración de este nuevo daño no patrimonial a categoría unitaria, la Sala Plena señala que éste es indemnizable sólo en los casos en los cuales se supere el nivel de tolerancia y el perjuicio no sea fútil, lo que impondría necesariamente constatar los requisitos de la gravedad de la lesión y la seriedad del daño (los cuales aportan el equilibrio entre el principio de solidaridad y el principio de tolerancia), de acuerdo con un nuevo parámetro general constituido por la “conciencia social del momento histórico específico”. Koteich, 2012, p. 63

el estilo de vida, costumbres y todo aquello que previo al hecho de manera cotidiana y ordinaria hacia la persona sin asistencia y con total autonomía, como las caminatas, la conducción de vehículos, la lectura, deporte, baile, consumo de comidas o bebidas sin restricciones, etc.

También de la privación de la libertad, partiendo de un periodo prolongado de detención, la difusión del evento y el rol social de la víctima, es posible identificar la dimensión y gravedad de la alteración a que se verá abocada la persona, como no poder continuar los estudios, compartir y participar en la educación y crianza de sus hijos, o en otro sentido, que los hijos crezcan sin el acompañamiento y apoyo de su madre o padre.

La muerte de un ser querido con el que se tenía una estrecha comunidad de vida, dependencia, ayuda y etc., lo que a diferencia del perjuicio moral, no se presumiría con el simple hecho del parentesco, máxime cuando se pretende que el perjuicio se reconozca a cualquier persona, independiente de ese vínculo. En ese orden de ideas, lo que se debe probar es que la pérdida genera en la persona alteraciones en su estilo de vida, costumbres y todo aquello que por lo general la persona hacia cotidianamente en su vida, disfrutaba, le hacía placentera la vida, o simplemente que la falta de esta persona, dificulta su día a día.

Por ello, el Juez a la hora de analizar la posibilidad del perjuicio debe partir de elementos objetivos como lo es el propio daño, para ello tener en cuenta la gravedad de la lesión, si se trata de la muerte de un ser querido, el término prolongado de una detención -para ello se puede fijar por ejemplo cuando sea superior a 3 meses-, la pérdida o disminución de un patrimonio importante -ejemplo cuando el daño lleva como consecuencia la quiebra-. Posteriormente, se tendrán criterios

subjetivos, estos se relacionan entre el daño (muerte, lesión, privación de la libertad, injurias, secuestros, etc.) con la repercusión de estas sobre la cotidianidad, relaciones y situaciones sociales particulares de la persona -víctima-, como serían en el deportista la lesión que le impida hacer deporte, la privación injusta de la madre cabeza de hogar, la muerte de los padres, la muerte de la hija o hijo que convivía con la madre anciana y era su apoyo, compañía, etc.

En concreto, lo que debe analizarse es la repercusión que tiene el daño en la cotidianidad de la víctima, su alteración de las condiciones y la imposibilidad de continuar realizando ciertas actividades cotidianas, comunes, de disfrute, así como la dificultad de hacerlas. Lo que se observa es la relación de la víctima con las cosas, las personas y el entorno en el caso concreto, por lo que, si una persona no puede continuar realizando una actividad que le generaba disfrute, placer, o que es cotidiana y común en todas las personas, como leer, tener relaciones sexuales, libertad de circulación, escuchar, etc.; o que estas resultan más difíciles, puede calificarse la alteración de grave.

En casos particulares también puede presumirse el perjuicio<sup>169</sup> tanto de la víctima directa como de otros perjudicados, como cuando por una lesión se pierde tanto la capacidad sexual como de reproducción, siendo claro que tal situación no solo afecta a la víctima directa sino también al

---

<sup>169</sup> Respecto a la prueba del perjuicio vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, el Consejo de Estado en alguna oportunidad sostuvo: “Por último, debe precisarse que, como en todos los casos, la existencia e intensidad de este tipo de perjuicio deberá ser demostrada, dentro del proceso, por la parte demandante, y a diferencia de lo que sucede, en algunos eventos, con el perjuicio moral, la prueba puede resultar relativamente fácil, en la medida en que, sin duda, se trata de un perjuicio que, como se acaba de explicar, se realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es, por lo tanto, fácilmente perceptible. Podrá recurrirse, entonces, a la práctica de testimonios o dictámenes periciales, entre otros medios posibles.

Lo anterior debe entenderse, claro está, sin perjuicio de que, en algunos eventos, dadas las circunstancias especiales del caso concreto, el juez pueda construir presunciones, con fundamento en indicios, esto es, en hechos debidamente acreditados dentro del proceso, que resulten suficientes para tener por demostrado el perjuicio sufrido ...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 9 de agosto de 2001, Exp. 12998.

cónyuge o compañera o compañero permanente, quienes no podrán disfrutar de la intimidad con su pareja o de la expectativa de tener hijos biológicos; igualmente, se podría dar la presunción cuando se presentara eventos de lesiones con deformidades físicas graves, toda vez que a cualquier persona generaría baja autoestima y vergüenza, afectando así la posibilidad de interactuar con otros.

Otra de las condiciones que se pueden presentar y es la que se expone en este trabajo, es precisamente que la gravedad de la alteración se estructure a partir de la gravedad del daño, por lo que la procedencia del perjuicio se define a partir de la valoración de la magnitud del daño como del bien jurídico o derecho vulnerado, por lo que no solo sería procedente este perjuicio cuando se presente el evento muerte, lesiones con calificación de pérdida de capacidad superior al 50%, deformidades físicas graves, violación de derechos humanos que conlleven secuelas físicas y psicológicas, como la tortura, la desaparición forzada y el secuestro, también se estructuraría de afectaciones al patrimonio que obliguen cambios sociales.

Así, se excluiría del reconocimiento del perjuicio aquí estudiado, eventos que se refieran al daño de cosas materiales cuando estas no generan la necesidad de la modificación del estilo de vida o rutinas que afecten exclusivamente el patrimonio o que no tengan vocación de perdurar en el tiempo, como cuando se presentan casos de homonimia en una investigación penal, o de la inscripción en una lista de deudores (habeas data) o que hagan parte exclusiva del fuero interno de la persona (v gr el miedo, depresión y la desconfianza), salvo eventos excepcionalmente traumáticos.

En concreto, el perjuicio se reconocerá cuando este no se dirija a reconocer el menoscabo de condiciones o situaciones que generan réditos o beneficios netamente económicos<sup>170</sup>, sino que este se limita exclusivamente al reconocimiento del menoscabo de las situaciones que dan disfrute, placer, individualidad, autonomía, posibilidades de desarrollo personal, social, ejercer el rol en la comunidad y la interacción social.

### **c.3 Alteración de las relaciones intersubjetivas, sociales o con las cosas que modifiquen o alteren los roles en la sociedad o sus expectativas**

Se ha sustentado que la viabilidad del perjuicio se desprende de la necesidad de compensar las limitantes o disminución de la víctima en relación con lo exterior, lo social y los otros, por lo que el perjuicio no puede valorarse solo desde la víctima, sino de su relación con lo exterior y particularmente su diario vivir hasta antes de los hechos<sup>171</sup> y las condiciones que se presentaran a futuro.

En ese orden de ideas, lo que el juez debe valorar y el demandante acreditar, es que el suceso, originó en quien reclame el perjuicio, circunstancias que alteraron sus relaciones sociales y modo de vida, que menguaron las posibilidades con las que contaba hasta el momento del evento lesivo, desde una dimensión social y cultural, como cuando una modelo es lesionada en su rostro, pues es

---

<sup>170</sup> “Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida’, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”. Tomado de Pantoja, 2015, pp. 943 – 944.

<sup>171</sup> “La reparación de las víctimas no es una construcción reciente. Su configuración temprana invitaba al restablecimiento de las cosas al estado anterior a la producción del daño. La lógica que imperaba se centraba en dejar indemne en función de las propiedades, características y condiciones de los bienes objeto del daño antijurídico producido”. Santofimio, 2018, p. 778.

claro que a ella, dada no solo su posición social, sino además los estándares que de su círculo de relaciones como el propio, presentan una connotación especial de la belleza y la estética, lo que al verse afectado generaría un mayor trauma e inclusive la necesidad de abandonar su círculo social y de relaciones sociales que hasta ese momento compartía, así como una modificación de su rutina.

Otro ejemplo sería el del futbolista profesional, quien, tras un accidente o lesión debe abandonar el futbol, siendo indudablemente este deporte tan importante para él, al punto que lo asumió como su profesión, por lo que verse privado de su práctica a nivel competitivo, lo obligaría a cambiar su estilo de vida, ya no hace parte del grupo social, lo que conlleva a que no está llamado a concentrarse, ser figura pública, participar en ciertos eventos, etc. Por el contrario deberá realizar otra actividad económica para subsistir y en consecuencia modificar su estilo de vida.

En igual sentido se tendría al futbolista amateur, que practica deporte de manera constante y en particular a modo de ejemplo el futbol, siendo lesionado y no pudiendo realizar la práctica del deporte, llevándolo a no reunirse con su grupo de amigos, pues los deportistas comparten el espacio del deporte y crean lazos de amistad, además el tiempo que practicaba el deporte debe emplearse en otras actividades; incluso en la alimentación se pueden afrontar cambios, por cuanto los deportistas tienen unos hábitos alimenticios que pueden sostenerse a partir de la exigencia que se hace del deporte y su gasto energético, hábitos que pueden ser contraproducentes cuando no se practica deporte.

En términos generales, lo que se debe observar es cómo se modifican las circunstancias particulares de la víctima conforme a lo que se presentaba hasta antes del daño, necesidad de una

silla de ruedas -ayuda para circular y en consecuencia necesidades especiales de circular, pérdida de la visión -limitación para transitar y leer, necesidad de aprender a leer en braille; muerte del cónyuge, afrontar la vida sin su compañero, deber de criar a los hijos sin la ayuda, variación en su estado civil; lesiones graves de un familiar, que conlleva el deber de asistirlo, por tanto relegar su tiempo, sus hobbies y en general ciertas situaciones personales para atenderlo, etc.

Estrechamente relacionado con la característica expuesta con anterioridad, se puede atender a criterios objetivos y que se pueden identificar desde el punto de vista de lo que fue afectado, sin reducirlo a facultades simplemente de placer o disfrute<sup>172</sup>, pues incluso aquellas que no generan placer, pueden tenerse en cuenta para determinar la procedencia del perjuicio<sup>173</sup>, identificándose en estas si a raíz del daño es necesario modificar o alterar los roles en la sociedad o las expectativas futuras, o si se disminuyen considerablemente esas posibilidades, por lo que se valoran elementos como la alteración en la familia, en el grupo social particularmente, en la rutina y en las capacidades personales.

En ese orden de ideas, una persona que sufre una lesión de la cual queda cuadripléjica, que trabajaba en una oficina, sin una vida social activa, no practicaba deporte, salía poco, no bailaba,

---

<sup>172</sup> Por ejemplo, en alguna oportunidad se sostuvo: “Sin duda, lo anterior alude a que las lesiones soportadas por Ibáñez Méndez, lo afectaron no solo en su órbita interna, sino también en la esfera exterior de su vida pues su escenario de existencia se modificó de manera importante. Ello se evidencia al valorar los testimonios rendidos en el proceso, en los cuales se da cuenta de que con posterioridad a sus lesiones, Daniel Rodrigo mutó dramáticamente su comportamiento, pues dejó de efectuar actividades que le generaban alegría y placer, como practicar deportes, bailar y en general interactuar con otras personas (...).” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 8 de marzo de 2007, Exp. 15739.

<sup>173</sup> “...reconoció que era una especie de daño extrapatrimonial distinto al moral, aunque continuó llamándolo fisiológico, término cuyo alcance precisó en el fallo de 19 de julio de 2000 (se analiza más adelante), en el que dejó en claro que no era sinónimo de la expresión “daño a la vida de relación”, ya que ésta corresponde a un concepto mucho más comprensivo y, por ende, resultaba inadecuado el uso de aquél. Explicó, también, que la afectación a que hace referencia la última locución podía “tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas” y que ella no solo se circunscribe a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como pareciera desgajarse de la denominación préjudice d’ *agrément* dada por la doctrina francesa, sino en general a las actividades rutinarias que la víctima ya no podrá realizar o que demandan de ella un esfuerzo excesivo para ejecutarlas...”. Pantoja, 2015, T I, p. 941

etc., no se encuentra en una posición similar al que si hacia todas estas actividades, por cuanto en la primera se vio alterada parte de su rutina y sus capacidades, pero en la segunda, además de estas, ve sacrificado sus hobbies y seguramente su rol en su grupo social.

#### **d. La prueba de los perjuicios inmateriales y del daño**

Ya se hizo precisión en que el daño debe ser probado y dicha obligación queda ineludiblemente a cargo de la parte demandante (art. 167 CGP), por la simple razón de que es esta quien la alega y reclama. Siendo este concepto un elemento ineludible de la responsabilidad, no operan ante ella ficciones jurídicas, indicios, presunciones, reglas de la experiencia, negaciones o afirmaciones indefinidas, hechos notorios o la carga dinámica de la prueba, ya que como se afirma de manera reiterada y aquí se acompaña, el daño debe ser cierto y real, lo que equivale a ser probado *-onus probandi-*<sup>174</sup>, sin discusión, aligeramiento o excepción alguna, o el daño existe o no existe -se prueba o no se prueba-<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> “La carga probatoria u onus probandi, modernamente se asienta en una triada que opera como máxima que soporta el deber probatorio de las partes y que provienen del derecho civil clásico (Art. 1757 del C. C.), a saber:

a) *Onus probandi incumbit actori*: El actor tiene el deber de probar el hecho que invoca como soporte de su pretensión.  
 b) *Reus, in excipiendo, fit actor*: El demandado que contradice la pretensión del actor, a su vez, se hace demandante, ante la urgencia de probar el hecho que le sirve de excusa.

c) *Actore non portante, reus absolvitur*: El demandado queda exonerado de la obligación cuando, propuesta su excepción a la pretensión del actor, este se muestra incapaz de contradecirlo, probando la vigencia de su causa.

De esta dogmática, se extracta, a no dudarlo, que el riesgo de no probar un hecho, no es otro que el fracaso de la pretensión; es decir la parte, activa o pasiva, con su incuria o negligencia solo puede provocar su propio daño<sup>120</sup>. Con razón Muñoz Sabaté<sup>121</sup> apunta que [e]n el proceso civil, el juez solo puede resolver *secundum allegata et probata*, lo que quiere significar que la propia parte es quien soporta las consecuencias de su inactividad, de su negligencia, incluso de sus errores, por tanto, es ella y solo ella quien debe cuidar de suministrar al juez los máximos elementos. *Vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*.

Por supuesto, que a estos criterios deberán sumarse las consideraciones como la justificación de la prueba de oficio y su excepcional ocurrencia, que en seguida se retomará como preámbulo de este capítulo, muy a pesar de que se postule, en la nueva sistemática, a la verdad como el punto nodal de la revisión judicial, pues, en suma, son los criterios de correspondencia y aportación probatoria, los que siguen perfilando al sistema como dispositivo y no inquisitivo, como mal podría considerarse”. Pinzón, 2014, p. 182

<sup>175</sup> La imposibilidad de probar se ha denominado como riesgo de no persuasión y se concreta en que, si no se prueba lo que se alega, se prueba su inexistencia. Al respecto Consejo de Estado ha sostenido:

“Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon oportunamente y en debida forma los medios que la ciencia y la técnica del derecho ofrecen a las partes, no queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio *onus probandi* o carga de la prueba”.

Obsérvese como el Consejo de Estado de manera reiterada, hace la misma precisión, pero sin hacer uso de la distinción de los términos; es así como en providencia del 29 de julio de 2015<sup>176</sup>, se señaló:

[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia<sup>177</sup>”.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización<sup>178</sup>. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual.

Y ya desde el año 2007<sup>179</sup>, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo había expuesto:

Al respecto, considera la Sala que si bien no se cuenta con pruebas que den lugar a cuantificar los gastos en los que el lesionado o sus familiares deban incurrir en el futuro, para recuperar o mantener la salud del primero, sí obra prueba de que Daniel Rodrigo Ibáñez padece -a consecuencia de las heridas del 4 de noviembre de 1991- secuelas consistentes en una “perturbación funcional del miembro por un cuadro de osteomielitis”, cuyo comportamiento es “irregular, con períodos de reagudización y mejoría en forma impredecible, tardando incluso años en reaparecer y estar supurando también por largos períodos.

---

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de enero de 2011, Exp. 7.958. Reitera posición expuesta el 4 de mayo de 1992, Exp. 6627.

<sup>176</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 29 de julio de 2015, Exp. 26731.

<sup>177</sup> Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

<sup>178</sup> CHAPUS. *Responsabilité Publique et responsabilité privée.*, ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta”.

<sup>179</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 8 de marzo de 2007, Exp. 15739.

Con lo cual se tiene establecido el carácter cierto del daño, consistente en este caso, en las secuelas en la salud de la víctima como consecuencia de la lesión producida por la entidad pública demandada y que, deberán ser atendidas médicamente, lo cual sin duda le generará erogaciones pecuniarias -perjuicio- que de no ser por el daño sufrido, no tendría la necesidad de sufragar.

Teniéndose clara la distinción entre daño y perjuicio, el Juez y el litigante tiene en sus manos las herramientas necesarias para determinar los elementos y medios de pruebas necesarios a efectos de establecer la necesidad de la prueba (art. 164 CGP); los medios de prueba a emplear (art. 165 CGP); las presunciones que pueden suplir la falencia o limitante probatorias (art. 166 CGP); quien ostenta la carga de probar (art. 167 CGP); y por qué no, poder establecer la fijación del litigio (núm. 7, art. 180 CPACA), pues es evidente que pese a pregonarse la llamada libertad probatoria en nuestro sistema procesal, lo cierto es que algunos hechos o actos jurídicos exigen de una suerte de tarifa legal en materia probatoria, o simplemente ante el análisis que el Juez debe realizar para su decreto -necesidad, utilidad y pertinencia-, no toda prueba es viable para sustentar lo que se pretende probar<sup>180</sup>.

A manera de ejemplo, conforme al Decreto 1260 de 1970 los hechos y actos relativos al estado civil de la persona (art. 5)<sup>181</sup>, deben probarse “con copia de la correspondiente partida o folio, o

---

<sup>180</sup> 3.1. PUNTO DE VISTA DE LAS PRUEBAS

Con respecto a las pruebas, los artículos 178 del CPC y 168 CGP se refieren a ellas cuando facultan al juez que les rechace de plano si son inconducentes, legalmente prohibidas, notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas. Baste simplemente decir que, por razones de economía procesal, el juez está relevado de decretar pruebas que se encuadren en algunas de las categorías ya mencionadas. Así por ejemplo: pretender demostrar lo que ya esté probado dentro del proceso o contrario a lo evidente, o pretender demostrar lo que es imposible de probar o una prueba que si bien es legal no sirve para demostrar un hecho o acto porque la ley exige para la validez del mismo cierta formalidad, o llevar al proceso una prueba cuando fue ilícita la forma cómo se obtuvo, etc.; nos demuestra lo vano e improcedente de su decreto; por ello el juez no está obligado a atender la solicitud de la parte para que se tengan como prueba. Giacomette Ferrer, A, 2015, p. 115

<sup>181</sup> Artículo 5.\_ Los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, deben ser inscritos en el competente registro civil, especialmente los nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, habilitaciones de edad, matrimonio, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes, cambios de nombre,

con certificados expedidos con base en los mismos” (art. 105), por lo que “[n]inguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado a funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro” (art. 106). Por tanto, reiterada ha sido la posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuanto a que<sup>182</sup> “*resulta claro que cuando se expida un certificado de registro civil de nacimiento y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos*”<sup>183</sup>, lo que no significa que las modificaciones del estado civil no puedan acreditarse mediante un medio probatorio diferente al registro o certificado civil, cuando i) se encuentre acreditada la imposibilidad de aportar el documento por razones que no le son imputables a quien ostentaba tal carga y ii) el parentesco o el hecho del nacimiento o del fallecimiento de una persona se aduzca para extraer de allí consecuencias distintas a las propias del estado civil<sup>184</sup>.

En ese orden de ideas, una prueba se dirige a la acreditación del daño y otra a la del perjuicio, por lo que de alegarse por ejemplo la muerte del padre, esta solo se acredita con el registro de defunción del padre fallecido y el registro civil de nacimiento del hijo reclamante; o de ser la cónyuge, el elemento probatorio compuesto será el registro civil de defunción y el de matrimonio, siendo el

---

declaraciones de seudónimos, manifestaciones de avecindamiento, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte, así como los hijos inscritos, con indicación del folio y el lugar del respectivo registro.

<sup>182</sup> Por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de marzo de 2010, exp. 32651; 9 de marzo de 2011, Exp. 28270; 23 de abril de 2008, Exp. 16186.

<sup>183</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 7 de abril de 2011, Exp. 20750. Se reitera las sentencias del 21 de septiembre de 2000, Exp. 11.766 y del 26 de agosto de 1999, Exp. 13.041.

<sup>184</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de mayo de 2015, Exp. 31083).

reclamante la compañera permanente dicha prueba varia al deber de demostrar los elementos de la unidad material de hecho, además de la muerte.

Sin embargo, tratándose de la acreditación del perjuicio, este contiene supuestos definidos, de un lado el daño emergente, que solo lo reclama quien haya sufragado gastos respecto a la atención médica y sepultura; lucro cesante, en lo dejado de percibir como ayuda del padre; pero en caso de perjuicios inmateriales, el objeto de la prueba está dirigida a demostrar el daño moral y la afectación a las condiciones de existencia, y de existir falencias o imposibilidades probatorias, podrá el Juez y el litigante, conocer respecto de qué perjuicios operan presunciones y sobre cuales podrá adoptar la técnica de la prueba indiciaria, tal como se desarrollará en los respectivos acápite; por tanto, continuando con el ejemplo, suponiéndose que quien demanda es el hijo del fallecido, joven de 20 años, dependiente y sin que los hechos evidencien elementos más gravosas del perjuicio (no de la muerte), el Juez puede prescindir de testimonios para acreditar el dolor y la congoja; o en caso de perjuicios materiales como el lucro cesante, no resulta necesario acreditar el salario que devengaba el padre o que este trabajaba<sup>185</sup>; y en caso del reconocimiento de la vida de relación, podrá advertir el abogado de la parte demandante, la necesidad de probar la alteración de las circunstancias particulares de vida de quien demanda. Se evita de esta manera pruebas inútiles e impertinentes, como de solicitar se oficie a una funeraria o a una parroquia para que certifique la muerte; o desgastarse acreditando supuestos padecimientos psicológicos con secuelas psiquiátricas

---

<sup>185</sup> Esta es la línea seguida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual se concreta en la siguiente: “El salario base de liquidación no es otro que el mínimo mensual legal vigente como quiera que las reglas de la sana crítica indican que una persona laboralmente activa no podría devengar menos de este monto, que para el año dos mil diecisiete (2017) asciende a \$737.717. A esta suma se adicionará el 25% correspondiente a las prestaciones sociales para un total de novecientos veintidós mil ciento cuarenta y seis pesos y veinticinco centavos, (\$922.246,25), de manera tal que este será el salario base de liquidación”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 27 de junio de 2017, Exp. 43918. También puede consultarse del 27 de junio de 2017, Exp. 44476; del 16 de febrero de 2017, Exp. 40390A; 5 de diciembre de 2016, Exp. 42924; 17 de agosto de 2017, Exp. 44018; y del 27 de junio de 2017, 44546, entre otras.

y psicossomáticas (daño a la salud) mediante testigos, o que el hijo ya no disfrutó de las actividades cotidianas o placeres de la vida (vida de relación) a través de una entrevista psicológica<sup>186</sup>, que en la mayoría de los casos solo obedece al desarrollo de un test y preguntas realizadas a la víctima, que si bien no tienen de plano que ser descartados, tampoco son prueba irrefutable del perjuicio y pueden ser vagas.

#### **d.1 El ejercicio probatorio en la valoración y reconocimiento de los perjuicios inmateriales.**

En esta instancia de la disertación, es necesario realizar un breve comentario respecto de la actividad probatoria tanto para los litigantes como para el Juez, siendo el centro de atención la presunción y la prueba indiciaria, como dos de los recurrentes ejercicios probatorios y técnicas empleadas en la responsabilidad extracontractual y en particular, en cuanto a los denominados perjuicios inmateriales se refiere.

---

<sup>186</sup> Si bien como lo comenta Obdulio Velázquez (2013, p. 327) sobre la prueba del perjuicio moral, “De ordinario no se requiere de peritos para su determinación y cuantificación. Recuérdese que el primer fallo de la Corte Suprema de Justicia sí recurrió al peritazgo para definir la forma de la reparación. La Corte viene sosteniendo desde 1942 la inadmisibilidad del dictamen pericial, porque en su opinión “la reparación del daño moral y el modo de satisfacerlo, atendiendo a que carece de materialidad no es posible ni jurídicamente ni racionalmente su avalúo por peritos”. También se comparte que de la actividad pericial pueden extraerse elementos en casos particulares de los que se pueden sustentar la intensidad y grado de la afectación, cuando por ejemplo esta se vuelve psicossomática o afectar la vida social de las víctimas, por lo que se comparte con el autor “que se debe reevaluar la negativa rotunda en ese tema, pues los peritos pueden cumplir un papel importante a la hora de determinar la intensidad de muchos daños de tipo moral, de origen psicológico o físico. En ciertos casos puede ser conveniente el dictamen del experto para determinar la intensidad de una depresión o las posibles causas de esta”. Sin embargo, será en materia del perjuicio de vida de relación, la prueba idónea y preferente, por lo que en casos particulares el dictamen pericial psicológico se orientaría en este sentido para sustentar tales argumentos.

### **i) La prueba indiciaria**

Uno de los medios de convicción recurrentemente utilizados es el de los indicios, medio de prueba que es el de mayor importancia para el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, dada su flexibilidad y la dificultad que existe para la prueba directa<sup>187</sup>.

La prueba indiciaria puede ser construida y presentada por el litigante en el desarrollo argumentativo que conlleva un proceso, pero igualmente puede ser valorada por el Juez, para lo cual debe contar con los elementos probatorios necesarios. La prueba indiciaria comparte con las presunciones el ejercicio de mediar en ellas una inferencia lógica, la cual como lo afirma López Blanco (2017, p. 416), “*esta es labor propia de la crítica de cualquier medio probatorio*”, sin embargo, en el indicio es necesario un hecho debidamente probado del cual pueda desprenderse una conclusión a la que por ejercicio de esa inferencia lógica llega el Juez.

Respecto de la estructura que conforma la prueba indiciaria, el tratadista Azula Camacho explica:

- A) Un hecho conocido o indicador, que es el apreciado por el juzgador y que requiere que esté plenamente establecido por cualquiera de los medios probatorios, como el testimonio, los documentos, la declaración de parte, etc.
  
- B) Una inferencia lógica o deducción que se hace, basada en las reglas de la experiencia o en el conocimiento de cuestiones técnicas o científicas, a partir del hecho conocido para inferir la existencia o inexistencia de otro, que es su consecuencia natural. CARNELUTTI afirma que “un hecho no es indicio en sí, sino que se convierte en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho

---

<sup>187</sup> En la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera; Exp. 14357 de 15 de agosto de 2002 el consejero Ricardo Hoyos Duque sostiene:

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

a probar en una relación lógica, que permita deducir la existencia o no existencia de este”. Es —observa DELLEPIANE — un silogismo en el cual la premisa mayor está constituida por las reglas de la experiencia que, aplicadas al hecho indicador, como premisa menor, conducen al hecho indicado o conclusión. Precisamente por tomar en consideración la regla general para llegar al caso particular es —como observa el mismo DELLEPIANE— una deducción. Este autor trae como ejemplo, tomado de LÓPEZ MORENO, el hallazgo de edificios arruinados como indicio evidente de la existencia y acción del hombre, que constituye una deducción rigurosa, que ninguno pondría en duda, por cuanto nadie edifica en la tierra como el ser humano.

C) Un hecho desconocido o indicado, que surge como consecuencia del hecho conocido o indicador. Es la existencia o inexistencia del hecho al cual apunta o del que se deduce como lógica secuela el hecho indicador” (2015, p. 362).

La Ley 1564 de 2012, denominado Código General del Proceso, contempla la prueba indiciaria (art. 165 CGP), estableciendo como requisitos que el hecho que servirá como indicio esté debidamente probado (art. 240 CGP), siendo posible deducir de la conducta de las partes -procesal o extraprocesalmente<sup>188</sup>- indicios (art. 241 CGP). Para su valoración, los indicios se apreciarán en conjunto *“teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”* (art. 242 CGP).

Respecto a la prueba indiciaria, el profesor López Blanco, parafraseando a Parra Quijano, explica que *“el indicio es un hecho que tiene la especial propiedad de mostrar otro desconocido, “pero lo puede mostrar porque se encuentra dentro de unas circunstancias que lo transforman de neutro*

---

<sup>188</sup> Por ejemplo, se observa como en este análisis para descartar la participación o conducta de la víctima como elemento aportante en el resultado, el Consejo de Estado tiene como indicio de una conducta acorde a su función y de prudencia su comportamiento previo o antecedentes, indicando: “... aunque los técnicos consideraron también la posibilidad de que la explosión tuviera origen en una inadecuada manipulación del artefacto o que éste hubiera sido desasegurado por el soldado, el análisis de las pruebas obrantes en el proceso conducen a una conclusión diferente, puesto que de acuerdo con los testimonios de quienes se encontraban con él en el momento de los hechos, la granada que estalló se le había entregado desde hacía cuatro meses, tiempo durante el cual él actuó responsablemente, cumpliendo las funciones que le asignaban y no se presentó ningún inconveniente, motivo suficiente para considerar no probada la participación de la víctima en el evento dañoso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena; 28 de agosto de 2014, Exp. 31172.

*en indicador”, con lo que se tiene la conocida acepción de que el indicio es un hecho conocido del cual se infiere lógicamente otro desconocido...”* (2017, p. 412).

La prueba indiciaria, tal como puede colegirse de las disposiciones que la regulan (arts. 240, 241, y 242 CGP) no tienen un amplio desarrollo legislativo, por lo que ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que se ha encargado de su estudio práctico, y en este ejercicio se ha dicho que *“la doctrina universal de manera concordante establece la diferenciación entre el indicio necesario y el contingente, entendiéndose por el primero aquel hecho desconocido que, probado el hecho indicador, de manera fatal tiene que darse, por ser este el obligado supuesto para la existencia del otro, mientras que los segundos serán aquellos que con mayor o menor probabilidad, de acuerdo con la fuerza indicadora del hecho conocido, pueden permitir la inferencia de hechos desconocidos, de manera que, a su vez, se les subclasifica en indicios graves o leves”* (2017, pp. 415 – 416).

Es posible que el Juez profiera un fallo basado solo en los indicios, por cuanto no se puede negar la calidad de prueba de estos (art. 165 CGP), por lo que *“este medio es admisible y cumplidos los requisitos advertidos, lleva certeza al juez, puede éste, únicamente con apoyo en hechos indiciados, fundar su sentencia. Cuestión diversa es que para que existan hechos indicadores es menester que obren otros medios de prueba que los acrediten...”*. La valoración o apreciación de otro lado, debe atender además de las reglas de la lógica, la sana crítica<sup>189</sup>, a las reglas de la

---

<sup>189</sup> “Se emplea la expresión “sana crítica” que conlleva la obligación para el juez de analizar en conjunto el material probatorio para obtener, aplicando las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que corresponda, tema acerca del cual nos parece atinado el resumido análisis que realiza Casimiro Varela<sup>189</sup> quien luego de resaltar que la expresión se utiliza en la ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, constituye un concepto no definido por la ley ni tratado con claridad por la doctrina advirtiendo que “Algunos fallos la identifican con la lógica, otros con el buen sentido, con la crítica o el criterio racional, la rectitud y sabiduría de los jueces. La sana crítica implica que en la valoración

experiencia<sup>190</sup>, realizando el fallador un análisis de la gravedad o levedad del indicio, el cual a falta de disposición que permita esa calificación, deberá adoptarse según el grado mayor o menor de probabilidad<sup>191</sup>, y la necesidad o eventualidad del indicio<sup>192</sup>.

---

de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivos de análisis”. López Blanco, pp. 119 - 120

<sup>190</sup> “3.1. La apreciación de los indicios y las reglas de la experiencia

He partido del supuesto que en materia probatoria, salvo precisas referencias sobre temas propios de cada sistema sustancial, debería existir un único estatuto, de manera que los eventuales vacíos que puedan ser predicados de la repetitiva regulación probatoria en los códigos procesales penal y civil se resuelven integrando sus disposiciones. Así las cosas, se tiene que el Código General del Proceso olvidó en materia de reglas acerca de la apreciación de los indicios, incluir la que trae el artículo 284 de la ley 600 del 2000 acerca de que “todo indicio ha de basarse en la experiencia”, aspecto que nos parece útil en lo que concierne con el análisis de esta prueba, pero con la advertencia de que las reglas de la experiencia igualmente sirven para la crítica de los restantes medios de prueba, tal como lo comenta Döhring al resaltar que “El saber experimental es importante para el manejo de todo tipo de medios probatorios”. El autor hace referencia a las posibilidades que otorgan los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 12 de la Ley 1564 de 2012. López Blanco, 2017, pp. 420 – 421.

<sup>191</sup>En este sentido, Marco Antonio Álvarez explica: “Pero sea lo que fuere, lo cierto es que la teoría de las probabilidades, aunque no constituye el fundamento de la inferencia lógica, sí determina la valoración de la prueba indiciaria, porque, insistimos, de la mayor o menor posibilidad de ocurrencia del hecho desconocido (mejor decir, no probado), a partir del conjunto de hechos indicadores, dependerá, en grado sumo, la eficacia probatoria de aquella. En las hipótesis referidas en párrafos anteriores sobre Alfonso y Germán, la contingencia es muy cercana al cien por ciento; incluso, si la piedra es la misma, la certeza será total. Por el contrario, la probabilidad de que Juan sea el padre de los hijos de Natalia, su esposa, aunque alta, puede decrecer si se comprueba que por la época de la concepción aquella tuvo trato carnal con otro hombre. Alguien diría que aquí la probabilidad de paternidad sería del 50 por ciento para cada varón.

Estos sencillos ejemplos igualmente evidencian que la gravedad de un indicio no es, por regla, asunto librado al escrutinio individual de cada uno de ellos, pues esa calificación suele depender, las más de las veces, del análisis conjunto de todos ellos, lo que significa que un indicio que a primer golpe de vista se ofrece trascendente, puede tomarse irrelevante cuando se le examina con otros indicios y con otras pruebas, pero también viceversa.

En lo que atañe a la concordancia y a la convergencia, tiene razón DELLEPIANE cuando señala que “la primera se refiere a los indicios o hechos indicadores”, mientras que la segunda “a las deducciones o inferencias indiciarias”. Por consiguiente, los varios indicios deben enlazarse o ensamblarse de forma tal que cada uno de ellos, a la manera de fichas de una misma pieza, y todos ellos al propio tiempo, como si fuera un rompecabezas, articulen el hecho indicado (...). Álvarez, 2017, p. 386.

<sup>192</sup> Azula Camacho define que “El necesario irremediadamente conduce a una determinada consecuencia. En otros términos, como lo observa MARTÍNEZ RAVE, “cuando el hecho deducido no puede tener por causa sino el hecho probado. La relación de causa a efecto es absoluta”. Azula Camacho, p. 365

Respecto a la prueba indiciaria, explica la Sección Tercera del Consejo de Estado: “12.1.2. El C.P.C. dispone que, para que un hecho pueda considerarse como indicio debe estar debidamente probado en el proceso (artículo 248). De este modo, y siguiendo al tratadista mencionado, para la existencia jurídica del indicio es necesario plena prueba del hecho indicador y que, el hecho probado tenga alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga por existir alguna conexión lógica entre ellos.

12.1.3. El análisis para la configuración de un indicio, esto es, el paso entre el hecho indicador y el hecho indicado es una operación que debe realizar el juez en cada caso concreto, de acuerdo con las reglas de la experiencia y siempre que no obre prueba en contrario que lo desvirtúe”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 30 de junio de 2011. Exp. 19836.

Y en otra providencia de la Corporación se lee: “Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto” (cita: Exp. 14786 del 28 de abril de 2005), línea reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 24 de marzo de 2011. Exp. 17993 y del 13 de junio de 2013. Exp. 25180.

En similar sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta; 27 de mayo de 2010. Exp. 17324; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 31 de mayo de 2016. Exp. 38757.

## ii) Las presunciones

En la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado es utilizada de manera muy recurrente las llamadas presunciones, a tal punto que con las sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, el máximo juez de lo contencioso administrativo no solo unificó su posición respecto a los perjuicios inmateriales reconocidos en esa jurisdicción, sino que además creó reglas de presunción de perjuicios en lo que respecta al monto del perjuicio inmaterial producto de la muerte o lesión de seres queridos y a la denominada privación injusta de la libertad, para lo cual empleó un cuadro de baremos porcentuales y salarios mínimos, en el que se determinan los alcances de los montos a indemnizar mediante niveles de parentesco.

Lo señalado por el Consejo de Estado en la unificación del 28 de agosto de 2014, pretendía establecer para algunos casos específicos una presunción de perjuicios derivados del parentesco, buscando con ello instituir criterios objetivos de tasación y así evitar la reiterada disparidad y variabilidad de las condenas que no se acompañaban con el principio de igualdad y la seguridad jurídica.

Así entonces, empleado por el Consejo de Estado la presunción que por doctrina de unificación tiene un carácter de publicidad, permanencia y acatamiento especial, podemos partir ahora de unas verdaderas reglas de presunción aplicables a la jurisdicción; sin embargo, no es posible asimilarse esta con la prueba o la presunción de derecho (presunción de ley) de que trata el artículo 166 de la Ley 1564 de 2012, ya que esta *“tiene incidencia, desde luego, en materia procesal sin que constituya medio probatorio, porque no cumple su función, que es la de llevarle al juez el*

*conocimiento de los hechos, sino que solo es un eximente de prueba respecto de la secuela o consecuencia que el precepto consagra, pero no del supuesto que lo constituye, con respecto del cual la carga recae en la parte interesada en que se aplique la presunción*”<sup>193</sup>. En su lugar, las presunciones que surgen de la unificación del 28 de agosto de 2014, tienen la posibilidad de desvirtuarse; y dado que el artículo 166 del CGP trata de una excepción a la regla general probatoria, su interpretación debe ser ajustada a la Ley en sentido estricto, es decir, debe solo entenderse presunción de derecho o de ley como las presunciones establecidas por el legislador, por lo que las demás corresponden a presunciones de hecho y en consecuencia son desvirtuables, siendo el efecto solo el de trasladar la carga de la prueba<sup>194</sup>.

Respecto a las presunciones, la doctrina la ha explicado como las *“inferencias lógicas que hace el legislador, partiendo de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido, que es precisamente el presumido; se requiere que las circunstancias o antecedentes sobre los cuales se base la existencia de ese hecho conocido, estén plenamente probadas”*, por lo que es *“necesario que exista un elemento debidamente probado, desde el cual se pueda desarrollar una inferencia lógica de la cual se derive la presunción, no se puede dar por sentado lo desconocido, cuando la base es también incierta. Luego entonces la base tiene que ser cierta, conocida, tiene que estar plenamente probada dentro del proceso”*<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> Azula Camacho, Jaime (2015). Manual de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales Tomo VI. Editorial Temis S.A; Bogotá – Colombia. Pág. 373

<sup>194</sup>Al respecto nos ilustra la doctrina en cuanto a que “...del inciso segundo de las mencionadas disposiciones se colige, que es importante tener en cuenta la presunción de que se trate: si legal o de derecho, porque según sea la una u otra, admitirá o no prueba en contrario. Entonces, si la admite, se produce un desplazamiento, una inversión de la carga de la prueba, porque la parte que arguye tal hecho no tiene que entrar a probarlo, sino que quien entra a desvirtuarlo es la parte contra quien se aduce, entiéndase contra quien se pretende hacer valer la presunción. Giacomette, 2015, p. 116

<sup>195</sup> Ibidem, pp. 115 - 117

La presunción trae como consecuencia el aligeramiento de la carga probatoria o de eximir a una de las partes de ella y para su construcción, conforme el artículo 66 del Código Civil<sup>196</sup>, es necesario que intervenga de un lado el precepto legal que la constituya -presunción legal o de derecho- o de hechos, antecedentes o circunstancias previas conocidas -de hecho- y el ejercicio deductivo del Juez que la aplique, pero esta no debe contrariar leyes de la lógica, la razón<sup>197</sup> o reglas de la experiencia, por cuanto como lo comenta Giacomette “*las presunciones no deben tener elementos que lo controvierta o deje dudas del hecho en que se basa*”<sup>198</sup>, debiendo estas estructurarse en probabilidades reales y no situaciones que atiendan al simple capricho o a la imaginación del fallador.

Debe aceptarse que, tratándose de los perjuicios inmateriales, es muy común que se acuda a la presunción como prueba, dada la dificultad que en este sentido tienen no solo las partes, sino incluso el Juez, pero debe considerarse, en una valoración personal, que algunas presunciones empleadas por la jurisprudencia carecen realmente del cumplimiento de esas premisas,<sup>199</sup> esto es,

---

<sup>196</sup> ARTICULO 66. *PRESUNCIONES*. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

<sup>197</sup> En este sentido resulta útil lo expuesto por Juan Pablo Domínguez cuando expone: “Por esa razón, la lógica que se ha ocupado de las leyes del lenguaje mas no de las del pensar, resulta preponderante para nuestra cuestión. Así, por ejemplo, se expresan ya los tribunales de justicia:

“El fallo del Tribunal Supremo de la Zona Británica de Ocupación del 19 de octubre de 1948 afirma claramente que las leyes de la lógica forman parte del derecho. Este Tribunal dice en los considerandos: ‘La parte que solicita la revisión considera que la violación del derecho material contra la cual se protesta, consiste en que la sentencia contiene afirmaciones contradictorias entre sí. Hay que concederle que una tal lesión de las leyes del pensamiento significa una violación del derecho material. Esto vale no sólo cuando en las conclusiones aparecen contradicciones irreconciliables, sino también cuando entre ellas y los hechos probatorios particulares existen también contradicciones desde el punto de vista de las leyes del pensamiento (...) La violación contra las leyes del pensamiento es, por consiguiente, una violación del derecho material.’” Domínguez, 2018, p. 35

<sup>198</sup> Giacomette, 2015, p. 117

<sup>199</sup> “Si entonces se cuestionaba por la jurisprudencia misma una posición de principio que suponría la inadmisibilidad de plano de esta clase de perjuicios, el camino que le quedaba al juez era el de realizar una verdadera búsqueda de la certeza del perjuicio, es decir, de las posibilidades de que existiera, para que lo hipotético pudiera adquirir elementos de la certeza.

hechos o antecedentes conocidos y probados (art. 66 CC), que mediante el desarrollo de una inferencia lógica, lleguen a una conclusión razonable y de más alta o común probabilidad. El aserto se deriva de que en no pocas ocasiones, las presunciones se basan en simples juicios hipotéticos, no partiendo de hechos probados, sino de supuestos, como cuando se alega que por el simple hecho de que una persona es mayor de edad estaba en condiciones de laborar y partiendo de allí se presume que el que labora devenga por lo menos un salario mínimo y sus prestaciones, cuando lo que se encuentra acreditado para el momento de los hechos es lo contrario, que la víctima no laboraba; otro ejemplo, es darle la consecuencia de un indicio grave a la no contestación de la demanda, como si guardar silencio no fuera un derecho o una estrategia válida<sup>200</sup> y finalmente, presumir que por el simple parentesco las personas comparten en su misma dimensión los padecimientos de la víctima directa.

---

Por ello, si bien se aplaude el método propuesto, no se puede permitir caer en la misma comodidad que se critica. En efecto, decir simplemente que cuando un hijo fallece sus padres tienen derecho a recibir indemnización por la pérdida de la ayuda económica que les habría dado en el futuro equivale a adoptar, a la inversa, la posición de principio que se critica. El problema no consiste en tener obligatoriamente una posición de principio, sino en utilizar un método de búsqueda de la certeza que tenga en cuenta los elementos sociales y familiares de la víctima. Es allí donde el juez debe cuidarse y utilizar sus poderes para buscar los elementos de juicio y valorar las probabilidades, de manera que le permitan llegar a la certeza o a la eventualidad del perjuicio, y también el demandante esforzarse en acreditarlas suficientemente”. Henao, 1999, pp. 179 – 188.

<sup>200</sup> Sobre la técnica de la prueba indiciaria y la conducta de la parte a efectos de establecer criterios de la gravedad, dice el Consejo de Estado: “El primer hecho constitutivo de indicio grave en contra del Municipio de Ciénaga fue su abstención de contestar la demanda. Aunque ello no puede asumirse como aceptación de los hechos o allanamiento a las pretensiones, puede ser apreciado por el juzgador como indicio grave. Sobre este aspecto ya se ha pronunciado la Corporación en los siguientes términos:

(...)

El segundo hecho constitutivo de indicio grave se refiere a que, aunque el Tribunal a quo se abstuvo de librar los oficios con destino al municipio demandado para obtener el recaudo de los documentos contractuales que reposaban en sus archivos, mal puede pretenderse que la parte actora asuma las consecuencias adversas de una omisión en la cual no tuvo responsabilidad o participación alguna, porque con ello se le estaría imponiendo una carga procesal que no tiene el deber jurídico de soportar. En correspondencia con lo anterior, mal haría la Sala en permitir que la decisión de la entidad demandada de no actuar en el curso del proceso judicial tenga el alcance de suponer que no se encontraba notificada por estado del auto de pruebas, porque con ello se desconocería el fin esencial del derecho procesal, cual es el de garantizar la eficacia del derecho sustancial, tal y como ya tuvo oportunidad de señalarlo la Corte Constitucional:

(...)

Desde la perspectiva anterior, aunque no se hubiere librado el oficio respectivo con destino al municipio demandado, lo cierto es que desde el momento mismo de la notificación por estado de la providencia que decretó el recaudo de los documentos correspondientes, la entidad territorial demandada tenía el deber de colaborar con la Administración de Justicia para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia fuera apreciada como indicio en su contra, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71, numeral 6, del Código de Procedimiento Civil”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 16 de agosto de 2012. Exp 24699.

Es necesario precisar que lo que se reprocha no es la construcción judicial de presunciones, por el contrario, atendiendo al derecho viviente y a la idea de que el legislador no puede abarcar y anticipar todas las actividades y hechos de la vida, el Juez y principalmente la jurisprudencia está llamada a la interpretación y aplicación de la Ley, a darle realidad y eficacia; por tanto, se considera que como criterio de autoridad y su función de unificar criterios, es viable que las altas Cortes instituyan reglas de presunciones, lo que no se comparte es que estas se hagan a la ligera o que se desconozcan la estructura o técnica de esta, y mucho menos las reglas que deben regir dicha institución -hecho probado, inferencia lógica y consecuencia probable (también legal o jurisprudencialmente dada).

Se observa entonces que las presunciones deben atender a un desarrollo lógico y racional aplicable y que atiendan a las probabilidades, sin necesidad de incurrir en simple sofismas o conclusiones contradictorias o ajenas a la probabilidad para sustentar la búsqueda de la equidad y el restablecimiento, para esto, basta simplemente que el Juez adopte el salario mínimo legal mensual vigente como la suma que corresponda al monto base de liquidar en los casos que lo considere y que al momento de liquidar el lucro cesante, no probada la relación laboral, se tome este como el concepto objetivo que servirá para la compensación o medida satisfactoria pecuniaria, empleando como sustento para ello además del artículo 229 de la Carta, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 (art. 12 del CGP), así como los principios de equidad, justicia e igualdad.

Ahora, volviendo a nuestro tema de estudio, es evidente que en materia de perjuicios inmateriales el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, unificó su posición respecto a las presunciones del perjuicio moral que nacen a partir de la muerte, lesiones y privación injusta de la libertad, optando ante el recurrente dilema de la valoración y liquidación del mencionado perjuicio, por establecer una valoración preestablecida, aligerando la carga de la prueba a la parte demandante e incluso en algunas circunstancias eximiéndola de ella. En este caso, consideramos viable la aplicación de la presunción, por cuanto por reglas de la experiencia, se puede sostener que quien pierde un ser querido, a quien le lesionan un ser querido o sufre en sí mismo la lesión o quien se encuentra privado de la libertad, por regla general vive o comparte con su ser querido esos sentimientos de congoja, zozobra, frustración, dolor, etc., por lo que se establece desde la jurisprudencia una consecuencia predeterminada, que resulta lógica y razonable a partir de una realidad probada, esto es, el parentesco o filiación, con la muerte, la lesión o la privación de la libertad, para continuar con el ejemplo del perjuicio moral.

Por ahora, para no caer en reiteraciones innecesarias, dejemos expuesto que compartimos la implementación de las presunciones establecidas en las sentencias del 28 de agosto de 2014, como aligeramiento probatorio y parámetros guías de liquidación de perjuicios.

### **iii) Diferencias entre el indicio y la presunción**

Dada la complejidad que se presenta en el indicio como medio de prueba y la identidad que presenta en algunos conceptos y su estructura con la presunción, se tienden a confundir, sosteniendo incluso López Blanco que “... *el indicio no es nada diferente a un hecho conocido del*

*cual, mediante un proceso deductivo del juez se infiere un hecho desconocido, la presunción es un indicio, solo que la deducción ya ha sido realizada, en este evento por el legislador, que parte de la base referente a que si está acreditado determinado hecho se infiere otro, el desconocido, pero siempre obrando el requisito, que no admite excepción alguna, de que el hecho conocido se halle debidamente probado con cualquier medio idóneo de prueba...”.*

Y continua el reconocido tratadista, “[l]a presunción, que podemos definirla como el indicio determinado por la ley, lleva a que la deducción que ha realizado el legislador sea la que se impone como hecho probado, dado el carácter imperativo de la ley, pero salvo que se trate del excepcional caso de que la misma ley la erija en presunción de derecho, siempre admite prueba en contrario y, se reitera, no implica en modo alguno dispensa de prueba...” (2017, pp. 424 – 425). Concluyen que, para el citado autor, la presunción en la práctica es la conclusión legislativa previamente otorgada al indicio<sup>201</sup>.

De otro lado, Azula Camacho sostiene que:

Por otra parte, de lo expuesto se deduce la diferencia que existe entre el indicio y la presunción, que algunos doctrinantes confunden, por la identidad de elementos, por cuanto en ambos es factible distinguir un hecho del cual se infiere otro, pero la situación en ambos casos es diferente.

En efecto, en el indicio se parte de un hecho concreto, al cual se le aplica una regla general para establecer otro; en la presunción, en cambio, el criterio general está consagrado en el precepto y el juez solo se limita a aplicarlo a la situación que se somete a su consideración. En el primero hay, pues, una operación inductiva, mientras en el segundo es deductiva. Como dice la Corte Suprema de Justicia, “la inferencia en el caso de la presunción se establece a priori por el

---

<sup>201</sup> “Es necesario aclarar que cuando la ley se refiere a que ciertas conductas pueden constituir un indicio pero no hace la inferencia lógica en concreto que es lo que caracteriza a la presunción, no nos hallamos en el campo de la presunción sino en el del indicio propiamente dicho de manera que será el juez quien debe sobre el supuesto del hecho conocido realizar la inferencia lógica”. López Blanco, p. 430

legislador, en tanto en el indicio la inferencia la hace el juez o el hombre a posteriori”.

A lo dicho hay que agregar que el indicio es un medio probatorio, porque sirve para llevarle al juez el conocimiento de unos hechos. La presunción, en cambio, no es medio probatorio, sino solo un elemento o factor esencial para determinar la existencia o inexistencia de ciertos hechos. La presunción está constituida por un juicio lógico que hace el juez y en el indicio este es el elemento esencial para deducir del hecho indicador el indicado (2017, p. 374).

Como puede colegirse de lo hasta ahora desarrollado, tanto la prueba indiciaria como la presunción, comparte en su desarrollo y estructura el elemento de la inferencia lógica, la cual no es otra cosa que emplear las leyes de la lógica, de la naturaleza, de la física, la estadística, la costumbre o a las reglas de la experiencia<sup>202</sup> para dar a un hecho una consecuencia, que en el

---

<sup>202</sup> Respecto a las reglas de la experiencia, valiéndonos del análisis del Magistrado Marco Antonio Álvarez (2017, pp. 372 – 374) se tiene:

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, esas reglas son el “conjunto de factores que utilizamos en nuestros juicios empíricos de la vida [...]” indiciarlo impone [es] aquella que se aproxima a lo que suele suceder en la vida ordinaria, en consonancia con los imperativos de la naturaleza humana y de la legislación positiva”, razón por la cual no es admisible “una relación que repugna la lógica en la vinculación de causa a efecto”.

La Sala Penal de la misma Corte, por su lado, ha puntualizado que la regla de la experiencia “es la enseñanza adquirida por el uso, la práctica o el diario vivir, admitida como tal por un conglomerado social que se desenvuelve en similares circunstancias de tiempo, modo y lugar”, tras lo cual agregó que “la experiencia es una forma de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión percibida por los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable, permitiendo elaborar enunciados que impliquen generalizaciones para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, expresadas con la fórmula “siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B””, siendo claro, insistió, “que esas generalizaciones se construyen a partir del cumplimiento estable e histórico de ciertas conductas similares, las cuales sirven como enlace lógico o parte del razonamiento que vincula esos datos indicadores (conocidos) que conducen a hechos desconocidos (19 de noviembre de 2003, rad. 18.787). Esas reglas se refieren a lo dado, a los datos percibidos, pero ese dato inicial, esa base empírica puede y debe ser sometido a contraste (esto es lo que le otorgue universalidad), porque si no es contrastable solo sugiere una situación incierta (6 de agosto de 2003. Rad. 18.626; de 23 de enero de 2008, rad. 17.186; 15 de septiembre de 2010, rad. 34.372).

(...)

La Sala Penal de la misma Corte, por su lado, ha puntualizado que la regla de la experiencia “es la enseñanza adquirida por el uso, la práctica o el diario vivir, admitida como tal por un conglomerado social que se desenvuelve en similares circunstancias de tiempo, modo y lugar”, tras lo cual agregó que “la experiencia es una forma de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión percibida por los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable, permitiendo elaborar enunciados que impliquen generalizaciones para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, expresadas con la fórmula “siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B””, siendo claro, insistió, “que esas generalizaciones se construyen a partir del cumplimiento estable e histórico de ciertas conductas similares, las cuales sirven como enlace lógico o parte del razonamiento que vincula esos datos indicadores (conocidos) que conducen a hechos desconocidos (19 de noviembre de 2003, rad. 18.787). Esas reglas se refieren a lo dado, a los datos percibidos, pero ese dato inicial, esa base empírica puede y debe ser sometido a contraste (esto es lo que le otorga universalidad), porque si no es contrastable solo sugiere una situación incierta (6 de agosto de 2003, rad. 18.626; 23 de enero de 2008, rad. 17.186; 15 de septiembre de 2010, rad. 34.372)” - Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sent. 7326-2016 de 1 junio 2016, rad. 45585-.

Las máximas de la experiencia son, entonces, reglas o proposiciones extraídas del diario vivir, consolidadas lenta e imperceptiblemente por una sociedad de individuos a partir de conductas o situaciones repetidas y verificadas en circunstancias

indicio es el resultado al que llega el Juez y en la presunción ya esta fue determinada por el legislador –y en ciertas oportunidades por la Jurisprudencia-.

Para concluir este punto, que se reitera es de vital importancia dada la relevancia de la prueba indiciaria y la presunción dentro de los procesos de responsabilidad, especialmente cuando de perjuicios inmateriales se trata, se puede advertir que las presunciones no son prueba en sí, sino la consecuencia o conclusión a que pueden llegar algunos indicios predeterminados o son el resultado previamente estipulado como consecuencia de una inferencia lógica, por lo que no es dable sostener que la presunción *per se* o las reglas de la experiencia son prueba<sup>203</sup>.

#### **d. 2 La prueba en el perjuicio vida de relación**

En el análisis del perjuicio, es claro que por la naturaleza y el contenido del concepto, teniendo presente que respecto al perjuicio no existe tarifa legal, es viable el empleo de cualquier medio de convicción, por lo que es plausible hacerse uso de la prueba indiciaria y de la presunción para su estructuración y acreditación. No se debe olvidar que el sistema probatorio colombiano se basa en la libertad probatoria y en consecuencia cualquier medio de prueba que se emplee es válido para el proceso (art. 165 CGP)<sup>204</sup>; sin embargo, es claro que, dada la connotación del perjuicio, la

---

similares, que sugieren un patrón de ocurrencia de las cosas, y que, por su cotidiana validación, se tornan generales en el respectivo retorno”

<sup>203</sup> “Así las cosas, como la demandada no desvirtuó la presunción de la aflicción causada a los demandantes - afectado, padres, hijos, cónyuge y hermanos del mismo - , de acuerdo con los registros civiles allegados al proceso, la Sala da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre que constituye un criterio de valoración más no un medio de prueba, en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama “inferencias”; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho, ni con ningún otro medio de prueba”. CE S3; 3 feb 2010, e63001-23-31-000-1998-00643-01(18034). Enrique Gil Botero.

<sup>204</sup> Artículo 165. *Medios de prueba*. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

naturaleza y su finalidad, cobra suma relevancia la prueba indiciaria y las presunciones, sin olvidarse que, como lo afirma Saavedra que “[l]a carga de la prueba, la identificación e individualización de las víctimas, el principio de congruencia, los límites y la vida en relación comparada con el proyecto de vida, son todos temas que traen inmerso el carácter pecuniario del perjuicio moral. Implican los medios para probar el perjuicio, quiénes tienen derecho a recibirlo, cuáles van a ser los montos que van a recibir, por qué los van a recibir y qué deben solicitar” (2018, p. 1677).

En ese orden de ideas, se considera que el objeto de la prueba para la acreditación del perjuicio está dirigido a a) probar las condiciones *ex antes* de la víctima o reclamante, b) probar las condiciones en las que debe vivir las víctimas o demandantes después del evento y c) las características del perjuicio, esto es, que se trata de una i) alteración negativa, ii) grave, iii) respecto a las posibilidades que tienen en las relaciones intersubjetivas, sociales o con las cosas, y que limiten su capacidad de llevar a cabo actividades de disfrute o rutinarias, o que provoquen la necesidad de modificar o alterar sus roles en la sociedad o sus expectativas futuras.

### **d.3 De la prueba indiciaria y las presunciones en el perjuicio vida de relación**

Respecto al ejercicio probatorio y las presunciones con relación al perjuicio de la vida de relación, se puede sostener que en ciertos eventos, como en el caso de lesiones graves (superior al 50% de la pérdida de capacidad<sup>205</sup>), la gravedad y alteración negativa de las condiciones de la víctima

---

<sup>205</sup> “En efecto, la imposibilidad física de la cual dan cuenta las pruebas arriba analizadas, comporta privación o por lo menos disminución de los placeres de la vida, circunstancia que se deduce, de la regla de experiencia que enseña, que quien está afectado de un perjuicio corporal en sus extremidades superiores, no puede realizar actividades que supongan la utilización de dichos órganos. Se trata entonces de indemnizar la mengua que experimenta la persona afectada con el daño, en sus posibilidades de vida y en la realización de diversas actividades que, precisamente por causa de la lesión corporal padecida, ya no podrá realizar. Así

directa puede presumirse, en lo demás se reitera, el indicio será la mejor herramienta para los litigantes y el juez, toda vez que a lo que debe ir dirigida la prueba es a construir el comportamiento histórico de la víctima antes del hecho dañoso y como este varió a partir de allí, por ello, son las capacidades, conductas, actividades sociales, la interacción social, etc., lo que permite colegir el nivel de alteración.

Por tanto, en este trabajo se plantea la posibilidad de incluir dentro de la regla de las presunciones que se hizo en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, presunciones del perjuicio aquí expuesto, en lo demás, deberá el demandante acreditar los criterios probatorios y a modo de ejemplo, se podría presentar el siguiente caso.

Una madre cuyo hijo de 21 años tuvo un accidente en motocicleta a causa de una deficiente señalización, que no advirtió de manera oportuna obras de mantenimiento en la vía. A causa del accidente, el joven quedó parapléjico y postrado en una cama de por vida, a raíz de tal situación, la madre se ve obligada a abandonar su trabajo con el fin de asistir en los cuidados a su hijo, sin embargo, con el fin de no ver demasiado afectado los ingresos del hogar dado que su esposo también trabaja, decide iniciar en su vivienda una modistería y venta de ciertos productos alimenticios.

La familia se encuentra constituida además de la madre y la víctima, por el padre y 3 hermanos, de los cuales 2 de ellos ya conformaron hogar propio y no viven con los padres.

---

entendido el perjuicio, resulta procedente otorgar a la víctima, a manera de paliativo y dentro del arbitrio judicial, una suma de dinero que compense, la privación en su vida de relación, que para cualquier persona se sigue por no tener la posibilidad de utilizar su extremidad superior”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 2 de oct 1997. Exp. 11652.

En este evento, podría presumirse la causación o existencia del perjuicio con respecto a la víctima directa (lesionado), pues no hay duda que las secuelas del accidente generaron una alteración grave en sus condiciones y modo de vida, creando desde nuestra perspectiva, una condición que frente a los demás y la sociedad lo pone en tal grado de desventaja que de cierto modo, a nivel social lo excluye.

De la madre, dada su relación de parentesco (indicio 1), su decisión de abandonar el trabajo (indicio 2) y cuidar a su hijo (indicio 3), puede concluirse que su vida cotidiana ha sufrido una alteración grave, de lo que se presume la existencia del perjuicio.

Frente al padre, si bien existe una relación de parentesco, es posible afirmar que su vida no alcanzó a tener una alteración grave, ya que deberá continuar con su rutina, que si bien puede alterarse en ciertas situaciones, tener que destinar mayor cantidad de dinero para los gastos de su hijo y en consecuencia menos para los propios, no continuando con ciertas actividades recreativas, tener que ayudar en las noches y los fines de semana con el cuidado de su hijo, estas alteraciones son parciales o circunstanciales, por lo que bien podría negarse o darse de manera proporcional, dependiendo del grado de ayuda y de modificaciones de la vida que se pruebe.

#### **e. Legitimación en la causa o interés para reclamar el perjuicio a la vida relación**

La doctrina ha diferenciado la legitimación en la causa y la procesal, señalando en este sentido que *“...la legitimación ad causam es un elemento sustancial de la litis y, por lo tanto, no constituye*

*un presupuesto procesal. En cambio, la legitimatio ad processum se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal”* (Devís Echandía, 2015, p. 34), por lo que ha sostenido la doctrina que aquella es necesaria para proferir una sentencia de fondo y su ausencia no invalida el proceso.

Por tanto, en procesos contenciosos *“esa condición o cualidad que constituye la legitimación en la causa, se refiere a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso y el interés sustancial en litigio o que es el objeto de la decisión reclamada. Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido”*, teniendo la legitimación en la causa una relación sustancial que a veces se desprende de la Ley y que conlleva a la facultad de exigir de otro, o la obligación de responder, por lo que *“la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la reacción jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante”* (Devís Echandía, 2015, p. 236).

Sobre de la legitimación en la causa, el Consejo de Estado sostiene:

Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

“Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

“Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido (...)”<sup>206</sup>.

De lo anterior se concluye que está legitimado en la causa por activa quien tiene la vocación para reclamar la titularidad de un derecho otorgado por la ley y, específicamente, cuando se interponen demandas en ejercicio del medio de control de reparación directa, quien demuestre en el proceso su condición de perjudicado con la acción u omisión que produjo el daño que se reclama con la demanda.

La falta de legitimación en la causa no constituye una excepción que pueda enervar las pretensiones de la demanda, sino que configura un presupuesto anterior y necesario para que se

---

<sup>206</sup> Se cita Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 6 de julio de 2006. Exp. 28835.

pueda proferir sentencia, en el entendido de que, si no se encuentra demostrada tal legitimación, el juez no puede acceder a las pretensiones<sup>207</sup>.

Conforme a lo anterior, se tiene que está legitimado para demandar todo aquel que alegue que el perjuicio le fue causado con el hecho, independiente de cualquier criterio de parentesco o filiación, pues en este caso lo que se analiza, es si con el daño o del daño se derivó frente al reclamante una alteración grave en las condiciones de vida, producto directo del daño. En ese orden de ideas, todo aquel que alegue dicho interés de resarcimiento cuenta con la legitimación procesal, pero solo quien acredite la existencia del perjuicio estará legitimado para acceder a la compensación.

Las relaciones de parentesco y convivencia, pueden ser indicios que estructuren la cercanía entre la víctima directa y el reclamante<sup>208</sup>, pero de esta no se deriva el derecho ni mucho menos su intensidad o tasación, por lo que en todo caso deberá acreditarse la materialización y existencia del perjuicio, por lo que parentesco, asistencia o ayuda y la convivencia, pueden servir como base para estructurar la prueba indiciaria.

En otro sentido, puede ser indicio y legitimar a quien por el evento pierde a su compañero sentimental con quien además compartía relaciones laborales, o se establecía una codependencia social, económica, etc., como cuando una pareja, dos humanos, padre e hijo, etc., se encargaban

---

<sup>207</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 13 de julio de 2016, Exp. 55205.

<sup>208</sup>“En sentencia del 19 de julio de 2000, exp: 11.842, la Sala aclaró que el reconocimiento de este perjuicio no debe limitarse a los casos de lesiones 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 el 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 puede referirse además al esfuerzo excesivo de realizar actividades rutinarias; ni se trata sólo de la afectación sufrida por la persona en su relación con las demás, sino también con las cosas del mundo. (...)”. Se cita a Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp: 11.652; 10 de mayo de 2001, Exp. 13475.

de la administración de un negocio, compartían la sociedad y con ella labores, obligando a que el otro se comprometiera y disponga de mayor tiempo y esfuerzo para mantener el negocio a flote.

Lo anterior por ejemplo lo expone Tamayo en su obra de responsabilidad, sin embargo, en aquella oportunidad lo reduce a la denominación de perjuicio fisiológico, lo que como ya se advirtiera es una referencia directa a una afectación anatómica, hoy denominada a la salud; sin embargo, valgan sus apreciaciones en el sentido de legitimar el perjuicio vida de relación. Dice al respecto el reconocido autor:

Argumentar que cuando alguien muere se nos alteran las condiciones de existencia y por eso existe un perjuicio fisiológico es exagerado pues entonces siempre se producirán los dos daños, algo que nadie ha si quiera sugerido. La indemnización del daño fisiológico por alteración de las condiciones de existencia solo procede cuando independiente del dolor psíquico daño moral subjetivo se alteran otras satisfacciones de la vida diaria. Así pues la simple aflicción por la muerte de una persona, aunque por ese solo hecho se alteren las condiciones de existencia, no tiene por qué dar lugar a indemnización de daños fisiológicos. Para ello está la indemnización del daño moral.

En cambio, cuando en forma excepcional se prueba que la víctima fallece tenía un proyecto de vida íntimamente ligado a la vida de la otra persona es innegable que hay un daño fisiológico diferente del daño moral subjetivo. Téngase como ejemplo el caso del científico que trabajando con su esposa durante años en una investigación, se ve completamente imposibilitado de seguir su trabajo pues solo su esposa fallecida estaba en capacidad de ayudarlo en la investigación. O sea que si el trabajo puede seguirse realizando, así sea en forma dolorosa, habrá daño moral, posiblemente más intenso, más no habrá indemnización por daños fisiológicos (2007, p. 512).

Significa lo expuesto, que al momento de la valoración y tasación, el Juez tenga en cuenta elementos particulares de las relaciones afectivas o filiales, para establecer los montos o construir presunciones a partir de inferencias lógicas, a efectos de determinar si una persona se ve más afectada que la otra o que un familiar resultó más obligado que otro en la prestación de la ayuda.

También ese parentesco servirá para en ciertos eventos, acreditados los elementos del perjuicio, se presuma la concreción del mismo y se permita una tasación anticipada, tal como ocurre con el perjuicio moral en caso de muerte o lesiones.

#### **f. Formas de reparación del daño a la vida de relación**

Dada la naturaleza del perjuicio a la vida de relación, es claro que el mismo solo es pasible en de compensación, ya que “[c]omo no existe un mecanismo que permita su reparación in natura, es tarea del juez, según su sana crítica, fijar una suma que compense el perjuicio” (Saavedra, 2018, p. 1677); en consecuencia, deberá el juez tasar un monto para determinar la suma a reconocer, para el efecto será el *arbitrio iuris* el razonamiento que permita determinarla<sup>209</sup>. Sin embargo, el perjuicio también puede encontrar resarcimiento por otros medios y resultar incluso en clave de protección de derechos y de las víctimas más plausibles, como por ejemplo, incluir a la víctima dentro del sistema de seguridad social en salud y a cargo de la entidad, para que esta reciba toda la atención que resulte necesitar, así como los servicios que se presenten viables o complementarios para una atención integral, lo cual depende en las situaciones particulares del

---

<sup>209</sup> El Consejo de Estado empleaba los indicios y el arbitrio iuris de manera reiterada para el reconocimiento, valoración y tasación del perjuicio; por ejemplo: “ En ocasiones surge de manera palmaria la causación de esta clase de perjuicio, como sucede en los eventos en que la víctima sufre grave daño funcional que le impide realizar actividades fundamentales inherentes a todas las personas, como sucede en el asunto sub - lite, pero existen eventos donde a pesar de haber perdido un grado elevado de la capacidad funcional es difícil establecer cómo puede incidir en la esfera externa del individuo tal discapacidad y debe recurrirse a otros elementos de juicio que brinden el suficiente grado de convicción al juzgador para poder acceder a la condena deprecada.

En el evento específico, los elementos de juicio que obran dentro del proceso son suficientes para deducir la causación del perjuicio, pues se halla acreditado que la víctima, como consecuencia de la lesión en el área cervical que le produjo el fuerte golpe que recibió, quedó en estado cuadripléjico, sin movimiento en ninguna de sus extremidades, con una discapacidad funcional en proporción equivalente al 85.50% que se traduce en un estado de invalidez a términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, con todas las penosas afectaciones que se derivan de padecer tal situación, como el hallarse impedido para realizar por sí mismo las más elementales actividades de todo ser humano como comer, realizarse el aseo personal, trabajar manualmente, ponerse de pie, caminar, movilizarse, tener relaciones sexuales normalmente, incluso, miccionar y defecar voluntariamente” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 9 de marzo de 2011. Exp. 28270

caso como son la silla de ruedas, la atención en institución de rehabilitación, el perro lazarillo, etc., que no fueron solicitadas como daño emergente, por cuanto recuérdese que conforme al artículo 1614 del Código Civil corresponde al “*daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*”, por lo que dicha institución reclama obligatoriamente el gasto o erogación, el cual puede ser pasado o futuro, pero en todo caso acreditado y reclamado, siendo este el mayor obstáculo para su reconocimiento, por lo que al reclamarse como forma de compensación al perjuicio de la vida de relación o incluso concederse de manera oficiosa, no encontraría límites en las reglas de congruencia o la prueba, acudiendo al artículo 16 de la Ley 448 de 1998<sup>210</sup>.

Podría también lograrse reconocimientos como la obligación de brindar servicio asistencias médico por parte de una entidad, como sería por ejemplo a los establecimientos que presta el servicio médico a la Policía Nacional o Ejército Nacional, cuando es una de estas entidades las que causan el daño en civiles o jóvenes que resultaron lesionados prestando el servicio militar.

---

<sup>210</sup> La denominada condena en especie no ha sido extraña en la jurisprudencia del Consejo de Estado y ha sido empleada en diferentes oportunidades, una de ellas en providencia del 30 de agosto de 2007, en la cual expuso: “Por lo tanto, en aras de la reparación integral del daño, la Sala condenará a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por concepto de daño emergente futuro a prestarle al señor Daniel (...), la atención hospitalaria y médico - quirúrgica que éste requiera, así como los medicamentos que necesite, para mantener o recuperar la salud, cuando quiera que las secuelas de la lesión sufrida el 18 de marzo de 1995 así lo demanden” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 30 de agosto de 2007. Exp. 15724

Igualmente, sentencia de julio 19 de 2000, Exp. 11842 y, sentencia de septiembre 4 de 2003, Exp. 13320, las dos con ponencia de Alier Hernández. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, ha entendido que condenar al Estado a prestar a la víctima tratamiento de salud, psicológico y psiquiátrico, es determinante para una reparación integral del daño: “...el Estado debe proveer [a la víctima], previa manifestación de su consentimiento para estos efectos, sin cargo alguno y por medio de los servicios nacionales de salud, un tratamiento adecuado, incluida la provisión de medicamentos.” Ver: Corte IDH, Caso Fermín Ramírez, párr. 130. Y en el mismo sentido Caso Caesar, párr. 131; Caso Lori Berenson Mejía, párr. 238; Caso Masacre Plan de Sánchez, sent. de reparaciones, párrs. 106 y 107; Caso De la Cruz Flores, párr. 168; Caso Tibi, párr. 266 y; Caso Bulacio, párr. 100. Por tanto, es una posibilidad viable que se reconozca una medida de rehabilitación, compensación o incluso en especie dirigida a resarcir el perjuicio vida de relación.

Otra posibilidad sería el reconocimiento de una pensión mínima para la persona que se ve obligada a abandonar su trabajo para dedicarse a los cuidados de la víctima, de este modo tendría no solo recursos para su mínima subsistencia, sino que también para ayudar en los gastos del hogar, además de que serían sumas que efectivamente se causan y se hacen por el tiempo que la situación de cuidado exija, además de que se convertiría en una obligación que se pagaría de manera permanente pero diferida, lo que también contrarrestaría el impacto económico y presupuestal de las entidades.

La posibilidad planteada no debe confundirse con una doble indemnización con relación al lucro cesante, pues esta atiende exclusivamente a *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”* (art. 1614 CC), en otras palabras, es la indemnización de lo que la víctima como consecuencia del daño dejó de devengar o en caso de no tenerse salario, a una tasación de perjuicio presuntiva. En su lugar, lo que aquí se pretende, obedece a una fórmula de compensación o reparación que asegura a la víctima un ingreso mínimo durante su sobrevivencia al hecho, por cuanto nada justo y equitativo puede predicarse de una indemnización que se tasa por una suma determinada (atendiendo al salario acreditado o al presuntivo) y posteriormente tener que descontar de él gastos que no se iban a realizar sino hubiese sufrido el accidente (transporte, enfermera, medicamentos, mantenimiento o renovación de equipos de asistencia, alimentación especial, pañales, etc.), o el pago de la cuota *litis* del abogado, atención psicológica, terapéutica, etc. Lo aquí propuesto es un complemento sustentado en las necesidades de la víctima que se emplea para acercar a la víctima a su total reparación, lo que significa que si estos rubros ya fueron reconocidos mediante otro perjuicio -v gra daño emergente- no será procedente, sin embargo, no

resulta extraño que los litigantes olviden tales pretensiones o les resten importancia dado su interés inmediato en la compensación exclusiva en sumas de dinero a efectos de elevar su porcentaje de cuotas *litis*, por lo que esta sería una corrección por parte del Juez.

Igualmente sería viable el reconocimiento del perjuicio de manera parcial en casos de lesiones graves, como cuando por ejemplo se presente la situación que líneas atrás se expone, en cuanto que la presunción que realmente debe reconocerse es que el menor de 25 años que estudia no devenga salario y se encuentra en incapacidad para laborar, por lo que el pago de una suma por vida de relación o el reconocimiento temporal de una pensión, serviría para suplir la falencia monetaria, los gastos y las mayores necesidades derivadas del perjuicio.

Ahora, cuando no sea posible emplear otros medios para resarcir o contrarrestar el perjuicio, o estos sean insuficientes y lo procedente sea además reconocer una compensación económica, se propone que se aplique una tasación anticipada que obedezca a criterios objetivos y subjetivos para ello, para tal ejercicio debe emplearse el cuadro de baremos y presunciones, tal como se procedió en las sentencias de Unificación del 28 de agosto de 2014.

#### **g. Valoración y liquidación del perjuicio a la vida de relación**

Se considera que el ejercicio hecho en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, resulta bastante apropiado en materia de responsabilidad extracontractual y en particular tratándose de perjuicios inmateriales, a tal punto que se propone que los mismos sean elevados a Ley y que se estructure a partir de allí unos criterios claros, expresos y objetivos para la reparación integral.

En consecuencia, no se observan razones para no aplicar el mismo procedimiento cuando se trate del perjuicio a la vida de relación, debiendo establecerse criterios objetivos y claros a partir de los cuales el juez pueda identificar su existencia y valoración, además de criterios o parámetros subjetivos que permitan su tasación para el caso concreto, dado su carácter inmaterial y que como ya se advirtió, el ejercicio probatorio de su existencia, se fundamenta en gran medida a la técnica probatoria de los indicios y la estructuración de presunciones, lo que fue concretamente lo que se desarrolló en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014.

En ese orden de ideas, se podría establecer situaciones como el parentesco, la convivencia, el tipo de daño o lesión, la edad y el género para realizar la valoración y tasación; mientras que a partir del tipo de daño o del evento (muerte, lesión, privación de la libertad, etc.), establecer la presunción del perjuicio cuando sea el caso, así mismo los baremos, los cuales corresponderían a una suma máxima de 100 smlmv, dado que este ha sido el parámetro reiterado y suma máxima de la jurisprudencia, siendo fijados los límites en que se moverán los montos y respecto de los cuales se asumirán parámetros subjetivos *-arbitrio iuris-* para tasar la suma compensatoria final<sup>211</sup>.

---

<sup>211</sup> Se advierte que ni la jurisprudencia ni la doctrina ni la propia Ley admite la imposición de límites o restricciones a la fijación de la indemnización o la obligatoriedad de los topes, por lo que a su arbitrio, el Juez puede reconocer sumas diferentes a las previstas en la sentencia de unificación o en la línea jurisprudencial, lo que no significa en modo alguno que se llegue a lo extremo, solo que en los casos de los parámetros liquidatarios y límites de las sumas previstas vía unificación, el juez ya atiende a un criterio objetivo y a un argumento de igualdad y seguridad jurídica preestablecidas, por lo que se considera que la carga argumentativa es menor e incluso innecesaria, sin embargo los límites trazados, solo son guías en la actuación judicial que deben atenderse en la mayor medida y por tanto, en cuanto estos se observen y el juez se base en ellos, pese a que no los aplique en su rigurosidad, se habrá cumplido con la finalidad y atendido a los principios que pretende la línea jurisprudencial salvaguardar. Al respecto, debe atenderse al artículo 230 Superior, pero además del Código Civil, artículo 17. “<FUERZA DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES - INTERPRETACIÓN POR VÍA DE DECISIÓN O DE ESPECIE>. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”. Asimismo, recuerda Obdulio Velásquez que: “Nunca pretendió la Corte, y mal podía hacerlo, señalar con carácter de obligatorio un tope a la suma que como compensación por los referidos daños rueda fijar el juez. Ha sentado sí esta Corporación ciertas pautas con el ánimo de facilitar semejante tarea, pero nada más. Esto quedó bien definido, cuando se puntualizó: «acerca de tal aspecto y en vista de la ausencia de un explícito mandato legal al respecto, la Corte, con apoyo en la misión unificadora que por ley le corresponde, viene, de tiempo en tiempo y desde algunos años, señalando unos topes máximos de dinero dentro de los cuales es, a juicio de aquella, admisible que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral»”. En similar sentido también se puede consultar Corte Suprema de Justicia, 13 de mayo de 2008, 11001-3103-006-1997-09327-01.

Entonces se plantearía, que en caso de muerte quienes convivían con la víctima (padres para los solteros que convivían con ellos o cónyuge e hijos) sería la suma de hasta 100 smlmv la cual se distribuye dependiendo de la edad para los hijos, por ejemplo, para los hijos menores de 18 años la suma entre 80 a 100 smlmv, a partir de esa edad se reduciría de a 10 smlmv cada 10 años, por ejemplo. Dicho ejercicio, atendiendo a la falta que hará el padre durante el desarrollo y madurez del hijo, el cual a medida que se crece se hace menos necesaria, dada la experiencia que se adquiere con el tiempo y que al paso que nos hacemos mayores somos menos dependientes y compartimos menos con nuestros padres e hijos.

Otra posibilidad sería en caso de lesiones graves, en cuya oportunidad la víctima directa tendría derecho a acceder a 100 smlmv y quien acredite ser la persona encargada de sus cuidados, recibir una suma equivalente entre 50 y 80 smlmv, dependiendo del grado de compromiso u obligación que debe asumir respecto al cuidado y asistencia que debe brindar, analizado desde el grado de gravedad de la lesión, la discapacidad y por tanto la dependencia del lesionado; compensación que incluso podría ser compartida, como en los eventos en que se demuestra que ambos padres se encargan de los cuidados, reconociéndose a cada uno la suma de 40 smlmv, por ejemplo.

De otro lado, en casos de privación injusta de la libertad de mujeres cabeza de hogar o con condiciones particulares de la detención -amplia publicidad, tratos denigrantes, etc.-, teniendo en cuenta el tiempo de la privación, la convivencia, el parentesco y la edad, también sería posible fijar baremos para la compensación, estableciéndose por ejemplo, que cada 3 meses de privación se establezca un margen de 100 smlmv, como ocurre en el perjuicio moral para las víctimas de

privación injusta y que la mayor cercanía o alejamiento de un límite a otro, corresponda a factores como la edad de los reclamantes, el género del o la privado/privada de la libertad, las condiciones en que se cumplió la medida y el delito que se imputa. Lo anterior por cuanto no es lo mismo y por reglas de la experiencia se puede sostener que una madre cabeza de hogar con una hija infante, el verdadero perjuicio se causa en la hija quien necesita a su madre durante la etapa de crecimiento, desarrollo y convivencia, situación que puede afectar sus relaciones intersubjetivas y sociales al no contar con el consejo, acompañamiento y respaldo su madre<sup>212</sup>.

En conclusión, se considera plausible que respecto a la vida de relación también se construyan unos cuadros o baremos con montos compensatorios preestablecidos, así como unas presunciones respecto a la existencia del perjuicio, los que deben ser negativas y positivas, como por ejemplo sería en el primer caso, que no se presuma el perjuicio material cuando el daño se produce sobre

---

<sup>212</sup> Lo anterior, por ejemplo, ha sido reconocido de manera expresa por el Consejo de Estado, como se puede evidenciar en sentencia del 26 de febrero de 2015, donde se indicó:

Sin embargo, estas consideraciones hechas por el Máximo Tribunal Constitucional conservan validez mientras la privación no tiene la condición de injusta, pues en esos eventos es la madre la que da lugar a que su hijo tenga que escoger entre dos situaciones precarias, crecer si su compañía, o tener dicho acompañamiento pero en un ambiente que no es el más apto para su desarrollo; por el contrario, cuando un menor debe transcurrir parte de su infancia en un centro penitenciario, como consecuencia de que su progenitora fue privada injustamente de la libertad, inflige igualmente un daño antijurídico al menor, pues ciertamente, cuando la madre se ve compelida a llevar a su hijo a un centro de reclusión en la que se encuentran por un hecho que no cometió, tal como ocurrió en sub judice, el Estado está desconociendo la obligación convencional que adquirió al suscribir la convención sobre los derechos del niño.

(...)

Subraya la Sala que no se trata en el sub judice, de hacer una aplicación mecánica de la protección al derecho de tener una familia, según la cual cada vez que se priva injustamente de la libertad a una mujer madre sus hijos de manera abstracta se ven afectados en su protección al derecho de tener una familia. En este caso es evidente que ese derecho se vio concretamente vulnerado cuando como consecuencia de la detención de la señora IMELDA (...), la menor MANUELA perdió a quien orientaba su crecimiento y las pruebas dan cuenta que incluso una vez su madre recuperó la libertad, se presentan desavenencias entre IMELDA y su hija, pues ésta última pretende desconocer su autoridad, so pretexto que la perdió por haber sido detenida acusada de un delito.

Puesto que en el expediente se encuentra demostrado que el delito del que se le acusó no fue cometido por la citada señora, es evidente que el Estado no garantizó integralmente a esta menor su derecho a tener una familia, cuando la privó injustamente de su acompañamiento en cuando esta niña contaba con 9 años de edad, situación que se prolongó por el periodo de detención que se prolongó por 19 meses.

Recapitulando, se tiene que la víctima directa de la privación, vio afectado su derecho constitucional al buen nombre; al menor SAMUEL (...), se le vulneró su derecho convencional a desarrollar su niñez en un ámbito adecuado; y a la menor MANUELA (...), no se le garantizaron sus derechos a no ser discriminado; ni a tener su familia integralmente compuesta, cuando se le privó de la compañía de su madre, y en su psiquis aún inmadura se le sembró duda sobre la legalidad de los comportamientos de su progenitora". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de febrero de 2015. Exp. 29181.

las cosas materiales o patrimoniales<sup>213</sup>; o que no se presume el perjuicio de terceros cuando la pérdida de la capacidad laboral debidamente calificada es inferior al 50%; o que en casos en los que se indemniza (compensación pecuniaria) con sumas de dinero por el denominado perjuicio a daños constitucionales y convencionales, no es procedente el reconocimiento a vida de relación.

Concluido el capítulo dedicado al análisis y justificación del perjuicio que se ha denominado vida de relación, como parte de la metodología individualizadora y reivindicatoria del perjuicio, se procede con un ejercicio comparativo con los demás perjuicios, además de sustentar el perjuicio aquí defendido como un perjuicio autónomo que complementa el esquema reparatorio del derecho de daños, para tal fin, se sostendrá que los perjuicios morales, daño a la salud y el dirigido a reparar las afectaciones a bienes constitucionales y convencionales, no resultan en algunos casos particulares para propender la reparación integral a las víctimas, tema que se plantea en el capítulo que a continuación se desarrolla.

### **Conclusiones del capítulo**

Del perjuicio que en el presente trabajo se denomina vida de relación, se sostiene que el mismo es viable como complemento de los demás perjuicios plenamente reconocidos por la jurisprudencia a partir de las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, en la que se establecen las

---

<sup>213</sup> No se opone este trabajo a que se reconozca el perjuicio a la vida de relación producto del daño a las cosas materiales o detrimento directo al patrimonio, cuando por ejemplo dicho daño altera las condiciones de vida de las víctimas, presentándose en ocasiones como cuando se expropia, decomisa o embarga un bien que sirve como único o mayor sustento de una familia y por ello se ve afectada en su calidad de vida o por lo menos en las condiciones que hasta ese momento llevaba; otro ejemplo sería cuando a causa de publicaciones y difamaciones, una persona vio afectada su imagen de la cual dependía en gran medida para el sustento propio y de su familia (v gr. actores, modelos, vendedores, médicos, arquitectos, abogados, deportistas, etc.) y a causa de ello debe modificar negativamente las condiciones de vida de su familia y las propias, reflejándose estos en cambios de barrio, ciudad, trabajo, colegios, relaciones sociales, sacar a los hijos de actividades recreativas, hobbies, etc.

tipologías de perjuicios inmateriales; criterios que en principio se comparten, pero del cual se reclama el reconocimiento del perjuicio vida de relación, ya que este permite completar el esquema reparatorio por cuanto cubriría otro componente del ser humano, de la persona, pues se ha reconocido a la víctimas desde el componente físico (daño a la salud), espiritual (moral) y ahora se ha reconocido en su dimensión humanista y como ser civil y político (daño a bienes constitucionales y convencionales), quedando por fuera como elemento esencial de la persona y su desarrollo, como lo es lo social y el derecho a desarrollar su identidad en comunidad.

En consecuencia el reconocimiento del perjuicio de la vida de relación desde un criterio autónomo, se justifica desde la dogmática del derecho de daños, la antropología, filosofía y la sociología, entendió como un perjuicio que atiende al ser humano como ser social, como persona que se expresa e identifica a partir de su reconcomiendo en sociedad, como integrante de una comunidad en la que se desempeña un rol y además se tiene una identidad, que en parte nace, se construye y reconoce en la sociedad, además de encontrar identidad dentro de su grupo social particular, por lo que resulta necesario observar desde esa esfera o componente de la persona el estudio del daño valorando la dimensión de los perjuicios respecto a su rol y posibilidades dentro de la sociedad, así como la capacidad de disfrutar de ellos.

A partir de las definiciones adoptadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo del perjuicio moral y del daño a la salud, se sostiene que los mismos no tienen la finalidad de comprender la esfera social del ser humano, afirmándose que el perjuicio moral se dirige exclusivamente a un componente interno, compuesto por los sentimientos y valores de la persona, sentimientos que se edifican desde el sentimiento negativo como la zozobra, el dolor, el miedo, la

tristeza, congoja, sufrimiento, etc. Por su parte, el daño a la salud, solo contempla lo corporal, el estado de salud psicofísica de la persona, su fisiología e integridad corporal, a tal punto que es la calificación de la merma o pérdida de la capacidad laboral, una prueba esencial en su reconocimiento o el elemento objetivo que permite la valoración y tasación del perjuicio, por lo que ni el perjuicio moral ni el daño a la salud, atienden a la víctima en su ser social, con mayor razón cuando el daño a la salud solo procede en su reconocimiento a la víctima directa y excluye el reconocimiento de lo que el daño puede producir a terceros, que va más allá de la aflicción o tristeza que los parientes por empatía pueda sentir frente a su ser querido.

Se plantea como naturaleza y finalidad del perjuicio vida de relación, desde una perspectiva externa y social de la víctima y el reflejo que el daño pueda presentar para terceros, por este motivo se afirma que el perjuicio no debe atender solo a la negación de aquellas manifestaciones positivas del hombre, sino que también se pueden presentar con fundamento en las que alteren de manera grave las relaciones sociales, la rutina y en general todo aquello que haga más difícil la vida o alteren de manera negativa las condiciones de los reclamantes.

Atendiendo a lo expuesto, se propone como una definición del perjuicio que este va dirigido a compensar la vulneración o daño de los derechos e intereses de las personas con los cuales se genera un cambio grave y relevante de la vida social, las relaciones interpersonales y el libre desarrollo de la personalidad, alterando la posibilidad de relacionarse con las personas, las cosas y el entorno, limitando o restringiendo la capacidad de llevar a cabo actividades de disfrute, placer, goce, esparcimiento, rutinarias o que modifiquen sus roles en la sociedad o en sus expectativas a futuro

Partiendo de la anterior definición del perjuicio, se identifican las características que permiten concretar el mismo y de ellos se resaltan una i) alteración negativa, ii) grave, iii) que se refleje en la posibilidad de las relaciones intersubjetivas, sociales o con las cosas, o que provoque una limitación de la capacidad de llevar a cabo actividades de disfrute o rutinarias, o la necesidad de modificar o alterar sus roles en la sociedad o sus expectativas futuras.

Frente a este perjuicio se defiende la posibilidad de que este sea reclamado por cualquier persona, independiente de los vínculos de consanguinidad, precisando que es el indicio la mejor herramienta probatoria e incluso la posibilidad de las presunciones es viable, pero solo como un elemento en el análisis de las inferencias lógicas.

## **CAPÍTULO IV**

### **LOS PERJUICIOS MORALES, DAÑO A LA SALUD Y DAÑO A BIENES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES NO RESULTAN SUFICIENTES PARA REPARAR A LAS VÍCTIMAS.**

Como ya se expresó, se comparte la fijación de criterios objetivos y la presunción bajo la cual en la actualidad se desenvuelve la compensación del perjuicio moral; igualmente se acoge con agrado lo relativo al reconocimiento de manera autónoma al perjuicio que se denomina daños a bienes o derechos constitucional o convencional; y no mucho interés en refutar el daño a la salud como un perjuicio autónomo se tiene. Sin embargo, se sostiene que el perjuicio denominado daño a la vida

de relación, es un perjuicio digno de un reconocimiento autónomo que permite completar el esquema reparatorio por cuanto cubriría otro componente del ser humano, de la persona, ya que se ha abordado el cuerpo -físico- (daño a la salud), espíritu (moral) y ahora se ha reconocido en su dimensión humanista y como ser civil y político (daño a bienes constitucionales y convencionales); por lo que se considera necesario el elemento que abarque su cuarto componente, el ser social (daño a la vida de relación) pues como se ha indicado, esta también comprende intereses y derechos de la persona protegidos por el ordenamiento, en ellos se encuentran derechos de raigambre constitucional y fundamentales como la libertad e igualdad (art. 13 y 28 CP), la personalidad jurídica (art. 14), libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP) y la libre asociación (art. 38), por cuanto toda persona tiene derecho a disfrutar de las posibilidades de la vida en igualdad, sin que las limitantes provengan de agentes externos, y quien afecte ese derecho y genere en el otro condiciones que hagan más severa las condiciones de vida u obliguen a la modificación injustificada y cambios drásticos en el vivir, deberá compensar dicho perjuicio<sup>214</sup>.

El perjuicio vida de relación ya encuentra una justificación de carácter social, de agrado, de placer y del derecho a desarrollar la personalidad, la vida y la rutina sin alteraciones injustificadas de un tercero, por tanto, debe atender al derecho de la reparación, por cuanto existen casos en que la

---

<sup>214</sup> “Como se ha dicho anteriormente, el daño a la vida de relación es la pérdida de la alegría de vivir, o la pérdida de la capacidad de llevar a cabo actividades que le reportan placer a la persona. Sin embargo esto no es lo único que cubre este tipo de daño; en él también se tienen en cuenta eventos rutinarios en la vida de los seres humanos, donde no necesariamente media el placer y en los cuales la víctima se ha visto seriamente afectada para llevarlos a cabo, ya sea mediante una imposibilidad total o requiriendo esfuerzo excesivo, tal es el caso de un parapléjico, al cual le resulta incómodo cualquier desplazamiento, que para otra persona sería fácil de llevar a cabo.

De esta manera se puede ver que el daño a la vida de relación puede presentarse en caso diferentes a los que presenten imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, así como también puede ser padecido por personas que no lo sufran directamente pero que estén vinculados estrechamente con la víctima. Es un daño de tal trascendencia que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, quien frustra el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño cierto y continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera de ser”. No es una incapacidad cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que, como está dicho, le otorgan razón y sentido a su vida”. Koteich, 2012, p. 59.

dignidad debe ser compensada por uno u otro perjuicio o incluso por varios, como es el caso de una lesión con pérdida de la capacidad reproductiva, donde la dignidad humana podría considerarse afectada, no solo desde el ámbito fisiológico (daño a la salud) sino de desarrollo de la personalidad y posibilidades de ejercerla, como sería el derecho a la familia.

En otros casos, a manera de ejemplo, presentándose la amputación del miembro superior derecho (brazo ágil), no solo se ve afectado desde lo fisiológico (daño a la salud), sino que además deberá depender durante un tiempo de otra persona que lo asista en actividades básicas como higiene, escribir, etc., mientras aprende a defenderse con la izquierda; además supongamos que era conductor de un vehículo y ahora no será posible, por lo que además verá vulnerada su autonomía e individualidad, todo ello es un claro perjuicio de derechos como la libre personalidad y la dignidad humana.

Referente a lo anterior, resulta en esta oportunidad útil lo expuesto por Édgar Cortés, quien partiendo de la referencia hecha en la jurisprudencia italiana expone que

Todas las consecuencias existenciales de las que se pueden predicar diferencias sensibles, al decir de sus sostenedores, con las categorías tradicionales de daño: una clara diferencia, en principio, con los daños patrimoniales en sentido estricto (daño emergente y lucro cesante), pues no se trata de gastos que hay que asumir o de ingresos a los que se debe renunciar, sino más bien de una relación diferente con las personas y con las cosas.

Un carácter diferente respecto del daño a la salud que, entendido como las repercusiones negativas en la calidad de la vida de la persona, viene a ser cobijado o comprendido por el daño existencial, como una subespecie suya, cuando de por medio hay una lesión a la integridad psicofísica.

Una fisionomía diferente, en fin, respecto del daño moral, pues este es un sentir, mientras que el daño existencial, es un hacer (tener que hacer, no poder volver a

hacer); el daño moral se refiere a la esfera interna, emotiva de la persona, mientras que el daño existencial se refiere a la parte externa, al tiempo y al espacio de la víctima.

Así pues, la pretensión del daño existencial es aquélla de cubrir un espacio vacío que deja la aplicación de las figuras consolidadas de la responsabilidad civil, el daño a la salud, los daños patrimoniales y el daño moral, que no logran abarcar la tutela para todos esos momentos que tienen relación con la esfera de desarrollo existencial del hombre. El hacer no redituar la perturbación de la agenda cotidiana, la relación diferente con el tiempo y con el espacio; en fin, el empeoramiento de la (calidad de vida, pues el objetivo es prestar atención a cualquier actividad que logre la realización de la persona, excepción hecha de los entretenimientos de carácter ilícito o inmoral, pero sin “ninguna exclusión de principio”.

(...)

Sin embargo, como ha sido puesto de relieve, la dignidad del hombre se ve comprometida cuando se mide su esfera existencial en función “del número de compromisos que llenan su agenda”, pues sin duda se daría paso a un tratamiento discriminatorio, que reñiría con el rescate pleno del “valor hombre” que pretende la nueva responsabilidad civil, rescate ya pregonado por el daño a la salud y que el daño existencial quiere completar en todo aquello que no es salud, es decir, en las demás manifestaciones (en todas ellas, aun las más impensable), que se pueden derivar del ejercicio de los demás derechos de la persona con rango constitucional (2009, pp. 159 a 161).

Si bien el reconocido autor funda el perjuicio vida de relación a partir de la vulneración de derechos con fundamento constitucional, a tal punto que se concluye que el perjuicio se puede derivar de los demás derechos de la persona con rango constitucional, lo que se pretende no es sustentar el perjuicio desde derechos constitucionales en abstracto, sino que en esta oportunidad se defiende la visión de la persona desde un ángulo de lo social, de su interacción con los otros y de sus capacidades frente a los retos de la vida, teniendo como perjuicio autónomo el de la vida de relación, para lo cual se sustenta en primer lugar porque los demás perjuicios, que ya se han someramente observado, en algunas oportunidades no son suficientes, y posteriormente

sustentar porque el daño a la vida de relación es digno de reconocimiento como perjuicio autónomo.

En busca del objetivo líneas atrás planteado, teniendo claro los perjuicios inmateriales aquí estudiados, su alcance y finalidades, así como lo propio del perjuicio de la vida de relación, es posible ahora hacer un juicio comparativo entre los diversos perjuicios inmateriales reconocidos por la jurisdicción contenciosa a partir del 28 de agosto de 2014, con relación al perjuicio de la vida de relación, teniendo como finalidad robustecer los argumentos que sustenten la utilidad y practicidad de reconocer de manera autónoma el perjuicio vida de relación, además de servir como argumentos que complemente la metodología de aplicación práctica que se pretende dar a este trabajo.

#### **a. Con relación al perjuicio moral**

Como se hizo precisión en líneas atrás, el perjuicio moral atiende a la necesidad de resarcir mediante un criterio de compensación el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, por lo que debe avanzarse de la definición que sostuvo el profesor Martínez Ravé, en cuanto a que serían daños morales aquellos que afectan bienes no patrimoniales desde el punto de vista económico, entendiendo que hay otras consecuencias y perjuicios que igual no afectan el patrimonio o carecen de contenido económico, que sin ser tangibles, medibles o físicamente observables, también pueden generar un menoscabo de condiciones que de manera directa no afecta el patrimonio; afectación a derechos que igualmente son importantes en la

evolución y desarrollo del ser y no por ello deben limitarse a un concepto de perjuicio moral. El perjuicio, como se hizo mención en el estudio que de este se realizó, es definido por el Consejo de Estado en las sentencias del 28 de agosto de 2014, en los siguientes términos: *“El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo”*<sup>215</sup>.

En ese orden de ideas, inmateriales pueden considerarse incluidos todos los que afectan los atributos de la personalidad, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho al buen nombre, el derecho al ejercicio de una profesión u oficio, el derecho a la tranquilidad y a la seguridad<sup>216</sup>; por lo que dicho perjuicio -el moral- por su esencia se encuentra inmerso en la interioridad de la víctima, hace parte exclusiva de su fuero interno<sup>217</sup>, y si bien la moral como concepto atiende a *“un conjunto de normas, valores y creencias existentes y aceptadas en una sociedad que sirven de modelo de conducta y valoración para establecer lo que está bien o está mal”*<sup>218</sup>, este no es el sentido que en materia de daños debe emplearse, pues desde una perspectiva jurídica se hace referencia a los sentimientos negativos del ser humano, a su pensamiento y conciencia, si se quiere, a su idealización de lo que espiritual, sentimental e internamente es estar bien, imperturbable, en calma.

---

<sup>215</sup><http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>. Consultado el 28 de marzo de 2018.

<sup>216</sup> Martínez Ravé, 1996, p. 237.

<sup>217</sup> “De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral”. Gil Botero, 2013, p. 282

<sup>218</sup> <https://www.significados.com/moral/> consultado el 25 de marzo de 2018.

En consecuencia, el perjuicio moral no es otra cosa que la afectación de ese estado espiritual, sentimental e intangible en que las personas se encuentran en un estado más pasible. Dichos sentimientos indudablemente son experiencias personales y cada persona las vive, afronta y exterioriza de diferentes maneras, por tanto la forma de asumirse una situación que altere ese estado no siempre se vive con la misma intensidad o se exterioriza de la misma manera, razón por la cual la jurisprudencia ha echado mano reiterada de la presunción cuando se trata del perjuicio moral, pues si bien no hay discusión y todos con facilidad habrán vivido la tragedia de perder un ser querido, que difícil es demostrar cuanto se sufre.

El perjuicio moral se dirige exclusivamente a compensar los sentimientos de las víctimas -directa o indirecta- y a todo aquel interesado que demuestre dicha afectación, pues a buen tino ha reconocido la jurisprudencia que en la dinámica social el ser humano crea vínculos especiales e íntimos con otras personas que van más allá de lo consanguíneo o civil, como resulta con los compañeros de trabajo, los amigos, compañeros de estudios, novios, médico, sacerdote, etc.

Se comparte el reconocimiento de las reglas de presunción del perjuicio moral basados en las reglas de la experiencia y claro está, su tasación preestablecida, que se exponen en las respectivas providencias del 28 de agosto de 2014, sin embargo, dichos postulados no atienden a un criterio integral de la persona y desconoce que el perjuicio no solo se puede presentar en un sentido negativo de las emociones -ej. dolor, angustia, tristeza, zozobra- sino también puede evidenciarse en un sentido negativo de la conducta y de las relaciones, que obviamente afectarán directa e indirectamente lo personal, por lo que el perjuicio de vida de relación tendría la función en ciertos

casos de compensar donde el perjuicio moral resulta forzado o de completarlo cuando aquel en criterio de equidad no es suficiente<sup>219</sup>.

Para sustentar lo anterior, obsérvese como en ocasiones la propia jurisprudencia ha entendido que no es posible aseverar la existencia de un perjuicio moral de quien no ha padecido sufrimientos o vivido la tristeza, como es el caso de la sentencia del 16 de noviembre de 1989, exp. 5606, en el que el Consejo de Estado sostuvo que

Se advierte que aunque la menor Carmen (...) aún no había nacido cuando falleció el señor Arturo Miguel, la Sala ha reconocido a favor del hijo póstumo el derecho al pago de los perjuicios tanto morales como materiales que sufre con la pérdida de sus padres.

No obstante, la Sala aclara en esta oportunidad que en el caso del hijo póstumo si bien es posible que se repare el perjuicio moral, es indudable que el daño que principalmente sufre es la alteración de las condiciones de existencia. En efecto, si el perjuicio moral es dolor; la aflicción o tristeza producidos por el hecho dañino, es claro que tales sentimientos no fueron experimentados por quien aún no había nacido cuando éste se produjo. Lo que en realidad afecta a quien pierde a uno de sus padres antes de nacer es el apoyo, el afecto y la compañía, que habría recibido de éste<sup>220</sup>.

En conclusión, el perjuicio moral solo abarca dentro del derecho de daños, el estudio y reconocimiento de una de las facetas o componentes de la persona, esto es lo espiritual, lo sentimental y del fuero interno, en su lugar, el perjuicio vida de relación va dirigido a compensar las alteraciones de las condiciones sociales, rutina, posibilidades de placer, goce y disfrute de la

---

<sup>219</sup> “La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó, con base en varios precedentes jurisprudenciales, que el daño a la vida de relación es un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial, distinto del perjuicio moral, toda vez que tiene carácter especial y con una entidad jurídica propia”. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2017, SC-220362017.

<sup>220</sup> También se puede consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de julio de 2000, exp. 11842.

cotidianidad, o aquellos mayores esfuerzos y dificultades que una persona debe afrontar en su vida diaria a causa del evento dañino.

## **b. Con relación al perjuicio daño a la salud**

La definición de salud ha cambiado dependiendo de la cultura y el momento histórico en la que se le quiera definir, los sistemas médicos alrededor del mundo han construido múltiples discursos y esferas de la vida humana, de ahí que unas sean más animistas y rituales que otras como las tribales, o que den protagonismo a los alimentos como medicinas como es el caso de los médicos ayurvedas de la india<sup>221</sup>, así pues occidente cuenta con su propio concepto de salud definido por la OMS en la década de los 40's: *“La salud es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”*<sup>222</sup>, en esta definición se corrige una concepción muy antigua dónde intuitivamente se creía que la salud era la ausencia de enfermedad, por otro lado esta definición tiene una desventaja, es bastante general y para llenarse de significado es necesario delimitar los conceptos de bienestar físico, mental y social; lo que a partir de la Ley 100 de 1993, además de la Ley 1751 de 2015<sup>223</sup>, normativamente se ha desarrollado desde la idea de integralidad del sistema de salud y del concepto la salud pública, la cual a grandes rasgos abarca la prevención primaria (prevenir antes de que se establezca la enfermedad), la atención y la recuperación de la salud.

---

<sup>221</sup> <http://www.redalyc.org/pdf/148/14828711004.pdf>

<sup>222</sup> Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100), que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

<sup>223</sup> “POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”. Recuperado el 20 de mayo de 2018, de:

[https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf)

El cuerpo en un estado de salud es el ancla de la persona a la realidad material, condensa su individualidad y es el medio por el cual interactúa con los demás y con el medio, lo entiende y lo transforma; se puede ver que existe una relación entre lo anatómico, las facultades de las que es capaz de dotar al individuo y el impacto o el uso que pueden tener estas facultades sobre el medio y la cultura, por ejemplo los huesos, músculos, tendones y nervios que generan las falanges que constituyen los dedos, dirigidos por las facultades mentales inferiores que permiten el movimiento, y las superiores que le dan dirección al mismo para crear actividades como el trabajo manual que transforma la naturaleza. En cada uno de estos niveles es posible que se vea afectada la salud o en todos como es lo más común, es decir, alteraciones anatómicas producen alteraciones funcionales y viceversa, como una fractura de hueso hace que sea doloroso mover una extremidad o la agresión hepática hace que el hígado crezca de tamaño como respuesta inflamatoria, otra forma de enfermar es aquella que disminuye la función de la misma tocando la anatomía, por ejemplo una anemia donde los glóbulos rojos son insuficientes o tienen formas inadecuadas para cumplir su función, existiendo en ausencia de cualquier anormalidad anatómica.

Por otro lado, alteraciones anatómicas pueden llevar a no tener ningún cambio de función manifiesta (ejemplo variaciones anatómicas en el trayecto de paso de venas o arterias donde son diferentes a las descritas por los libros de anatomías pero normalmente son descubiertas por hallazgos incidentales más que porque produzcan estados anormales), como pueden existir diferencias funcionales que sean igualmente competentes, por ejemplo los polimorfismos genéticos que cambian el color de la piel o del tono de los ojos entre otras variaciones menos manifiestas, como serían las que causan efecto de somnolencia en ciertos medicamentos mientras que a otras personas no; por último, alteraciones como las cicatrices donde hay una forma diferente

de composición de un segmento de piel por una remodelación posterior a un trauma o solución de continuidad, ese segmento de piel cumple con las mismas funciones que el resto, sin embargo toma importancia dependiendo de qué tan expuesta esté, y de su magnitud, esto último nos induce a pensar que la lesión tiene un carácter topográfico importante dependiendo de estructuras que son clásicamente más funcionales (o que pueden cumplir un mayor número de actividades) o de si estéticamente tienen un peso importante, por ejemplo es diferente cortar el dedo número 3 del pie desde una de sus últimos segmento y afectar poco la marcha a perder el dedo del pulgar, demostrado como una ventaja evolutiva en todos los homínidos superiores, o tener una cicatriz que sea invisible incluso para el sujeto en el talón de su pie, a tener una cicatriz posiblemente del mismo o menor tamaño en su mejilla.

La salud como se dijo, atiende a un estado completo de bienestar integral -físico, mental y social; sin embargo, desde lo jurídico<sup>224</sup>, el perjuicio ha sido reducido desde su concepción indemnizatoria a la lesión “proveniente de una afectación a la integridad psicofísica”, por lo que se circunscribió por el Consejo de Estado su reconocimiento a “una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal” y con ello, sustentar “la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, (...) pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona”, abandonando de allí toda posibilidad obvia de expandir a terceros dicho perjuicio, limitándose el perjuicio daño a la salud exclusivamente a la víctima directa, sin que su lesión y las consecuencias de estas sean analizadas desde una órbita externa y mucho menos con el reflejo a terceros<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> Desarrollado en las providencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 14 de septiembre de 2011, exp. 19.031 y 38.222.

<sup>225</sup> “Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, nunca podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera

Se puede advertir que a lo largo del escrito no se abandona la idea del perjuicio con la denominación daño a la salud, pues se considera que lo aquí indemnizable es exclusivamente el derecho a la salud, el cual se tiene en principio, en toda su esfera, incluso así se evidencia en los parámetros que el Consejo de Estado da para su valoración y tasación, para lo que se exponen los criterios estáticos y dinámicos, pero en todo caso solo se establece el perjuicio con relación a la afectación o lesión psicofísica<sup>226</sup>, a tal punto que uno de los criterios para su tasación es la calificación de la merma o pérdida de la capacidad laboral; obviando las alteraciones y modificaciones que la víctima directa e incluso las indirectas, sufren en su vida diaria a causa del daño, el cual puede ser temporal o permanente y en mayor grado para unos que para otros; incluso dicha situación puede verse aún más radical para las llamadas víctimas indirectas, pues por citar un ejemplo, una persona que quede en estado vegetativo, ve afectada su salud en el mayor grado, pero esta no tiene consciencia de que su vida o su entorno ha sido afectado, sin embargo su familia y en este caso pensemos en la madre o la cónyuge, si vivirán tales alteraciones, por lo que al ser consciente de ellas padece una alteración que el perjuicio daño a la salud no le resarce y no debe hacerlo.

---

considerado en Italia como un daño subjetivo inequitativo –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro. A contrario sensu, el daño a la salud, gana claridad, exactitud y equidad donde aquellos la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que la misma generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que conseguiría una sistematización del daño no patrimonial”. Gil Botero, 2010, p. 308

<sup>226</sup> “En sentido natural, a todo hecho se sigue una consecuencia, y de ahí que la doctrina jurídica, al tratar de dar una definición del concepto de daño, siempre haya diferenciado el hecho concreto por medio del cual el agente del daño y la víctima entraron en contacto, de las consecuencias que de ese encuentro se derivaron. Con el estudio del daño a la salud, y esto demuestra su carácter paradigmático, la determinación de este aspecto adquiere una relevancia especial, pues salta a la vista que no es lo mismo (para efectos de la reparación) considerar como daño la lesión a la integridad física (p. ej., la pérdida de un brazo) que considerar como daño las consecuencias que de esa lesión se derivan”. Cortés, 2009, pp. 47-48.

Por tanto, se está de acuerdo a que el daño a la salud se dirija exclusivamente al reconocimiento de este derecho, reduciendo “a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto”, pero solo como aquel perjuicio que analiza lo físico, anatómico, psíquico y fisiológico de la persona, es decir, su componente físico - corporal<sup>227</sup>, presentándose el daño a la vida de relación como un complemento de la expresión social o externa de la persona, que ve alterada, modificada o perturbada en su vida cotidiana, sus posibilidades y el ejercicio de sus derechos por el daño<sup>228</sup>, sean propios o de su ser querido.

Resulta paradójico como se pretende eliminar o restar contenido a un perjuicio como lo es el de la vida de relación justificándose tal decisión a partir del daño a la salud como un concepto más

---

<sup>227</sup> La finalidad de este perjuicio no era otro que el de la salud psicofísica y así lo explica Koteich, en cuanto a que “Finalmente, una vez se erige el “daño a la salud” en forma autónoma, jurisprudencia y doctrina italiana se dan a la tarea de precisar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad; es decir, un criterio con el que se logre respetar el principio de paridad de tratamiento o, en definitiva, la dignidad e igualdad de las víctimas, en la medida en que este daño logra distinguirse de las otras hipótesis de daño extrapatrimonial fundamentalmente porque permite ser valorado, al menos en una primera instancia, con base en un parámetro objetivo constituido por el experticio médico-legal” (2012, p. 94).

<sup>228</sup> “Con la tesis de la Sala cualquier pérdida anatómica de un órgano, por ejemplo un riñón, comporta la existencia de perjuicio fisiológico entendida esa expresión en su alcance literal. Si por el contrario, se considera que el llamado perjuicio fisiológico en su acepción técnico jurídica es disminución o pérdida del placer de la vida, debe concluirse que no toda lesión o daño corporal implica su existencia y consiguiente indemnización”.

Salvamento de voto que es acogido integralmente en el fallo de fecha 25 de septiembre de 1997, expediente 10421 del Consejo de Estado con ponencia del doctor Julio Cesar Uribe Acosta, expresa:

“En este sentido, quien ha sufrido una disminución en su integridad personal podrá reclamar una indemnización adicional sólo y en tanto ella ha afectado su capacidad de realizar actividades placenteras o ha alterado sus condiciones de existencia. La pérdida de la matriz, que implica la imposibilidad de procrear, podrá incidir acrecentando el abatimiento, el dolor moral de quien padece la merma y a su vez significa una alteración a la vida de relación que debe ser indemnizada de acuerdo con el postulado de la reparación integral que debe presidir todo el tema de la responsabilidad” extracontractual.

Y en la sentencia del 2 de octubre de 1997 del Consejo de Estado plantea una lógica sencilla.

“En este orden de ideas y teniendo presente que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima -daño moral subjetivo- y tampoco resarcir las consecuencias patrimoniales que para ella siguen por causa de la lesión -lucro cesante-, sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral, por la totalidad de los intereses humanos jurídicamente tutelados, que resultaron comprometidos por la conducta dañina, dentro de los cuales, ocupa lugar principal, la mengua en las posibilidades de realizar actividades, que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”. Tomado de Pantoja Bravo, 2015, pp. 943 – 944.

amplio y de mayor contenido, pero termina reduciéndose este a una situación simplemente objetiva de la calificación de la merma o pérdida de la capacidad laboral, es decir, la presencia o no de la lesión y por tanto acercándose cada vez más al argumento que llevó a abandonar en el 2000<sup>229</sup> el perjuicio fisiológico o a la doctrina italiana a sostener la distinción entre daño evento y daño consecuencia, el cual se dirigía a sustentar que lo que en uno u otro caso, el reconocimiento pretendía resarcir era exclusivamente el evento, la lesión, *“para que la valoración tenga cuenta únicamente de sus consecuencias en el patrimonio económico y/o moral de la víctima; con lo cual, se procede de conformidad con los postulados tradicionales de la responsabilidad civil (concebidos y establecidos, en cualquier caso, antes de que los derechos de la personalidad irrumpieran en el mundo de la responsabilidad civil)”*. (Koteich, 2012, p. 115).

Se plantea que el perjuicio de la alteración a la vida de relación, complementa el sistema de reparación de las víctimas, siendo en caso de lesiones graves, un concepto que permite integrar las afectaciones específicas y concretas de la víctima, así como de otras personas que alteran sus condiciones de vida ordinaria, corrigiéndose con este perjuicio -vida de relación- la falta de compensación o reconocimiento que no brinda el perjuicio daño a la salud, ya que, se reitera, este solo es viable reconocerse a la víctima directa de la lesión y abarca exclusivamente el análisis desde el punto de vista estático -pérdida o disminución de la capacidad laboral-.

---

<sup>229</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 19 jul 2000. Exp. 11842. <http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=ce-sca-sec3-19-jul-2000.pdf>

### **c. Con relación al perjuicio a bienes constitucionales y convencionales**

Ya de antemano se ha dejado esbozado que el presente perjuicio corresponde a un concepto indeterminado con escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial; también se dijo que el perjuicio en esta oportunidad comentado se presenta más como el cambio de nombre con el que se pretende remplazar el daño a la vida de relación y emplearlo, como era la función de este, para una especie de “bolsa de perjuicios” o si prefiere de derechos, con el principal fin de evitar la expansión de perjuicios nacidos de la creatividad judicial. Será entonces la evolución de la jurisprudencia y la doctrina, que en la casuística y con el tiempo desarrollará el concepto y permitirá elaborar criterios y reglas para su reconocimiento, valoración y de ser el caso tasación.

Ahora, dado que para el presente trabajo es necesario establecer parámetros de identidad y conceptualización del perjuicio vida de relación, es necesario adoptar también un criterio respecto al daño de bienes constitucionales y convencionales, con el fin de exponer los parámetros diferenciadores y linderos respectivos.

Como se analizó en su momento, el daño a bienes constitucionales y convencionales surge en la exposición de las sentencias del 14 de septiembre de 2011, como un macro perjuicio que agrupará todos aquellos perjuicios que no correspondan a los originados en el daño a la salud o el moral, que tengan una relevancia constitucional y que ahora también incluyen los tratados internacionales ratificados por Colombia en virtud del bloque de constitucionalidad y el artículo 93 de la Carta, pero agreguemos, se incluyen también aquellos que *“siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*, por mandato del artículo 94 Superior.

En consecuencia, el marco de derechos que pueden conformar este perjuicio es tan amplio que su encuadramiento no permite hacerse desde un solo punto de vista y exige una construcción argumentativa en la que los derechos contemplados en la constitución y en convenios encuentren justificación directa en el caso concreto, pues no es forzosa la conclusión, de que cada vez que se vulnere un derecho, se desconoce o vulnera un derecho constitucional, siendo por ejemplo para el caso, cuando el Estado ejerza la facultad de expropiación administrativa, se vulnera el derecho a la propiedad privada prevista en el artículo 58 de la Constitución y cada vez que se niegue la prestación del servicio de salud, se desconoce dicho derecho contemplado en el artículo 49 de la Carta, sin necesidad de causarse el perjuicio daño a la salud.

Por tanto, buscando que no se presenten inconsistencias y desigualdad de criterios al momento de definir la procedencia y aceptabilidad del perjuicio, tendrá la jurisprudencia que desarrollar unos criterios objetivos en los que proceda el reconocimiento del perjuicio, dejando de un lado las simples apreciaciones subjetivas y principalmente, evitar utilizarlo como caballo de Troya para introducir o aumentar las indemnizaciones cuando el caso presenta circunstancias particulares, lesiones que se califican de severas<sup>230</sup> o violación de derechos humanos.

---

<sup>230</sup> Por ejemplo, en una oportunidad dijo el Consejo de Estado: “Sin embargo, considera la Sala que es viable reconocer una indemnización superior a la que correspondería según el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral, dada la situación de extrema gravedad que representa para una persona ver limitado el desarrollo de uno de los sentidos del ser humano, como lo es la vista y, por tanto, en atención a la jurisprudencia de la corporación, se procederá a tasar el perjuicio por daño a la salud según las variables que se encuentren probadas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2017, Exp. 38515.

En otra sentencia se dijo: “A pesar de lo anterior la Sala considera que el caso del señor Jorge Eliécer Castro Crespo es de aquellos que la jurisprudencia ha denominado excepcionales, pues debe ponerse de presente que las lesiones ocasionadas en el cuerpo del demandante comportaron una deformidad física consistente en la pérdida de dos dedos de su mano derecha, miembro que no es funcional pues tiene limitación en el movimiento de la muñeca, no puede realizar movimiento de pinza o de agarre, con cicatrices de carácter permanente y dolorosas, además de una hipoacusia, los cuales comportan una variación estética y auditiva que deberá soportar por el resto de su vida.  
(...)

De conformidad con lo anterior, un examen cualitativo de la lesión sufrida por el accionante indica a la Sala que la misma debe ser indemnizada, pero no en el monto definido por el a quo. Para el efecto, atendiendo los precedentes jurisprudenciales, el material probatorio y el *arbitrium judicis* que le asisten a la Sala, modificará, por este aspecto, la sentencia de primera instancia, y, en su

En ese orden de ideas, si el perjuicio originalmente fue concebido como aquel que se dirige a reconocer y completar la justicia restaurativa ante los casos en que se presentan graves violaciones a los derechos constitucionales y convencionales, a nuestro juicio, es este el criterio que debe primar y en consecuencia este perjuicio debe operar de manera automática -aun de oficio- en los casos en que se presenten graves violaciones a los derechos humanos, derecho internacional humanitario y los derechos enlistados en el artículo 85 de la Constitución Política<sup>231</sup>, que la Carta reconoce como derechos fundamentales, obviando para el caso del derecho de daños la connotación que de derechos fundamentales ha extendido la Corte Constitucional a otros derechos<sup>232</sup>.

En estos términos, cuando el Juez advierta la trasgresión grave del derecho internacional humanitario, de derechos humanos o del catálogo de derechos previsto en el artículo 85 CP, es decir los derechos fundamentales previstos en los artículos 11 al 40, tendrá certeza de la necesidad de avocar el análisis de convencionalidad y particularmente, de incluir en la providencia un estudio sobre la conducta, elevando el reproche al ámbito convencional y constitucional, en defensa de las víctimas y sus derechos.

---

lugar, dispondrá una condena por concepto de daño a la salud equivalente a una suma de dinero igual a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento de la ejecutoria de esta providencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 15 de abril de 2015, Exp. 45513.

<sup>231</sup> Artículo 85. Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.

<sup>232</sup> Se precisa que derechos como los de los niños, los cuales no se encuentran enlistados en el artículo 44 de la Carta, no serían excluidos por cuanto su estudio y reconocimiento deviene de instrumentos internacionales como es la convención sobre el derecho de los niños del 20 de noviembre de 1989.

De otro lado, sobre el derecho a la salud, si bien se ha dado su connotación de derecho fundamental, el mismo no se reconocería bajo este criterio de indemnización, pero a manera de ejemplo, de resultar gravemente afectado el derecho por una desatención médica, la cual deje secuelas, lo que sería reconocible sería el derecho a la dignidad humana, por ejemplo, mientras que la salud como tal se resarciría bajo el perjuicio daño a la salud, y de presentarse otros, por el respectivo concepto.

Respecto al daño en comento, por lo pronto definamos que el derecho afectado debe tener la condición de ser personalísimo, resultar gravemente afectado de manera permanente o temporal, corresponder a los derechos referidos, salvo lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución Política y que su vulneración sea de tal envergadura que genere en la víctima y su núcleo familiar, la vulneración de derechos constitucionales y convencionales de manera directa. Por lo que no sería procedente reconocer este perjuicio, por ejemplo, por la simple privación de la libertad, pero si durante esta se presentaron torturas, abusos, discriminación y en general manifestaciones de la violación de los DH, DIH y derechos fundamentales se procede con el respectivo análisis del perjuicio.

En síntesis, se propone que este perjuicio sea reconocido cuando se presenta como el único perjuicio a resarcir o se torne como el de mayor relevancia, como cuando se vulnera los derechos a la intimidad personal y familiar y al buen nombre (art. 15 CP), la honra (art. 21 CP) o al debido proceso (art. 29 CP). Para cuya reparación se observará la posibilidad de medidas no pecuniarias en un primer lugar, de ser insuficientes o no procedentes, o incluso cuando estas resultan más gravosas o revictimizantes, como sería en los casos en que se presente detenciones de la fuerza pública con abuso sexual, ya que medidas como excusas públicas no son procedentes.

En este punto también se resalta que el perjuicio de daño a derechos o bienes constitucionales o convencionales, si bien en principio puede ser deprecado o reconocido tanto para la víctima directa como para su núcleo familiar, este solo corresponde en medidas restaurativas no pecuniarias, persistiendo esta posibilidad económica solo para la víctima directa. Sin embargo, cabe advertir que se presentan casos en que las llamadas víctimas indirectas sufren igual o más que la víctima

directa y en estos casos dado la limitante, no es posible conceder un perjuicio, por lo que la jurisprudencia evadiendo tal parámetro reparatorio, emplea los demás perjuicios y en particular a las reglas de excepción para reconocer sumas más elevadas, situación que desborda el fin reparatorio del derecho de daños, que se torna en enriquecimiento sin causa de la víctima, un abuso del derecho y un menoscabo del causante, que en muchas ocasiones se asimila incluso a una especie de daño punitivo.

El perjuicio daño a la vida de relación serviría para complementar la afectación a los bienes constitucionales o convencionales que se consideren afectado, en casos en que no sea posible a partir de las reglas jurisprudenciales, reconocer sumas de dinero que colmen la necesidad de compensar o resarcir en mayor medida, por lo que se reitera, no se excluyen, sino que se complementan y cuando mucho, por necesidad técnica de la aplicación de la regla jurisprudencial, la remplaza.

Como se expuso en el respectivo acápite, el perjuicio denominado “daño a bienes constitucionales y convencionalmente afectados”, se presenta como un concepto de poca claridad, el cual ha sido empleado de manera indiscriminada en diferentes escenarios, sin una coherencia y continuidad en el mismo, acudiéndose a él en los eventos en que se considera se presenta una vulneración a un derecho expreso en la Constitución, a manera de ejemplo la salud, la familia, la dignidad humana, el honor, y por regla general cuando se advierte la violación de derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

Así, el perjuicio o afectación a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados, se diferencia del perjuicio a la vida de relación, en que mientras aquel observa los derechos contemplados en normas superiores y encuentra su fundamento desde la propia constitución y los instrumentos internacionales, el de la vida de relación, se estudia desde el ámbito social y relacional, desde la proyección de vida, lo que si bien se encuentra estrechamente relacionado con derechos como el libre desarrollo de la personalidad, a dignidad humana y la salud -también de jerarquía constitucional-, atiende a una mirada concreta y particular de la persona con el objeto de estudio del perjuicio, es decir, el proyecto de vida, la interacciones sociales e intersubjetivas, la relación con las cosas y las personas.

En ese orden de ideas, es viable considerar que el perjuicio en comento se implemente para reconocer la compensación cuando se presenten la vulneración de derechos -daño antijurídico- sin necesidad de incurrir en argumentos forzados o aplicar reglas de excepción para reconocer mayores sumas. Lo que se plantea es que en los casos en que se advierta la alteración en la vida social y las posibilidades de interacción y cotidianidad de una persona, absoluta (como el caso de lesiones graves) o permanente (como en los casos de privación de la libertad), este perjuicio sea el que se emplee para realizar la valoración y liquidación de perjuicios, dejando el denominado daño o afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos a casos concretos en los que la víctima sufre grave violación de derechos humanos.

## CONCLUSIONES

1. Las sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, dejan por fuera un perjuicio de relevancia como lo es la vida de relación, el cual se considera integra el esquema reparatorio atendiendo el carácter social y las relaciones intersubjetivas de la persona, por tanto, se propone una reconfiguración en materia de perjuicios inmateriales dentro de los cuales se incorpore el perjuicio vida de relación, realizándose frente a este un análisis y exposición conceptual.

2. A partir del análisis del perjuicio moral, daño a la salud y el daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados se colige que la esencia de su reconocimiento se funda en la compensación dada su inmaterialidad e intangibilidad.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que los perjuicios inmateriales actualmente reconocidos, conforman una estructura que se pretende complementar para el reconocimiento de la persona desde las esferas o componentes moral y físico, por lo que su dogma se fundamenta en una finalidad compensatoria que acerque más al derecho de daños a la reparación integral de la víctima.

3. El perjuicio a la vida de relación es autónomo y necesario ya que es un concepto que complementa el esquema reparatorio en el derecho de daños en Colombia, el cual se basa en el reconocimiento de la persona como un ser social y colectivo, con derechos que trascienden los físico y moral, propendiendo por resarcir, compensar y revindicar a la persona en su esfera social,

su derecho al disfrute y goce de las cosas rutinarias y comunes, así como de su estado y roles sociales, su interacción con la comunidad y con su entorno.

El ser humano es un ser complejo, compuesto por diferentes elementos, siendo uno de ellos lo social y para esto, se emplean conceptos filosóficos, sociológicos y antropológicos como el de la *otredad*, que reconocen al ser humano a partir de una visión más allá al yo, que abandona la simple individualidad y se finca en un criterio de sociedad, de comunidad y de exterioridad.

En ese orden de ideas, desde una definición que abarque la etimología y objeto del perjuicio viada de relación, se puede sustentar que esta es procedente para complementar el derecho de daños y en particular el esquema compensatorio de los perjuicios inmateriales, reconociéndose desde su definición conceptual una serie de criterios y elementos que precisan su finalidad para lo que se plantea el perjuicio vida de relación como aquel que busca compensar la vulneración grave y relevante a los derechos e intereses de las personas en la vida social, las relaciones interpersonales y el libre desarrollo de la personalidad, alterando su posibilidad de relacionarse con los otros, las cosas y el entorno, limitando o restringiendo la capacidad de llevar a cabo actividades de disfrute, rutinarias o que modifiquen sus roles en la sociedad o en sus expectativas a futuro.

4. Se presenta evidente que los perjuicios inmateriales atienden a una finalidad compensatoria dada su intangibilidad, abstracción y amplia subjetividad, por lo que no sería otro criterio que el de la compensación aquel que establecería el parámetro del resarcimiento del perjuicio, estructurándose para ello una serie de presunciones y criterios para su reconocimiento, dirigidos en primer lugar a compensar a la persona por la alteración que a las condiciones de vida, su existencia y posibilidad

de relacionare con las cosas y otras personas vea de forma relevante trastornadas; así como la búsqueda de la reivindicación de la persona en su grupo y entorno social.

5. Por último, para responder al problema inicialmente establecido y al objeto de esta investigación, el cual pretendía establecer los fundamentos jurídicos que justifican la existencia de la tipología del daño a la vida en relación en Colombia, debe considerarse que, como toda la construcción de la dogmática de los perjuicios inmateriales esta atiende al derecho de las víctimas a una reparación integral que se acerque a una de las finalidades del derecho de daños, esto es, la búsqueda del restablecimiento de condiciones de la víctima, la compensación e indemnización del menoscabo de sus derechos, así como su reivindicación social.

No puede negarse que el desarrollo de la teoría del daño y con ella del reconocimiento de los perjuicios inmateriales, atiende exclusivamente a una construcción jurisprudencial que debe concebir la persona como ser complejo compuesto de derechos que se manifiestan en diferentes esferas. Es por ello que este trabajo y partiendo de lo desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina, se edifican en cuatro grandes bloques, el moral -fuero interno, sentimientos y emociones; el fisiológico -la salud y la integridad psicofísica-; la posibilidad de interactuar en lo social, con las personas y las cosas; sin olvidar que por el avance en materia de derechos humanos, el constitucionalismo y los tratados, en casos particulares, es necesario reivindicar a la persona en este contexto y para tal fin, se reconoce la vulneración directa de derechos constitucional y convencionales.

Los fundamentos jurídicos que sustentan la posibilidad del reconocimiento del daño a la vida de relación perjuicio se encuentran en la Constitución Política por cuanto indica la carta en el artículo primero, que Colombia como Estado Social de Derecho se funda en el respeto de la dignidad humana y la solidaridad de las personas que la integran; por ello se impone en el artículo segundo como fines del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Razón por la cual, surge el deber de responder patrimonialmente cuando en la actividad estatal se causen daños antijudíos, conforme el artículo 90 Superior y para ello, la Ley 446 de 1998, en su artículo 16 establece que, al momento de realizarse la valoración del daño sobre las personas y las cosas, dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, esta se hará atendiendo a “los principios de reparación integral y equidad”.

Por tanto, es viable sostener que como todos los perjuicios inmateriales reconocidos por la jurisprudencia colombiana, el perjuicio vida de relación se desprende de un reconocimiento y construcción jurisprudencial, cuyos fundamentos jurídicos se encuentran en normas constitucionales y legales que le dan origen al principio de reparación integral y a la dignidad humana, siendo en concreto fuentes normativas los artículos 1, 2, 13, 90, 229 y 230 CP; Ley 270 de 1996; artículo 16 de la Ley 446 de 1998; artículo 25 de la Ley 1448 de 2011; artículos 2341 y 2343 del Código Civil; así como los principios de reparación integral, la equidad, igualdad y la Convención Americana Sobre derechos Humanos -1969- (art. 8.1 y 63.1).

## BIBLIÓGRAFA

Álvarez Gómez, Marco Antonio (2017). Ensayos Sobre el Código General del Proceso. Medios Probatorios, Volumen III. Editorial Temis S.A; Bogotá – Colombia.

Azula Camacho, Jaime (2015). Manual de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales Tomo VI. Editorial Temis S.A; Bogotá – Colombia.

Cárdenas Mesa, John Arturo (2015, Julio - diciembre). La reparación del daño evento en Colombia. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS – UPB, vol. 45, No. 123. Medellín, Colombia. <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v45n123.a02>

Concepción, José Luis, (1999) Derecho de Daños. Editorial Bosch; Barcelona-España.

Cortés, Edgar (2009). Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina? Universidad Externado; Bogotá DC - Colombia.

Devís Echandía, Hernando (2015) Teoría General del Proceso. Editorial Temis S.A; Bogotá DC – Colombia.

Domínguez Angulo, Juan Pablo (2018). El Concepto Normativo del Daño. Ediciones Nueva Jurídica; Bogotá DC– Colombia.

Eilynn Susana Durán Ovallos; BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS. Revista Ratio Juris Vol. 11 N.º 23 (julio-diciembre 2016), Unaula. Pp 189-211. Consultado en file:///E:/Users/marboleq/Downloads/91-291-2-PB.pdf 2 de abril de 2018

Fernández Sessarego, Carlos; Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima), No. 52, dic. 1998-abr. 1999/Derecho Puc (Lima), pp. 251-269

García Vásquez, Diego Fernando (2009) Manual de Responsabilidad Civil y del Estado. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Primera edición; Bogotá D.C, Colombia.

Giacomette Ferrer, Anita (2015). Teoría General de la Prueba. Tercera edición, Grupo Editorial Ibáñez; Bogotá – Colombia.

Gil Botero, Enrique (2006). Temas de responsabilidad extracontractual del Estado, III Edición, Comlibros; Bogotá DC – Colombia.

Gil Botero, Enrique (2013). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Temis S.A; Bogotá-Colombia.

Goldstein, Mabel (2010). Diccionario Jurídico, “CONSULTOR MAGNO”; Editora Cultural Internacional, Bogotá -Colombia.

Henao Pérez, Juan Carlos (1998) El daño, “ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS”; Universidad Externado de Colombia. Bogotá DC – Colombia.

Henao Pérez, J; Ospina Garzón, A; Bejarano Guzmán, R; Bernal Pulida, C; Gil Botero, E; Viana Cleves, M y otros (2015) La responsabilidad extracontractual del Estado ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?; Universidad Externado de Colombia: Bogotá DC – Colombia.

Koteich Khatib, Milagros (2012). Reparación del Daño como mecanismo de Tutela de la Persona. Primera edición; Universidad Externado de Colombia. Bogotá -Colombia.

Lévi Strauss, Claude (1996) “Mito y Significado”; Alianza Editorial, Madrid- España.

López Blanco, Hernán Fabio (2017). Código General del Proceso. Pruebas, Tomo 3. Dúpre Editores Ltda.; Bogotá – Colombia.

Martínez Ravé, Gilberto (1996) Responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Biblioteca Jurídica Diké; Medellín – Colombia.

Mead, Margaret (2001) Palabras y Mentes; Ediciones Paidós, Madrid – España.

Mendoza Cury, Antonio Luis (2016). Manual de liquidación en sentencias Judiciales. 3ª Edición; Librería Jurídica Sánchez R Ltda. Medellín -Colombia.

Navia, Felipe (2000) ¿Del daño moral al daño fisiológico, una evolución real? Ensayos de Derecho Privado No 4. Universidad Externado de Colombia; Bogotá DC – Colombia.

Orejuela, Wilson. (2013) Responsabilidad del estado y sus regímenes. Segunda edición; Ecoe ediciones; Bogotá DC- Colombia.

Pantoja Bravo, Jorge (2015). derecho de daños. Tomo I, Leyer S.A; Bogotá – Colombia.

Pantoja Bravo, Jorge (2017). El daño a la persona y su Indemnización. Leyer; Bogotá – Colombia.

Pinzón Muñoz, Carlos Enrique (2014). El Procesamiento del medio de control de la reparación directa. Doctrina y Ley Ltda.; Bogotá DC – Colombia.

Pinzón Muñoz, Carlos Enrique (2015). El derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado. Ediciones doctrina y Ley Ltda.; Bogotá DC –Colombia.

Renato Scognamiglio (1962), El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual. traducción de Fernando Hinestrosa, Edit. Antares Bogotá DC- Colombia.

Rueda Prada, Diana (2015). La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Grupo Editorial Ibáñez; Bogotá – Colombia.

Saavedra Becerra, Ramiro (2018) DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, T. III; Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá DC - Colombia.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2017) Compendio de Derecho Administrativo; Universidad Externado de Colombia; Bogotá DC – Colombia.

Tamayo Jaramillo, Javier. (2007) Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Segunda edición; Legis Editoriales S.A; Bogotá DC – Colombia.

Tamayo Jaramillo, Javier (2013). Sobre la Prueba de la Culpa Médica. Biblioteca Jurídica Díké; Medellín – Colombia.

Tamayo Jaramillo, J; Botero Aristizábal, L; Polanía Tello, N; Rojas Quiñones, S (2017), Nuevas reflexiones sobre el daño. Legis, Bogotá DC - Colombia.

Uribe Ruiz, Agustín. Criterio jurídico garantista. Año 2 - No. 2 - Enero-Junio de 2010. El perjuicio a la vida de la relación: una entidad autónoma y de reparación independiente de los demás daños resarcibles en la responsabilidad civil.

Velásquez Posada, Obdulio (2013). Responsabilidad Civil Extracontractual. Temis S.A – Universidad de La Sabana; Bogotá – Colombia.

## **SENTENCIAS CITADAS**

### **Sección Tercera del Consejo de Estado**

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 14 de noviembre de 1967, Exp. 718.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 3 de marzo de 1978, Exp. 2008.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 14 de febrero de 1992. Exp. 6477.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 19 de abril de 1994. Exp. 6828.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 25 de septiembre de 1997, Exp 10421.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera; 11 de noviembre de 1999, Exp. 11499

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 12 de noviembre de 1999, Exp.: 11344.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera; 2 de marzo de 2000, Exp. 11945.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 19 de julio de 2000. Exp. 11842.

<http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=ce-sca-sec3-19-jul-2000.pdf>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 10 de agosto de 2000. Exp. 11519.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera; 27 de septiembre de 2000, Exp. 11601.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 10 de mayo de 2001, Exp. 73001233100019952743-01 (13475).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 9 de agosto de 2001, Exp. 1900123310001993299801(12998).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 27 de noviembre de 2001, Exp.: 13792.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 10 de julio de 2003, Exp. 14083.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 12 de febrero de 2004, Exp. 14636 (0805).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 28 de abril de 2005. Exp. 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 30 de marzo de 2006, Exp. 19001 233100019941400401(15441).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 6 de julio de 2006. Exp. 7300233100020000003401 (28835).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera; 4 de diciembre de 2006, Exp. 13168.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 8 de marzo de 2007, Exp. 17001233100019930500901 (15739).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 30 de agosto de 2007. Exp. 15724.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 23 de abril de 2008, Exp. 15001233100019940436-01 (16186).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

También Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de marzo de 2009. Exp. 17994.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 19 de agosto de 2009. Exp. 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 3 de febrero de 2010, Exp. 63001233100019980064301(18034).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 4 de febrero de 2010, Exp. 50001233100019960565901(17836).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 18 de marzo de 2010, Exp. 20001233100020010004101(32651).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 18 de marzo de 2010, Exp. 17047. [https://www.notinet.com.co/pedidos/25000-23-26-000-1996-02057-01\(17047\).doc](https://www.notinet.com.co/pedidos/25000-23-26-000-1996-02057-01(17047).doc).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 26 de mayo de 2010, Exp. 66001233100019960334501 (19000).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 26 de enero de 2011, Exp. 76001233100019960287401(18718).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 26 de enero de 2011, Exp. 17958 (R-1596).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 9 de marzo de 2011, Exp. 76001233100019990150701(28270).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 24 de marzo de 2011, Exp. 05001232400019960218101 (20836).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 7 de abril de 2011, Exp. 52001233100019990051801(20750).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 13 de abril de 2011, Exp. 05001232400019950045801(20549).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera; 9 de mayo de 2011, Exp. 54001233100019940865401(19976).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 12 de mayo de 2011, Exp. 19001233100019960300601(20496).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 30 de junio de 2011. Exp. 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 14 de septiembre de 2011, Exp. 38222.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 14 de septiembre de 2011, Exp. 20227.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 14 de septiembre de 2011, Exp. 05001232500019940002001 (19031).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 15 de septiembre de 2011, Exp. 17001233100019960019601(20196).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 14 de marzo de 2012, Exp. 05001232500019940207401(21859).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 29 de marzo de 2012, exp. 16448.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 11 de abril de 2012, Exp. 41001233-00019990717701 (19554).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 25 de abril de 2012, Exp. 0500123250001994227901(21861).

[http://innovacion.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/focosalud/docs/enrique\\_gil\\_botero/21861.pdf](http://innovacion.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/focosalud/docs/enrique_gil_botero/21861.pdf)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 23 de mayo de 2012, Exp. 52001233100019990097101(24804).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 23 de mayo de 2012, Exp. 540012331-00020030130101(41142).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 27 de junio de 2012, Exp. 66001233100019990012601(22683).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 18 de julio de 2012, Exp. 5200123310001998056701(20077).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 16 de agosto de 2012, Exp. 25000232600019940042701(19216).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 16 de agosto de 2012. 47001233100019990076901 (24699).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 19 de noviembre de 2012, Exp. 050012331000199500464-01 (21285).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 3 de abril de 2013, Exp. 5200123-3100019990095901(26437).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 23 de abril de 2013, Exp. 26621.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 3 de mayo de 2013, Exp. 05001233100019950079101 (25774).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 2 de septiembre de 2013, Exp. 05001232500019950066901 (22082).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera; 24 de octubre de 2013, Exp. 52001233100019990057701(25981).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 30 de octubre de 2013, Exp. 07001233100020010147901(27954).

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/414/5.pdf>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 27 de noviembre de 2013, Exp. 25000232600020030146001(34748) A.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 22 de enero de 2014, Exp. 25000232600019990111701(27076).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 29 de mayo de 2014, Exp. 25000232600019980191301(26983).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 9 de julio de 2014, Exp. 25000232600020010014502 (29456).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 250002326000200000340-01 (28832).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, Exp. 73001233100020010041801 (27709).

<http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014; Exp. 66001233100020010073101(26251).

<http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 050012325000199901063-01 (32988).

<http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 50001231500019990032601 (31172).

<http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 05001233100019970117201 (31170).

<http://bu.com.co/sites/default/files/documentos/consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-tercera-documento-final-aprobado-mediante-acta-de-28-de-agosto-de-2014.pdf>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 23001233100020010027801 (28804).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 29 de agosto de 2014, Exp. 18001233100020000007401(31190).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 10 de septiembre de 2014, Exp. 52001233100020010029902 (32421).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 9 de octubre de 2014, Exp. 20001233100020050164001(40411).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera; 28 de enero de 2015, Exp. 05001233100020020348701 (32912).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 26 de febrero de 2015, Exp. 25000232600020010133301(30270).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 26 de febrero de 2015, Exp. 76001232500019990106201(29181).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 15 de abril de 2015, Exp. 13001233100020070009501(45513).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 27 de mayo de 2015, Exp. 50001233100019994018401(33493).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 28 de mayo de 2015, Exp. 13001233100020010092001 (35141).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 28 de mayo de 2015, Exp. 73001233100020020211001 (31083).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 24 de junio de 2015, Exp. 66001233100020080025601(38524).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 29 de julio de 2015, Exp. 73001233100020010040301(26731).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 10 de agosto de 2015, Exp. 54001233100020000183401 (30134)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 20 de octubre de 2015, Exp. 07001233100020040019601(35185).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 29 de octubre de 2015, Exp. 07001233100020040016201(34507).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 29 de enero de 2016, Exp. 05001233100020060155901(38635).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 29 de febrero de 2016, Exp. 05001233100020022008001(31378).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 9 de marzo de 2016, Exp. 25000232600020050245301 (34554).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 26 de mayo de 2016, Exp. 81001233100020050015001(38744).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 31 de mayo de 2016. Exp. 05001233100020060003901 (38757).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 7 de julio de 2016, Exp. 18001233100020090031501(41655).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 13 de julio de 2016, Exp. 68001233300020150014401(55205).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 14 de julio de 2016, Exp. 66001233100020100014901(42476).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 26 de agosto de 2016, Exp. 81001233100020050015001(38744).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 3 de octubre de 2016, Exp. 08001233100019990068501 (31159)A.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 3 de octubre de 2016, Exp. 05001233100019990205901 (40057).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 8 de noviembre de 2016, Exp. 73001230000020010264501(36369).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 16 de febrero de 2017, Exp. 73001233100020060088301(40390)A.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 23 de marzo de 2017, Exp. 76001233100020080091801(44173).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 30 de marzo de 2017, Exp. 08001233100020090068001 (39042).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 24 de mayo de 2017, Exp. 66001233100220060061600(35920).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 27 de junio de 2017, Exp. 20001233100020100020501(43918).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 27 de junio de 2017, Exp. 47001233100020080033001(44476).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 19 de julio de 2017, Exp. 1800123-3100020100020301(50158).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 17 de agosto de 2017, Exp. 05001233100020040680801(44018).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 14 de septiembre de 2017, Exp. 250002326000-20090081101(43329).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 14 de septiembre de 2017, Exp. 25000232600020030236701(38515).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 12 de octubre de 2017, Exp. 05001-23-31-000-2010-01716-01(48318).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 12 de octubre de 2017, Exp. 13001233100020050095001(43795).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 12 de octubre de 2017, Exp. 05001233100020010230001(39354).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 24 de octubre de 2017, Exp. 25000232600020010139601(32985).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera; 24 oct 2017. Exp. 25000232600020050029401(39696).

### **Corte Suprema de Justicia**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sent. 15 marzo 1941, G.J, t. L.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 23 de abril 1941. G.J t. XLI, p. 786;

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sent. 12 marzo 1937, G.J, t. XLIV, p. 856.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de mayo de 2008. Exp. 1997-9327.

### **Corte Constitucional**

Corte Constitucional; C-479 del 13 de agosto de 1992. Exp. acumulados D-020, D-025, D-031, D-040.

Corte Constitucional, SU-659 del 22 de octubre de 2015. Exp. T-3.795.843.

Corte Constitucional; sent. T-346 del 30 de junio de 2016. Exp. T-5389394.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sent. 7326-2016 de 1 junio 2016, rad. 45585

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2017, SC-220362017 (73001310300220090011401).

### **Otras fuentes**

Corte Internacional de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Sentencia del 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas. Recuperado el 19 de mayo de 2018: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_42\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf)

Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Recuperado el 19 de mayo de 2018:

[www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Juzgado Veinticinco Administrativo Oral de Medellín; sentencia 13 del 31 de enero de 2018. Exp. 05001333302520150033800.