



Presunciones establecidas para el reconocimiento de perjuicios inmateriales de la
jurisprudencia del Consejo de Estado

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana

Presunciones establecidas para el reconocimiento de perjuicios inmateriales de la
jurisprudencia del Consejo de Estado

Paulina Velásquez Álvarez

Asesor
Yair Arboleda Guzmán

Monografía como trabajo de grado para optar por el título de abogada

Septiembre 2021

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana

Medellín, Antioquia

Resumen

La jurisdicción contenciosa administrativa ha venido desarrollándose en los últimos años en busca de precisar conceptos jurídicos como lo son los perjuicios inmateriales y la diferente tipología que se viene reconociendo, teniendo en los últimos 10 años las más importantes reflexiones sobre el tema, que ha encontrado consolidación en las sentencias de unificación de agosto de 2014.

Las presunciones son la mayor herramienta aplicada por la jurisprudencia para estructurar sus análisis y razonamientos, reemplazando verdaderas instituciones procesales que sin lugar a duda serían más acordes a la necesidad que se presenta en el reconocimiento del derecho de las víctimas a una reparación integral.

El presente trabajo pretende explorar de manera general las presunciones que se han elaborado jurisprudencialmente por el Consejo de Estado para el reconocimiento a los perjuicios inmateriales, resaltándose como el principal de ellos el perjuicio moral, para lo cual también se hará un estudio de las instituciones probatorias como la carga de la prueba y los indicios, para sustentar que existen errores notorios y estructurales en la elaboración de las presunciones en materia de perjuicios inmateriales de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y que resulta más apropiado y técnicamente factible, emplear la prueba indiciaria para sustentar dichos perjuicios.

Palabras claves: perjuicios inmateriales, presunciones, reparación integral, enriquecimiento sin causa, perjuicio moral, carga de la prueba, indicios, prueba indiciaria

Abstract

The administrative contentious jurisdiction has been developing in recent years in search of specifying legal concepts such as immaterial damages and the different typology that are being recognized, having in the last 10 years the most important reflections on the subject, that has found consolidation in the Sentences of Unification of August 2014.

Presumptions are the main instrument applied by the jurisprudence to structure its analysis and arguments, replacing true procedural and evidentiary law institutions that undoubtedly would be more in line with the need that arises in the recognition of the right of victims to integral reparation, and not to incur in unjust enrichment that leads to the constant detriment of public patrimony.

The purpose of this study is to explore in general terms the presumptions that have been elaborated by the jurisprudence of the Consejo de Estado for the recognition of immaterial damages, emphasizing moral damages as the main one, for which the study of the evidentiary institutions such as the burden of proof and the indications will also be made, to support that there are notorious and structural mistakes in the elaboration of the presumptions regarding immaterial damages in the jurisprudence of the Consejo de Estado and that it is more appropriate and technically plausible to use circumstantial evidence to support such damages.

Keywords: immaterial damages, presumptions, integral reparation, unjust enrichment, moral damages, burden of proof, indications, circumstantial evidence.

Agradecimientos

En primer lugar, quiero agradecerle a Dios por iluminarme a escoger una de las carreras más maravillosas y de la cual jamás me arrepentiré de haber estudiado. Por darme la fortaleza suficiente para culminar uno de los sueños más importantes de mi vida, el ser abogada; porque, aunque ya me falta poco para lograrlo, fue un camino difícil, lleno de esfuerzo y dedicación.

A mis padres, porque fueron mi apoyo incondicional durante toda la carrera, donde presenciaron mis lágrimas, alegrías, madrugaron y a su vez, trasnocharon conmigo; y juntos estamos en camino para lograr mi título de abogada, que, aunque solamente el diploma lleve mi nombre, el logro es de los tres, ya que sin su apoyo tanto emocional como económico, no hubiera sido posible.

A la universidad, porque me brindó la oportunidad de estudiar allí y porque me formó tanto a nivel profesional como persona. Gracias a ella puedo decir que me siento preparada para ejercer la abogacía y, sobre todo, asumir la responsabilidad social que tengo por haber escogido esta profesión.

A mis queridos profesores, porque me atrevo a decir que tuve a los mejores, los cuales indudablemente me motivaron en cada momento a seguir estudiando, pero también a querer el Derecho. Gracias por siempre llegar a clase con la mejor disposición y por entusiasmarse en cada tema que enseñaban, porque gracias a ello en un futuro quiero ser profesora de UNAULA, a la universidad que le debo tanto y que es una forma de retribuirle todo lo que hizo por mí.

A mis compañeros, porque nadie más que ellos entienden lo que se siente estar finalizando este sueño; gracias por brindarme apoyo y risas cuando más lo necesitaba; por estudiar juntos para aprobar todas las materias con un excelente nivel y también entender mejor cada tema. Mis mejores deseos para ellos en esta nueva etapa que comienzan y felicitaciones por la que ya casi culminan.

A mi asesor del presente trabajo de grado, porque, hizo parte de una de las etapas más importantes y cruciales para obtener mi grado; pero más que eso, porque no sólo fue un simple asesor, sino que además me brindó su amplio conocimiento durante toda de la realización de la monografía, fue ese guía que me apoyó hasta el último minuto, y la persona que me ayudó a no desertar de la tesis.

Tabla de Contenido

Introducción	7
Capítulo 1. Cuestiones Preliminares de Conceptualización	12
Título 1.1 Distinción entre Daño y Perjuicio	12
1.1.1 Concepto de daño	13
1.1.2 Concepto de perjuicio	14
1.1.3 Importancia de la distinción entre daño y perjuicio	15
Título 1.2 Conceptos probatorios. Necesidad de la distinción	18
1.2.1 La carga de la prueba	18
1.2.2 Hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas	19
1.2.3 Las presunciones -hechos presumidos-	21
1.2.4 Los indicios -la prueba indiciaria-	23
1.2.5 Similitudes y diferencias entre los indicios y las presunciones	25
1.2.6 El enriquecimiento sin causa	26
Título 1.3 Conclusiones del Capítulo	28
 Capítulo 2. Las presunciones de la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Doctrina	 29
Título 2.1 Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre las presunciones en los perjuicios inmateriales en los últimos 10 años	 30
Título 2.2 La presunción en el reconocimiento de perjuicios inmateriales en la jurisprudencia del Consejo de Estado	 31
2.2.1 La presunción en el perjuicio inmaterial del daño moral	32
2.2.1.1 Presunción en los perjuicios morales derivados de la muerte	34
2.2.1.2 Presunción en los perjuicios morales derivados de las lesiones	36
2.2.1.3 Presunción en los perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad	 37
2.2.2 Las presunciones en el perjuicio inmaterial de daño a la salud	39
2.2.3 Las presunciones en el perjuicio inmaterial de daño o afectación grave a derechos y bienes constitucional y convencionales	 41
Título 2.3 Conclusiones del capítulo	46

Capítulo 3. Critica de la técnica de las presunciones en materia de perjuicios inmateriales aplicada por el Consejo de Estado	47
Título 3.1 Propuesta de la prueba indiciaria en materia de perjuicios inmateriales	53
Conclusiones	55
Referencias Bibliografías.....	57

INTRODUCCIÓN

El trabajo adelantará en el análisis de las presunciones que el Consejo de Estado ha planteado en los últimos 10 años en su jurisprudencia para el reconocimiento de perjuicios inmateriales en el medio de control de reparación directa, en especial a partir de las sentencias de unificación de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222; su reiteración y especial concreción con las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, expedientes 27709, 28804, 28832, 31170, 31172, 32988, 36149 y 26,251. En particular, determinar las presunciones elaboradas por la jurisprudencia del 28 de agosto de 2014 y si estas atienden a una técnica jurídico procesal, que materialice el derecho de las víctimas a una reparación integral, o por el contrario pueden derivar una forma de enriquecimiento sin causa.

El Consejo de Estado ha venido históricamente desarrollando en materia de presunciones con relación a los perjuicios inmateriales una línea jurisprudencial que se ha consolidado en los últimos años. Hasta antes de septiembre del 2011 el Consejo de Estado tenía consagrados una variedad de perjuicios inmateriales, que, siendo criticado por diferentes corrientes de la doctrina, finalmente fue asumida por la Sección Tercera, con ponencia del consejero Enrique Gil Botero, quien, en sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) y 05001-23-31-000-2007-00139-01 (38222), dio el primer paso en la redefinición de la tipología de los perjuicios inmateriales y su clasificación.

Las enunciadas providencias, reconocieron que la falta de una técnica y estricta tipología en la definición de los perjuicios inmateriales, podría derivar la ausencia de una verdadera y objetiva reparación, por cuanto, permitir conceptos indeterminados o de compartimientos tan amplios favorecería a que se puedan *“llenar o volcar una serie de bienes o intereses legítimos”*, que generan *“problemas en sede de la reparación integral del daño y los principios de igualdad y dignidad humana que deben orientar el resarcimiento de aquél”* (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 19031, 2011), lo que conlleva a interpretaciones subjetivas del juez y en consecuencia a una carencia de conceptos objetivos que desconocerían los principios de equidad e igualdad en el resarcimiento del daño y con ello, graves consecuencias en su reparación integral.

Es por ello que se pretendió avanzar en la definición de la tipología de los perjuicios inmateriales reconocidos por la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, superando los conceptos de “perjuicio fisiológico”, “daño a la vida de relación” y “alteración de las condiciones de existencia” que se venían utilizando, para establecer en su redefinición el daño a la salud como aquel perjuicio que recoge la esencia de aquellos y en particular *“ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez 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”*, corresponderá en términos generales al derecho consagrado en el artículo 49 de Constitución Política (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 19031, 2011).

En ese orden de ideas, a partir de las sentencias del 14 de septiembre de 2011 expedientes 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) y 05001-23-31-000-2007-00139-01 (38222), el Consejo de Estado expuso una recategorización de perjuicios inmateriales, en la cual se desplazó la gran variedad que estaban establecidos y se creó una tipología mejor, compuesta por: el

perjuicio moral, el daño a la salud (que involucra perjuicio fisiológico o biológico) y el perjuicio dirigido a resarcir 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 autónoma (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 19031, 2011).

La anterior posición enmarcó la línea jurisprudencial principal del Consejo de Estado en materia del reconocimiento de perjuicios inmateriales, que si bien tuvo algunas tesis que se apartaban, no tuvo por lo general a lo largo de los años siguientes mayores contradictores. A tal punto que el 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado profirió una serie de sentencias de unificación (8 en total), en las cuales se acogieron en estricto sentido las clasificaciones de perjuicios inmateriales expuestas en las providencias del 14 de septiembre de 2011, haciendo algunas precisiones conceptuales, probatorias y en particular, temas de legitimación y baremos de la cuantía.

Teniendo presente el contexto en que se ha venido desarrollando la jurisprudencia del Consejo de Estado y en particular la posición asumida desde el 2011, y que encontró su unificación en las sentencias del 28 de agosto de 2014, se podría afirmar que : ¿Es coherente la línea jurisprudencial adoptada por el Consejo de Estado en los últimos 10 años respecto a los perjuicios inmateriales, que garantice el derecho de las víctimas a una reparación integral, y no deriven en una forma de enriquecimiento sin causa, resultando la presunción la herramienta más acorde a emplear?

El planteamiento del problema que en este trabajo se establece, parte de la idea de que la presunción aplicada en los perjuicios inmateriales, no resulta ser la mejor herramienta, o por lo menos no es aplicada de una manera precisa para su implementación; por ende se desarrollaron unas reglas o criterios objetivos, fundados desde la técnica jurídica que permiten dar mayor objetividad a las presunciones y así materialicen y garanticen en mayor medida el derecho a la reparación a las víctimas y se evite en lo posible la ocurrencia de un enriquecimiento sin causa.

La investigación de la temática planteada resulta relevante para continuar con el estudio del derecho a la reparación integral de las víctimas en un contexto de igualdad, ya que como se evidenciará, las sentencias de unificación no plantean escenarios más allá del simple parentesco, en los cuales se predique una presunción, que permita predicar sentimientos de cariño, afecto, apoyo entre dos o más personas, imponiendo la obligación de probar a familiares no tan cercanos en relación con el núcleo más estrecho consanguíneamente, o de personas ajenas a la relación filial.

El trabajo permitirá avanzar en el conocimiento del tema y en su estudio, profundizando en temas relacionados al derecho probatorio y al derecho de daños, adquiriendo en el proceso herramientas tendientes al análisis de la jurisprudencia, la doctrina y la ley, la búsqueda, recopilación y sistematización de la información con relación a los perjuicios inmateriales y la técnica que se emplea por la Alta Corporación para su reconocimiento.

De otro lado, al adoptar el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado y en la teoría de la reparación de los perjuicios inmateriales, además de su profundización, servirá para

futuros estudios o trabajos en el tema y presentar una postura crítica y razonada del desarrollo jurisprudencial respecto a las presunciones, esperando aportar al estudio de la doctrina del derecho de daños y su relevancia en lo social, tal como es el objeto y fin del derecho en general como una disciplina de importancia y alta relevancia social.

Para lograr lo anterior y con ello el éxito esperado del presente estudio, se realizó un análisis desde la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, las instituciones de las presunciones y los indicios, así como sus incidencias en materia probatoria, buscando realizar una distinción un poco más detallada de los conceptos de la carga de prueba, los hechos notorios, afirmaciones y negaciones indefinidas, para poder concluir con la diferenciación práctica y doctrinal de las presunciones y los indicios.

Una vez se tengan claros los conceptos antes expuestos y en particular la distinción entre presunción e indicios, se presenta de manera crítica la identificación a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina, de cómo se ha desarrollado la institución de las presunciones en el reconocimiento de los perjuicios inmateriales en Colombia, concluyendo con una crítica fundamentada y tras ello una exposición de la prueba indiciaria como una alternativa jurídica más apropiada para el estudio y reconocimiento de los perjuicios inmateriales en Colombia.

La presente investigación, parte del análisis de las sentencias de Unificación proferidas por el Consejo de Estado el 14 de septiembre de 2011, dentro de los expedientes 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) y 5001-23-31-000-2007-00139-01(38222) del consejero Enrique Gil Botero, donde por primera vez se introdujo el daño a la salud como perjuicio autónomo y además se incluyó un tercer perjuicio inmaterial, dirigido al reconocimiento de otros derechos con relevancia constitucional y convencional, esperando lograr a través del juez junto con unas reglas y principios claros, una verdadera reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) sin que dé lugar a un un enriquecimiento injustificado para la víctima (art. 8 Ley 153 de 1887), esperando que con el daño a la salud se cubriera el estético, integridad corporal o físico, sexual y psicológico, y los agrupa en una misma categoría de manera objetiva.

Igualmente, se tienen en cuenta como punto importante de análisis, las sentencias de unificación proferidas por la misma Corporación el 28 de agosto de 2014, las cuales pretenden la unificación de los perjuicios inmateriales, estableciéndose unos parámetros de indemnización, partiendo de una determinación presuntiva de la legitimación en la causa, y finalmente el porcentaje y baremos del equivalente en salarios de la compensación o indemnización.

Una de ellas es la sentencia con Exp. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251), M.P Jaime Orlando Santofino Gamboa, en la cual se unifica la jurisprudencia con respecto a los perjuicios morales en caso de muerte, en donde para cuantificar la indemnización de los perjuicios anteriormente mencionados, se debe tener en cuenta la cercanía afectiva entre quien sufre el daño y sus familiares.

Otra sentencia que también se refirió a la unificación de indemnización sobre los perjuicios morales en caso de muerte, fue la sentencia Exp. 73001-23-31-000-2001-00418-01(27709), M.P. Carlos Alberto Zambrano, estableciendo cinco niveles para su tasación según la relación afectiva entre la víctima directa e indirecta; siendo 100 SMLMV el tope máximo de indemnización de este

perjuicio. Con excepción cuando se trate de casos en los que se violen de manera grave los derechos humanos y cuando haya infracciones al Derecho Internacional Humanitario, pues allí según la sentencia con Exp. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988), M.P. Ramiro Pazos Guerrero, se puede superar ese tope sin que el total sobrepase el triple de los montos ya estipulados.

Con la sentencia de unificación Exp. 5001-23-15-000-1999-00326-01(31172)., M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz, se unificó la jurisprudencia en cuanto a los perjuicios morales en el tema de lesiones personales, en donde lo dividió en varios niveles según el porcentaje de levedad o gravedad de la lesión. Y estipuló en cuanto al daño a la salud el monto de reparación, de 10 a 100 SMLMV dependiendo también de la gravedad de la lesión, tesis que fue controvertida por la sentencia Exp. 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804), M.P. Stella Conto Diaz del Castillo, pues precisó que sin importar el grado de gravedad de la lesión se debe indemnizar a la víctima ya que esta no tiene por qué soportar el daño a la salud, y lo que se busca es su bienestar.

En la sentencia Exp. 25000-23-26-000-2000-00340-01(28832), M.P. Danilo Rojas Betancourth, se unificó la jurisprudencia cuando la lesión es temporal en el daño a la salud, en donde para tasar su indemnización se debe tener en cuenta el tiempo que duró la lesión. En cuanto a ese perjuicio el M.P. Enrique Gil Botero en la sentencia Exp. 05001-23-31-000-1997-01172-01(31170), reiteró que la indemnización varía entre 10 a 100 SMLMV para la víctima directa.

Con la idea de lograr el objetivo propuesto, el cual es identificar atendiendo a la técnica jurídica de las presunciones en perjuicios inmateriales empleadas por el Consejo de Estado, unos criterios objetivos que materialicen el derecho de las víctimas a una reparación integral más allá de una simple relación de consanguinidad, fue necesario iniciar desde un método cualitativo que permita abordar la investigación con un ejercicio de recopilación de la información, vertida en diferentes instrumentos de consulta como son la ley, la jurisprudencia y la doctrina, para a partir de allí, adelantar un trabajo de investigación principalmente inductivo, con un ejercicio descriptivo y de análisis crítico respecto de las presunciones y el manejo de esta herramienta en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en particular en lo que corresponde a los perjuicios inmateriales.

El proceso de investigación se encuentra acorde con la metodología de investigación cualitativa adoptada, por cuanto pretende desde la recopilación de diferentes fuentes de información, asumir en un estudio global e integrado entre las leyes, jurisprudencias y la doctrina, identificar la realidad jurídica y los diferentes puntos de vista de las presunciones, pretendiendo comprender su verdadero enfoque y técnica, y no de forma aislada como un instrumento desarrollado por la jurisprudencia para eliminar o restringir la famosa prueba diabólica.

Se parte entonces de reglas y conceptos concretos, sin pretender crear un nuevo enfoque o redefinición de la técnica de la presunción, pues si bien se logra al final unas propuestas de reglas y criterios que permiten establecer con mayor claridad, precisión y objetividad las presunciones o la institución de la prueba indiciaria, estas parten de los conceptos y técnicas ya ampliamente estudiados y expuestos por la doctrina y la jurisprudencia.

Por su parte, la adopción del método hermenéutico y teórico – analítico, permite que se funde el análisis y estudio de conceptos y teorías jurídicas a las cuales el investigador deberá

impartir su interpretación a fin de decantar aquellas que no correspondan a la técnica jurídica, exponiendo con los errores y aciertos que se evidencien, pretendiendo sustentar desde un ejercicio de análisis e interpretación de datos, establecer finalmente unas reglas y parámetros que estructuren y fundamenten las presunciones en materia de perjuicios inmateriales o permitan sustentar y exponer la prueba indiciaria como una alternativa jurídica de mejor adecuación.

La hermenéutica como método de investigación permite realizar una interpretación literal de los textos, en los casos que sea necesario; así como facilitar la interpretación a partir de la teorización o entendimiento del texto en su conjunto. A fin de interpretar los tres elementos de estudio: la norma, la doctrina y la jurisprudencia en la materia, en contraste con la reparación integral de víctimas y el enriquecimiento sin causa, para reconocer, de ser el caso, las falencias de las presunciones empleadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, replanteando su aplicación.

La investigación cuya principal fuente fue la consulta bibliográfica y el rastreo jurisprudencial del Consejo de Estado, tuvo inicios desde el mes de febrero del presente año, cuando la idea del objeto de investigación empezó a ser desarrollada, adelantándose a partir de allí la recopilación de las sentencias más relevantes como fueron las de unificación del 14 de septiembre de 2011 y las del 28 de agosto de 2014, permitiendo esto diseñar un esquema temático diferencial de los tres perjuicios inmateriales y crear las principales categorías y subcategorías a desarrollar.

El trabajo se integra de tres capítulos, el primero desarrolla el primer objetivo específico, en el cual se analiza desde la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado algunos conceptos que resultan relevantes para dar el alcance que se pretende, en donde se expone la distinción entre daño y perjuicio, así como algunos medios de prueba y conceptos como son la carga de la prueba, los hechos notorios, afirmaciones y negaciones indefinidas, las presunciones y los indicios.

En el capítulo dos, se abarca el segundo objetivo específico del trabajo, en el cual se identifica desde la jurisprudencia del Consejo de Estado el desarrollo de las presunciones en el reconocimiento de los perjuicios inmateriales en Colombia, los cuales se concretaron en el daño moral, daño a la salud y la afectación grave a derechos y bienes constitucional y convencionales.

Se concluye la investigación con el tercer capítulo, que contiene el último objetivo específico, en donde se expone la prueba indiciaria como una mejor alternativa jurídica y más apropiada en el reconocimiento de los perjuicios inmateriales en Colombia; como crítica a la técnica de las presunciones empleadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Capítulo I

Cuestiones Preliminares de Conceptualización

Es pertinente que previo a iniciar el desarrollo de esta monografía, cuyo objeto se circunscribe al estudio y análisis de las presunciones que en materia de perjuicios inmateriales ha desarrollado el Consejo de Estado en su jurisprudencia, hacer una revisión general de algunos conceptos que serán abordados a lo largo de este escrito, con el fin de dar claridad y contextualización al lector respecto a las ideas y temas que se pretenden desarrollar, por cuanto encuentran una estrecha relación con el objeto del mismo, como son los conceptos de daño y perjuicio, su alcance y distinción, a efectos de definir la relevancia de estas dos instituciones y su injerencia al momento de adelantar un estudio respecto a la responsabilidad y la reparación integral del daño.

Finalmente, en este capítulo se tratará de manera general realizar unas breves exposiciones en lo que corresponde a los conceptos de los respectivos temas probatorios como son la carga de prueba, los hechos notorios, los hechos presumidos y los indicios, para al final poder establecer a manera de conclusión algunos criterios que se consideran deben imperar en el análisis de este trabajo y resaltar aquellos que se consideran necesarios para determinar las reglas de las presunciones existentes en materia de perjuicios inmateriales.

Distinción entre Daño y Perjuicio

De manera reiterada la jurisprudencia y la doctrina han tratado indistintamente los conceptos de daño y perjuicio, identificando en no pocas oportunidades una relación tan estrecha, que incluso se llega a afirmar que se tratan del mismo concepto o que su distinción es básicamente teórica (Tamayo et. al, 2017), lo que desde ya se advierte, no se comparte, por cuanto realmente su diferenciación permite avanzar en una técnica del estudio probatorio y principalmente abandonar ciertas tesis probatorias que lo limitan y establecer con mayor claridad conceptos y criterios que siendo mejor identificables, acercan a la certeza y objetividad respecto al derecho a la reparación integral y no incurrir tan fácilmente en el enriquecimiento injustificado o desigualdad de las indemnizaciones.

Resulta pertinente que se realice una diferenciación teórica entre los conceptos de daño y perjuicio, por cuanto de este derivan una serie de posibilidades y herramientas que además de dar mayor especificidad al estudio del derecho de daños, permitiría tener claridad de las reglas y criterios técnicos en que se desenvuelve el posible debate probatorio, por lo que, no es para nada despreciable y por el contrario recobra importante relevancia en la actualidad, respecto a la necesidad de distinguir y dar alcance a los conceptos de daño y perjuicio.

Con el fin de adelantar la exposición de la idea antes expuesta, debe quedar claro que el concepto de daño que ahora se analiza, no es aquel que corresponde al presupuesto para declarar la responsabilidad, esto es, no es el denominado daño antijurídico, el cual, según se ha establecido por el constituyente del 91, es aquel que siéndole imputable al Estado lleva a la obligación de reparar (art. 90 Constitución Política), sustentándose a partir de este mandato, que si se trata de *“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”* (Sentencia Consejo de Estado, 11945, 2000), se está frente a un daño antijurídico por cuanto *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”* (Sentencia Consejo de Estado, 11499, 1999).

Distinción que resulta pertinente realizar, pues incluso la prueba del daño, no surge automáticamente el deber de reparar, ya que, para tales efectos, este debe calificarse como antijurídico, toda vez que, como lo ha explicado el Consejo de Estado “*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*” (Sentencia Consejo de Estado, 31190, 2014).

El concepto de daño que llama ahora la atención en su análisis es el que hace parte de la estructura del estudio de la responsabilidad, siendo estos, el daño y la imputación jurídica, que en la doctrina histórica se había establecido a partir de la estructura de la falla, daño y nexo causal; siendo el daño, en palabras de Juan Carlos Henao (1998, p. 38) si bien no el elemento suficiente si requisito necesario para la declaración de responsabilidad, por lo que se torna en “*el elemento más importante en la responsabilidad civil, pues la reparación parte de la base de su existencial*” (García, 2009, p. 13).

En ese orden de ideas y como se pretende sustentar, si bien el daño junto con la imputación, se convierten en elementos esenciales para que se declare el daño antijurídico y de allí la obligación de reparar los perjuicios causados como su consecuencia, estos no atienden a la misma exigencia probatoria y técnica jurídica, por lo que, desde ya se enuncia en esta tesis, el perjuicio puede presumirse, el daño no, por cuanto este debe atender a los criterios de ser ciertos y personales.

Concepto de Daño

El daño atiende principalmente a una apreciación objetiva de la lesión o menoscabo del derecho subjetivo, tiene relación directa con el evento que lo produce, por lo que, en palabras de Juan Carlos Henao, este se presenta como “*la alteración negativa de un estado de cosas existentes*” (1998, p. 84). No es otra cosa que la modificación o variación de las condiciones o situaciones particulares de la víctima, indicando Javier Tamayo que resulta “*el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial*” (2007, p. 247). Se termina el concepto con lo expuesto por el profesor Juan Carlos Henao, quien tras referenciar diferentes definiciones concluye que el “*daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima*” (1998, p. 84).

Sobre el daño, ya se advirtió su relevancia e importancia como elemento estructural de la responsabilidad, por lo que:

[I]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. 213).

El daño en los términos de la jurisprudencia contenciosa administrativa “*tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida*” (Sentencia Consejo de Estado, 22464, 2012); razón por la que “*... el daño para que pueda ser reparado debe ser 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) y en este sentido, se concluye que “desde que se produzca la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial, hay daño” (Tamayo, 2017, p. 40).

Concepto de Perjuicio

El perjuicio, corresponde en términos generales a las consecuencias del daño, es la proyección de efectos negativos que se derivan directa o indirectamente del daño, siendo posible o no su exteriorización, por lo que pueden estos ser materiales -patrimoniales- o inmateriales -extrapatrimoniales-, razón por la cual se puede sostener que estos, a diferencia del daño, si son susceptibles de presunciones y su determinación incluso es subjetiva, lo que se observa con mayor claridad y constante presencia al momento de analizarse los perjuicios inmateriales.

Si bien el tema se expondrá con mayor claridad en el punto siguiente, por ahora se distingue que la jurisprudencia y la doctrina ha diferenciado los conceptos de daño y de perjuicio, dejando claro que este último corresponde a la alteración o menoscabo respecto de ciertos derechos que se derivan del daño, siendo estos el objeto de resarcimiento, compensación o indemnización con el propósito último de lograr la reparación integral del daño, lo que ha llevado a afirmar 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).

Los perjuicios, a partir del desarrollo jurisprudencial, encuentran una clasificación en dos grandes bloques, los denominados perjuicios materiales, reconocidos y tipificados en materia contractual por el legislador en el artículo 1614 de Código Civil y que por analogía se llevan a la responsabilidad extracontractual; y los perjuicios inmateriales, que por la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, se clasificaron o especificaron en la jurisdicción contenciosa administrativa en daño moral, daño a la salud y la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

Importancia de la Distinción entre Daño y Perjuicio

Ya de manera tangencial se ha explicado el por qué se considera necesario y útil la distinción entre daño y el perjuicio, ya que si bien entre estos se comparten algunos elementos como son el personal, la verdad es que en la práctica la obligación de ser ciertos se relativiza con relación al perjuicio, toda vez que si bien el daño debe existir, acreditarse y ser objetivamente apreciable, el perjuicio permite en ciertos casos su presunción e incluso para algunos casos, dado su dificultad probatoria, que estos se compensen, así como ser determinados, calificados, reconocidos y cuantificados a partir de las presunciones.

Si bien un sector de la doctrina sostiene que tal clasificación hoy se presenta meramente académica, como es el caso del reconocido tratadista Javier Tamayo, quien en la publicación de *“Nuevas reflexiones sobre el daño”*, sostiene que dicha distinción en la actualidad ya no encuentra razón práctica y que

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” (Tamayo et. al, 2017, p. XV)

Dice el autor que la discusión meramente académica, solo permite sustentar las razones por las que se debe indemnizar daños causados a personas diferentes a las denominadas víctimas directas, por lo que el tema parece centrarse más en una discusión semántica, en la que identifica y deja sin mayor relevancia que el concepto daño corresponde aquellos menoscabos que deben ser indemnizables, por lo que rectifica su propia tesis, sosteniendo que esta erróneamente se basaba en que *“creía que era posible que se presentara un daño, sin que por ello necesariamente se produjese un perjuicio, pues distinguía yo, entre daño y perjuicio”* (Tamayo et. al, 2017, p. 1).

En este sentido, a modo de conclusión, afirma que no existe en el ordenamiento jurídico una definición del concepto de daño; a lo que se suma que *“no toda lesión es daño, no todo daño es indemnizable y no todo daño indemnizable es reparable mediante el pago de una suma de dinero”*; y, por tanto, finaliza *“la distinción entre daño y perjuicio -además de no tener asidero en el complejo de normas que integran nuestro sistema jurídico- no parecería ser relevante conceptualmente”* (Tamayo et. al, 2017, p. 140).

Por su parte, otro sector de la doctrina, incluso la jurisprudencia ha sustentado la relevancia e importancia de la distinción, entre ellos por ejemplo Juan Carlos Henao que en su trabajo *El Daño con el análisis de la doctrina francesa* comenta que *“Estudiados así los conceptos se observa que la distinción tiene importancia cuando se trata de explicar que la posibilidad de obtener indemnizaciones no radica sólo en cabeza del propietario referido por los Mazeaud, sino también del ser humano como titular de derechos colectivos”* (1998, p. 78).

Reiterando lo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como también la del Consejo de Estado, Diana Rueda pone de presente 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 (2015, p. 24).

De manera similar, Pantoja manifiesta que *“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”* (2015, p. 2013).

Por su parte Edgar Cortés, haciendo referencia a la doctrina italiana explica:

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 aquélla 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 (2009, pp. 47 – 48).

La distinción a su vez tiene acogida en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual de manera reiterada separa el estudio de los dos conceptos, en tanto primero se identifica el daño -antijurídico, para posteriormente proceder a la valoración y cuantificación de los perjuicios, razón por la cual es común observar ciertas afirmaciones como que acreditado el daño es necesario continuar con la valoración de los perjuicios, o que “...con la simple acreditación de la lesión se presume que el actor sufrió un perjuicio de orden moral...” (Sentencia Consejo de Estado, 20077, 2012).

Por tal razón, afirma Alejandro Gaviria (2020, p. 442) que la certeza del daño “*significa que efectivamente se haya causado (daño cualitativo), sin importar que se desconozca su cuantía (daño cuantitativo)*” y esta idea, en esencia, es la que ha llevado a sustentar la posibilidad reiterada de la presunción con base en la equidad.

Pertinente resulta en este sentido lo expuesto por el Consejo de Estado el 29 de agosto de 2014 expediente 31190, al respecto de la diferenciación del daño y del perjuicio, la naturaleza de este como causa de aquel, indicando:

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 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 (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 31190, 2014).

En la práctica se observa relevante la distinción, por cuanto permite a los demandantes determinar que es el elemento obligatorio para probar -el daño- y cuál de los perjuicios de su interés acreditar y pretender, razón por la que, con mayor orden, técnica y precisión establecer que perjuicio y con qué prueba se sustentará. Por su parte, para el demandado, sería útil para ejercer su derecho de contradicción, además de entender dónde opera la presunción y que será objeto de carga de la prueba. Finalmente, será la anterior actividad probatoria y el ejercicio de las partes, la que sustentarían probatoria y fácticamente la decisión del juez, serán las partes las que guíen con mayor claridad y precisión la decisión del juez y establecerán los límites de la controversia, atendiendo así al principio de congruencia -art. 281 CGP-.

En igual sentido, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que impone el deber de la reparación integral se encuentra respaldado, lo que se evidencia en la práctica con el artículo 193 de la Ley 1437 de 2011 respecto a la condena en abstracto, ya que probado el daño antijurídico procede la

reparación de los perjuicios, incluso permitiéndose su acreditación posterior mediante el incidente de liquidación -art. 193 L. 1437/11- o por equidad de no contarse con prueba directa o indiciaria respecto de la cuantía del perjuicio -art. 16 L. 446/98-.

Claro ejemplo de lo anterior, se observa en la sentencia del 3 de abril de 2013, donde el Consejo de Estado concluyó:

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 (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 26437, 2013).

Son en consecuencia los principios de equidad, justicia material, reparación integral y acceso material a la administración de justicia, lo que ha sustentado la obligación de determinar, que al encontrarse probado el daño procede el reconocimiento de los perjuicios, que incluso puede ser materia exclusiva de presunción, por lo que probado el daño es necesario su reparación, tal como es recurrente en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que de manera reiterada y como regla general en materia de perjuicios inmateriales se ha establecido, siendo este razonamiento incluso el principal sustento y la esencia de las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014.

Ahora, una afirmación que se acompaña y permite dar claridad a la tesis que en este aparte se expone, se trae del estudio realizado por Alejandro Gaviria (2020, p. 427), que al momento de hacer comentarios sobre la clasificación de las víctimas sostiene que “*Las víctimas directas son aquellas que sufren el daño, pero además consecuencias de su propio daño (perjuicios), mientras que las víctimas indirectas no sufren ningún daño, y tan solo sufren perjuicios como consecuencia del daño de la víctima directa, de ahí que también se reconozcan como víctima reflejo o de rebote*”, coligiéndose de allí que las dos instituciones son claramente diferenciadas y en particular, que existiendo el daño, se deriva de este como consecuencia directa o indirecta -de rebote- el perjuicio.

Expuesto a grandes rasgos los conceptos de daño y perjuicio, así como la importancia de su distinción, corresponde ahora hacer lo propio de algunos conceptos probatorios con la finalidad de deslindar sus alcances prácticos, pero principalmente identificar lo que corresponde a las presunciones y los indicios, con el fin de tener mayor claridad desde la jurisprudencia y la doctrina de estos, para avanzar en la identificación de la técnica de la presunción empleada y desarrollar la tesis de la prueba indiciaria como una mejor opción probatoria en el reconocimiento de perjuicios inmateriales.

CONCEPTOS PROBATORIOS. NECESIDAD DE LA DISTINCIÓN

Otros conceptos que necesariamente deben tenerse claros para avanzar en el estudio del presente trabajo, tiene relación con la materia probatoria, por cuanto como se extrae del planteamiento del problema y el título, la presunción ha sido la principal herramienta empleada por la jurisprudencia del Consejo de Estado para suplir las falencias probatorias de la parte demandante respecto a la demostración de los perjuicios, incurriendo en una alta flexibilidad probatoria que favorece en extremo a la parte demandante y se traduce en un desconocimiento al derecho de defensa del demandado, además de poder llegar a constituir en una fuente de enriquecimiento sin causa.

En ese orden de ideas, se considera que las presunciones han sido por regla general mal empleadas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, confundiendo en muchas ocasiones conceptos como hecho notorio, hechos presumidos, presunciones e indicios, desconociendo finalmente la responsabilidad procesal que emana del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, conocida como la carga de la prueba, lo que a continuación se analiza.

La Carga de la Prueba

La regla general de la carga de la prueba, fue instituida por el legislador en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, en cuanto establece que incumbe probar a quien alega el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que de ellas persigue, regla probatoria que se conoce en uno de sus alcances como *Onus probandi*, pero que en realidad se refleja por la doctrina en tres reglas principales:

- a) *Onus probandi incumbit actori*, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción;
- b) *Reus, in excipiendo, fit actor*, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y
- c) *Actore non probante, reus absolvitur*, es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda (Rocha, 1990, pp. 61 - 62).

La carga de la prueba igual se impone para ser atendida en la jurisdicción contenciosa administrativa por aplicación del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, la cual a falta de regulación al respecto en la Ley 1437 de 2011 es lo procedente, remisión que incluso se expresa en virtud de los artículos 211 y 306 de la Ley 1437 de 2011. Obligación que para el demandante se ha denominado *onus probandi* y que se relaciona con el “*riesgo de no persuasión*”.

En lo que tiene que ver al concepto de riesgo de no persuasión, de este se ha dicho que “*si no se cumple de manera satisfactoria con la carga de probar, se corre el riesgo de no persuadir, o lo que es lo mismo si no se prueba, lo que se prueba es la inexistencia de los hechos afirmados en la demanda*” (Luz Myriam Sánchez Arboleda, 2018, Exp. 05001-33-33-025-2012-00453-00), por lo que al darse “*el vacío probatorio evidenciado y la aplicación de las reglas de la carga de*

la prueba a las cuales se hizo alusión, llevan a la Sala a atribuir las consecuencias desfavorables de la insuficiencia de su actividad probatoria a la parte actora” (Sentencia Consejo de Estado, 17720, 2010).

Respecto a la carga de la prueba y el *onus probandi*, el Consejo de Estado explica:

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 (Sentencia Consejo de Estado, 17958, 2011).

En conclusión y es la regla general, la carga de probar los supuestos de hecho que fundamentarán las consecuencias jurídicas cuyos efectos se pretenden, incumbe a quien la alega, siendo las pretensiones a la parte demandante y las excepciones al demandado, resultando como consecuencia de su falencia para el demandante que estos no se den por probados, sin perjuicio de la distribución probatoria que en su oportunidad haga el juez.

Hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas

Otras de las instituciones que son tratadas en nuestro ordenamiento jurídico por el legislador es la que se estipula en la parte final del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, la cual corresponde a que “*Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*”. Hechos notorios que en términos generales cuentan con la cualidad que su “*existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo*” (Corte Constitucional, Auto 035/97).

El hecho notorio en los términos que la doctrina y la jurisprudencia plantean, cuentan con los conceptos, requisitos y criterios que se pueden sintetizar en los siguientes:

- La notoriedad se predica del hecho, más no del derecho al que da origen o que sobre las cosas se ejerce, pues el derecho por su naturaleza es controvertible.
- Se requiere ser conocido por un determinado grupo social o cultural y por el juez que debe adoptar la decisión; por tanto, no tiene que ser de conocimiento universal.
- Puede tener el carácter de verdad permanente o transitoria.
- Puede ser conocido el hecho notorio por una persona de primera mano o simplemente de oídas.
- El hecho notorio difiere de la fama y el rumor público (Giacomette, 2015, pp. 134 - 135).

Los hechos notorios revisten dos cualidades esenciales, de un lado no es necesario su prueba y por otro, se trata de hechos conocidos al nivel que por su complejidad, objeto y sujetos se requiera, por lo que

la notoriedad puede ser a nivel mundial, continental, regional o puramente municipal y está referida a un determinado lapso, de modo que dada la índole del proceso lo que para uno podría

erigirse como hecho notorio, para otro proceso no necesariamente tiene esa connotación” (Sentencia Consejo de Estado, 2005-01438, 2016).

La doctrina explica, y para esto es pertinente citar al profesor Devís Echandía, que

cuando en un medio social donde existe o tuvo ocurrencia y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del ser humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza del hecho, en forma de que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada. (1970, p. 231)

En los términos del artículo 180 de la Ley 1564 de 2012, “*los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios*”, tema que ha llevado a concluir que los mismos no solo no requerían prueba, sino que además no tienen que ser alegados por parte de quien pretende favorecerse del mismo.

El tema de la necesidad de alegarse el hecho notorio para su declaración dice algunos autores como Parra Quijano, es obligatorio, por cuanto “*una cosa es el hecho exento de prueba y otra muy distinta la carga de alegarlo*” (2002, p. 133). Por su parte, autores como Rosember Rivadeneira (2021, p. 89 - 90) sostienen que para que el juez declare la existencia del hecho notorio, esto no requiere su alegación, por cuanto al tener esa notoriedad, es un hecho que la contraparte conoce y por tanto puede controvertir o discutir en sus efectos; además de existir varias normas procesales que permiten en la actualidad que el juez de oficio lo declare, como es el caso del artículo 282 de la Ley 1564 de 2012 y el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Se aclara que se adhiere a esta última posición, por cuanto si bien se tiene que el juez no puede fallar con su conocimiento personal, la notoriedad universal o general del hecho, permite sustentar que este no sorprendería a las partes, además que no considerarlo sería negar una realidad, por lo que en términos del artículo 282 del Código General del Proceso, el juez está avalado para declarar de oficio probado hechos que constituyan una excepción, situación que no es ajena a la jurisdicción contenciosa administrativa por cuanto autorizó el legislador en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, que en “*la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada*”.

Respecto a las afirmaciones y negaciones indefinidas, contrario a lo antes expuestos sobre los hechos notorios, estas si deben ser siempre alegadas y se sustentan en su imposibilidad común y razonada de probar el hecho, razón por la cual se traslada la carga de la prueba. En este sentido se tiene que “*una afirmación será indefinida, y por ende, excluida de prueba para quien la hace, cuando es imposible relacionarla con circunstancias actuales específicas (vgr., se reitera, aspectos de modo, tiempo y lugar)*” (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2010-00060, 2020).

Esta institución probatoria de las afirmaciones y negaciones indefinidas, es una excepción al principio de la carga de la prueba y el *onus probandi*, por lo que “*la misma ley dispone la inversión de la respectiva carga; o cuando según las circunstancias en causa, materia de investigación, haya lugar a ordenar judicialmente una suerte de prueba compartida o dinámica*” (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2010-00060, 2020), siendo las afirmaciones y negaciones indefinidas, manifestaciones de la parte, que siendo posibles, coherentes e incluso lógicas, no

cuentan con medios de prueba por la forma en que se presentó el hecho y el contexto mismo en que se materializó, pero siempre que no estuviese en cabeza de quien la alega, la obligación de haber constituido la prueba o contar con ella, por lo que no es una herramienta para suplir cargas probatorias o salvar conductas irresponsables, descuidadas y negligentes.

Las presunciones -hechos presumidos-

Es necesario tener claro que las presunciones no es una forma de prueba, esta no se encuentra enlistada en el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012, siendo tesis reiterada y compartida por la jurisprudencia y la doctrina que la presunción no es un medio de prueba (Azula, 2015, p. 373); por el contrario, exime de la prueba, indicando el artículo 166 de la Ley 1564 de 2012 que *“Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados (...) El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”*.

Explica la fuerza probatoria de la presunción Rosember Rivadeneira (2021, p. 83), en que al establecerse por el legislador una presunción, quien de esta se favorece o pretenda hacerlo, se releva de acreditar la existencia del hecho, surgiendo para la parte contraria la necesidad de desvirtuarla, siempre que el hecho de que se parte se encuentre efectivamente probado.

Hablando de los hechos presumidos, se parte de la idea que el objeto de la prueba son los hechos, por lo que siendo esta obligación de quien lo alega, también corresponde a una excepción a la carga de probar, comentando la profesora Ana Giacomette (2015, p. 115) que los hechos por esencia son de desconocimiento del juez, siendo estos los límites fácticos de la controversia y que establecen la regla de la congruencia, por lo que no es dado al juez fallar desde su conocimiento personal.

La comentada doctrinante refiere que las presunciones corresponden a *“inferencias lógicas que hace el legislador, partiendo de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido, que es precisamente el presumido”* (Giacomette, 2015, p. 115); por tanto, lo que se requiere es que las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se basa el hecho deban estar probadas para que opere la presunción, por lo que *“la base tiene que ser cierta, conocida, tiene que estar plenamente probada dentro del proceso”* (Giacomette, 2015, p. 115).

Por su parte, Azula Camacho explica que la presunción *“es un juicio lógico del legislador o del juez, a partir de las reglas de la experiencia, que indican el modo normal como un determinado hecho sucede y, por ello, lo considera como cierto probable”* (2015, p. 371).

El artículo 166 de la Ley 1564 de 2012, respecto al tema de presunciones se complementa con el artículo 66 del Código Civil, que en materia de presunciones contempla los elementos estructurales de estas, precisando que se presume *“el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”*, continuando la norma clasificando las presunciones en el sentido de indicar que si los *“antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley”*, esta se denomina como presunción legal y será posible su prueba en contrario; desvirtuadle incluso pese a ser ciertos los antecedentes o circunstancias en que se base, salvo norma en contrario (Ley 57, 1887, art. 66), como por ejemplo en este caso las

establecidas por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, presunciones que admiten prueba en contrario.

Por su parte, dice la disposición en comento, que *“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”* (Ley 57, 1887, art. 66).

Desde de esta concepción normativa del artículo 66 del Código Civil se desprende que las presunciones parten de una fuente formal de validez, por cuanto debe existir antecedentes o circunstancias determinadas o reconocidas por la ley, para que se pueda dar por presumido el hecho; sin embargo, también es posible que la fuente o base de los antecedentes no sea la ley sino meramente circunstancias fácticas que igual las sustenten.

En este sentido, las presunciones pueden partir de un criterio legal y con una consecuencia legalmente establecida, como es por ejemplo la calificación de pérdida de capacidad laboral y la presunción de incapacidad laboral, la una por cuanto exige más que la lesión, la calificación superior al 50% de pérdida -base normativa- y la consecuencia legal, por cuanto define la ley la pérdida de la capacidad laboral absoluta -incapacidad- cuando se supera el 50% en la calificación, lo que en efecto no significa que la persona en realidad no sea capaz de continuar laborando o incluso se le impida hacerlo, o que pierda la pensión en caso tal que se pruebe que continua trabajando o pueda hacerlo.

Dada las similitudes que se presentan entre las presunciones y los indicios, lo que incluso ha llevado a que algunos autores les den un tratamiento teórico indistinto, tratando de no incurrir en reiteraciones innecesarias, se tratará con mayor extensión a continuación el estudio de la llamada prueba indiciaria, para en su oportunidad, estableciéndose una posición propia, analizar el tema de presunciones en lo que corresponde al objeto del trabajo.

Los Indicios -La Prueba Indiciaria-

Los indicios se contemplan por el legislador en el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012 como una prueba autónoma y reconocida, la cual está regulada expresamente en los artículos 240, 241 y 242 de la Ley 1564 de 2012, definiendo el tratadista Azula Camacho (2015, p. 361) el indicio como aquel *“hecho conocido y debidamente probado del cual mediante un juicio lógico fundado en reglas de la experiencia o en principios científicos o técnicos, se infiere la existencia de otro hecho conocido”*.

Según lo explica Marco Antonio Álvarez en su estudio del Código General del Proceso, los indicios se constituyen a partir de un hecho que debidamente probado y mediante un ejercicio de inferencia lógica, lleva al fallador a concluir una circunstancia relevante en el litigio. El indicio, en palabras del mencionado comentarista, es un *“hecho que, apreciado en el contexto de la controversia, sugiere algo más -un hecho no probado- que lo que en sí mismo revela”* (Álvarez, 2017, p. 367).

El indicio puede afirmarse, corresponde a una actividad de razonamiento y de análisis deductivo que realiza el juez, quien a partir de un hecho probado llega por una inferencia lógica a un hecho probable, probabilidad que en mayor o menor grado soportará dicho indicio, es decir,

como lo afirma Álvarez (2017, p. 386) la eficacia o fuerza probatoria del indicio responde al grado de posibilidad de su ocurrencia respecto al hecho desconocido.

Partiendo de la premisa que es al juez a quien le corresponde definir y estructurar el indicio (Álvarez, 2017, p. 369), se puede sostener que el indicio en realidad no es objeto de prueba o alegación por las partes, ya que *“los indicios son prueba en las que no existe participación de las partes para evidenciar su edificación porque son contruidos por el juez en el momento de proferir sentencia”* (Rosember, 2021, p. 384). Pese a lo anterior, resulta obvio y práctico que la actividad probatoria y argumentativa de los litigantes para evidenciar los indicios, además de ser una estrategia válida, facilita y orienta la tarea del juez en este sentido.

Si bien la construcción de los indicios es una actividad generalmente judicial, se evidencia que el legislador tomó posición en algunas ocasiones y estableció en criterio legal algunas conductas que constituirían indicios; así por ejemplo, tal como lo expone Marco Antonio Álvarez (2017, p. 369) se encuentran en el Código General del Proceso los artículos 205 inc. 3; 225, inc. 2; 233; 238, num. 2, inc. 2; 267 y la conducta de las partes como indicio, tal como se desprende del artículo 241 y 280 del Código General del Proceso.

La estructura del indicio según se comparte por la doctrina, se conforma por un hecho conocido o indicador, una inferencia lógica o deducción y el hecho desconocido o indicado (Azula, 2015, p. 362), estos conceptos se explican sin mayor dificultad por sí solos, por cuanto el hecho indicador, no es más que aquel elemento o evento fáctico alegado y probado en el proceso; y el hecho indicado, aquel que se busca establecer o probar.

Mayor complejidad se presenta respecto al vínculo o análisis que debe hacerse entre el hecho indicador y el hecho indicado, pues esta atiende a un raciocinio y ejercicio intelectual que se ha definido como una inferencia lógica que debe partir y sustentarse más allá de la simple retórica o ejercicio argumentativo por las máximas de la experiencia, el sentido común y la teoría de las probabilidades, todo esto finalmente valorado en conjunto y a partir de la sana crítica (Álvarez, 2017, p. 388).

En palabras de Marco Antonio Álvarez, las inferencias lógicas no es otra cosa que el ejercicio de *“cavilación”* que realiza el juez, a veces deductivo, a veces inductivo, en el cual busca *“hilar o tender un puente más o menos sólido entre el indicio y el hecho indicado”* (2017, p. 370 - 371). En tal actividad, se aplican las reglas de la experiencia, las cuales son juicios hipotéticos de contenido general.

Las máximas de la experiencia según Álvarez son *“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 similares, y que, por su cotidiana validación, se tornan generales en el respectivo entorno”* (Álvarez, 2017, p. 374).

En este ejercicio analítico de las máximas de la experiencia, deben eliminarse las apreciaciones meramente subjetivas y los estereotipos, así como evitarse *“proposiciones inválidas, desvaríos mimetizados en modelos que carecen de justificación”* (Álvarez, 2017, p. 375) y acudir en mayor medida al sentido común, el que se presenta como aquella consulta y ejercicio de

deducción que nos lleva a elegir o dispone el hacer o no hacer algo, por cuanto se presenta o proyecta incuestionable por su obviedad (Álvarez, 2017, p. 376 - 377).

La doctrina también explica (Azula, 2015, p. 363 a 368) que a partir de la clasificación de los indicios de necesario y contingentes, es posible determinar la fuerza de convencimiento del indicio, por cuanto el indicio necesario es aquel cuya relación causa y efecto es absoluto por lo que, del hecho indicador, surge irremediamente el hecho indicado o este es consecuencia ineludible de aquel.

Por su parte, en los denominados indicios contingentes, dicha relación no es directa y por el contrario este puede llevar a deducir varios hechos. Doctrinantes como Azula Camacho (2015, p. 364) comentan que, para definir la fuerza probatoria del indicio contingente y programar el ejercicio analítico del juez, este tiene que revisar si se trata de indicios graves, lo cuales se sostiene en un hecho indicador que conduce a un grado considerable de probabilidad, lo que lleva nuevamente a la teoría de las probabilidades (Álvarez, 2017, p. 385 a 387).

En lo que a los indicios contingentes leves se refiere, este se explica en que el “*hecho indicado es apenas una consecuencia probable que se infiere del hecho indicador. En otros términos, del hecho indicador puede deducirse apenas circunstancias del hecho indicado*” (Azula, 2015, p. 364).

Ahora, tratándose de los indicios como prueba, su fuerza disuasoria a partir de lo expuesto por el artículo 242 del Código General del Proceso, obedece a la pluralidad de hechos indicadores probados y del mismo indicio, por cuanto un solo indicio no puede ser fundamento del fallo y entre más indicios mayor convencimiento logra el juez; por otra parte, cuando se presente pluralidad de hechos indicadores más fuerza asume el hecho indicado y por tanto mayor convencimiento.

La necesidad de la pluralidad de los indicios, es un requisito innegable y en extremo requerido para el fallo, más si solo se cuenta con estos o son los únicos a emplear para sustentar unos hechos, por lo que su análisis es de suma importancia y no puede tomarse a la ligera, siendo necesario, como lo comenta Azula Camacho (2015, p. 366 - 367), que tratándose de indicios contingentes, este debe ser plural, grave, concordantes y congruentes, por lo que debe existir una pluralidad de indicios que permitan en un mismo sentido llevar a una sola conclusión o por lo menos darle en conjunto, una mayor relevancia y solidez al mismo hecho indicado.

Similitudes y diferencias entre los indicios y las presunciones.

Tal como se expuso, algunos autores diferencian la presunción del indicio, pese a que está a veces resulta casi que ficticia; por su parte, otro sector de la doctrina si da un trato similar. Entre los primeros sobresale el profesor Azula Camacho, en cuanto a los segundos, se presenta como su principal expositor el reconocido procesalista López Blanco.

Las presunciones para algún sector de la doctrina no difieren o se distancia lo suficiente de la prueba indiciaria, razón por la cual algunos autores optaron por su estudio en conjunto o incluso haciendo referencia de los indicios como verdadera prueba y trasladando sus conceptos doctrinales

a las presunciones, razón por la cual respetados doctrinantes como lo son López Blanco, sostienen que:

Como se podrá ver del sencillo análisis del tema en éste capítulo, lo he desarrollado explicando los elementos del indicio sin referencia alguna a la presunción, precisamente por partir del supuesto de que se trata de dos conceptos idénticos que solo la tendencia tan arraigada, a través de la historia, de los tratadistas de derecho de buscar posiciones originales, ha llevado a que se trate de un campo donde reina la confusión acerca de un punto que es diáfano si se vuelve a la noción elemental y se le resta tanta angustia filosófica en su tratamiento (López B., 2017, p. 423).

Por otra parte, Azula Camacho resaltan que en el *“indicio se parte de un hecho concreto, el 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”* (2015, p. 374). Es decir, parece colegir el autor, que la presunción tiene bases en la ya predeterminada definición del legislador, lo que encuentra respaldo en los artículos 66 del Código Civil y 166 del Código General del Proceso.

Por su parte, siguiendo al mismo autor, los indicios son una construcción del juez, quien a partir de la técnica propia del indicio llega a determinar o, mejor dicho, dar por probado los hechos que se debatían o no encontraban prueba directa, tal como se desprende del artículo 242 de la Ley 1564 de 2012.

El anterior criterio es compartido por Rosember Rivadeneira (2021, p. 387) quien exponiendo que la similitud entre las instituciones es estrecha, estas solo parecen encontrar verdadera separación en el órgano que las elabora, por cuanto *“la diferencia entre indicio y la presunción es de tipo orgánico, formal o en cuanto al sujeto que lo construye. En la presunción el legislador es quien actúa como sujeto activo de la inferencia lógica que permite arribar al hecho indicado, mientras en el indicio esta tarea es adjudicada al juez”*.

Los autores citados comparten con López Blanco la apreciación de que la estructura y actividad para la construcción tanto de las presunciones como los indicios es similar, solo que difieren del sujeto creador; sin embargo, cabe dejar expuesto que algunos indicios también los predetermina el legislador y en consecuencia son de creación legal, y algunas presunciones son del orden judicial -jurisprudencia-, como la denominada presunción de hombre (López B. 2017, p. 429), por lo que al final, estos criterios no parecen ser suficientes para su distinción concreta.

El otro elemento diferenciador es su carácter de prueba, pero acá también se presenta un problema conceptual, pues mientras el legislador le dio al indicio naturaleza de prueba -art. 165 L. 1564/12-, a la presunción no la revistió de tal. De la lectura de los artículos 166, 240 y 243 del Código General del Proceso, pareciera que las dos instituciones tuvieran una misma estructura y objeto, que no es otro que a partir de un hecho conocido, relevante y probado en el proceso, a partir de un ejercicio analítico y racional, se llega respecto a un hecho desconocido dar por probado otro -el indicio- o presumido -presunción-, ambos, según se trate del indicio necesario o la presunción de derecho, del indicio contingente o la presunción legal, se establecen con o sin posibilidad de ser desvirtuado.

Se considera que importante punto de inflexión resulta realmente en que el indicio es prueba y por tanto esta en si es la que se emplea para dar por probado un hecho, mientras que la presunción no es prueba y solo sirve para llenar un vacío fáctico, razón por la cual, algunos hechos permiten la presunción, mientras que otros no; algunas instituciones jurídicas de la responsabilidad exigen por lo menos la prueba indiciaria y repudian la simple presunción; y en especial, los indicios siempre podrán ser desvirtuados y ninguno conlleva una fuerza vinculante absoluta, incluso tratándose del indicio necesario; por su parte, la presunción de derecho es esencialmente incontrovertible, pues así lo estableció el legislador.

Como lo anterior constituye un tema de transcendental relevancia para tratar en el presente trabajo, se dejará para su discusión posterior. Por ahora se deja expuesto la consideración, que la declaración de la existencia de los perjuicios inmateriales, se encuentra más acorde con la técnica de la prueba indiciaria.

El enriquecimiento sin causa

La doctrina se ha encargado de desarrollar la institución, exponiendo por ejemplo al profesor Fernando Hinestroza cuando afirma que *“ocurre un aumento patrimonial a consecuencias de la disminución de otro patrimonio, en condiciones tales que sin haber razón que justifique ese movimiento, tampoco asiste a la víctima remedio alguno concreto o, mejor, específico”* (Hinestroza, 2015, p. 67).

También otros autores como lo son los Ospina Fernández (2008, p. 33) dan cuenta que la doctrina contempla como fuente de las obligaciones al enriquecimiento sin causa, el cual se *“presenta en todas aquellas hipótesis de acrecimiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que este desplazamiento de valores obedezca a una causa jurídica justificativa”* (Ospina, 2008, p. 42).

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia exp. D- 10455, M.P. Mauricio González Cuervo, reconoce la fuerza autónoma, vinculante y el alcance interpretativo de los principios y las denominadas *“reglas generales del derecho”*, que *“ha sido considerada equivalente a los principios generales del derecho”* para la interpretación jurídica, exponiendo como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia explicando los denominados principios generales del derecho *“se reconocían como tales los relativos a la prohibición de abuso de los derechos, a la prohibición del enriquecimiento sin causa, a la regla “error communis facit ius” y a la teoría de la imprevisión”* (Corte Constitucional, C-284/15).

A su vez el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha dado autonomía como fuente de obligaciones al enriquecimiento sin causa, advirtiendo que el concepto de empobrecimiento no se refiere en estricto sentido a la disminución absoluta del patrimonio, ni un enriquecimiento o aumento desproporcionado del otro, sino a una simple disminución y a la ausencia de una justa causa que lo respalde, requisitos que se exponen con claridad en la sentencia Exp. 25000-23-31-000-2003-00977-01(29892), del 31 de julio de 2014, M.P. Danilo Rojas Betancourth, al indicar:

VI. Los supuestos para la existencia de un enriquecimiento sin causa

21. El enriquecimiento sin causa es fuente de obligaciones en el derecho administrativo a condición de que cumplan los siguientes requisitos: (i) que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, esto es, no solo en el sentido de adición de algo (ventaja positiva), sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio (ventaja negativa); (ii) que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento; y (iii) **que el empobrecimiento sufrido por el demandante**, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, es decir, que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. (Sentencia Consejo de Estado, 29892, 2014).

El anterior pronunciamiento jurisprudencial evidencia claramente los elementos que estructuran el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, exponiendo conceptos que no deben atenderse en la literalidad de sus expresiones, por lo que, con apoyo en Enrique Gil (2013, p. 625), tal como se desprende de la sentencia antes citada, el empobrecimiento corresponde a la disminución *“como consecuencia de desprender, en favor de otro, de bienes, esfuerzos o servicios que no le son recompensados, con el valor del mercado que tiene”*, precisando que esto *“no significa que la persona se desplome económicamente; tan sólo que vea disminuido su patrimonio, injustificadamente”*; correlativo a este, el enriquecimiento *“no significa, necesariamente, que se vuelva rico, sino que se incrementen sus bienes sin razón alguna”* (2013, p. 625).

Es importante precisar que el concepto de enriquecimiento sin causa que se expone en este trabajo, no se presenta en esencia como una de las fuentes de las obligaciones, sino como un principio, el cual como lo comenta el profesor Hernando Valencia (2018, p. 134) atienden en el ordenamiento jurídico colombiano a una fuente material y formal, por lo que cumplen una triple función, en cuanto son creadoras, interpretadoras y como criterio auxiliar de la actividad judicial, por lo que los principios como fuente material del derecho, *“indican la materia o contenido que debe tener o no las fuentes formales generales (...) como fuentes formales particulares”* (Valencia, 2018, p. 136).

Hablar del enriquecimiento sin causa como un principio orientador en el análisis de la reparación del daño, no debe resultar extraño, por el contrario, como principio y dado las características de estos dentro del ordenamiento jurídico, indudablemente deben ser observados, y resulta necesario que se analice el mismo dada la fuerza vinculante e interpretativa de los principios en el ordenamiento jurídico, no en vano se dice por la Corte Constitucional en la sentencia exp. D-5521, M.P. Rodrigo Escobar Gil que *“los principios son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia”* (Corte Constitucional, Sentencia C-818/05), y a estos se les reconoce que cumple en el ordenamiento jurídico las funciones de: *“(i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho”* (Corte Constitucional, Sentencia C-818/05).

En ese orden de ideas, se deja expuesto que el enriquecimiento sin causa, además de resultar una fuente autónoma de obligaciones, es un principio en virtud de la jurisprudencia constitucional,

que está integrado a nuestro sistema de fuentes y por ello debe ser observado constantemente en la actividad judicial, incluso en el derecho de daños y al momento de valorar la existencia, reconocimiento y tasación de perjuicios, tanto así, que la propia Corte Constitucional precisó en la sentencia exp. R.E.- 038, M.P. Antonio Barrera Carbonell, que la liquidación de perjuicios debe corresponder a su justa tasación y en caso de valores reconocidos previamente, estos deben tenerse en cuenta por cuanto *“los principios de justicia y de equidad, si se tienen en cuenta, además que la reparación del daño con fundamento en la responsabilidad estatal no puede constituir una fuente de enriquecimiento”* (Corte Constitucional, Sentencia C-197/93).

De acuerdo con los elementos planteados, en tratándose de presunciones que admiten prueba en contrario, las establecidas por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, la figura del enriquecimiento sin justa causa pierde posibilidad de encajar por no cumplir con los supuestos mencionados, máxime cuando lo verdaderamente importante, es resaltar, que el aligeramiento probatorio producto de la presunción, no puede conllevar al desconocimiento del derecho por parte de personas que no encuadran dentro de los criterios establecidos por la Alta Corporación para tasar el perjuicio.

No sólo se desconoce que hay personas que no hacen parte de los niveles de parentesco, que pueden llegar a sufrir perjuicios en intensidad incluso mayor que los que sí; sino que, además, de entrada, les da un tratamiento discriminatorio al establecer un quantum indemnizatorio, notoriamente inferior al de los familiares, olvidando con ello, que tanto el no familiar puede probar la causación del perjuicio, como la demandada probar supuestos que desvirtúen la presunción.

Conclusiones del Capítulo

El daño antijurídico es un concepto que difiere del daño, por cuanto el primero es la consecuencia de la acreditación favorable al demandante que no está en el deber jurídico de soportar, por lo que, existiendo el daño calificado de antijurídico, nace el deber de reparar. Por su parte, el daño es solo uno de los elementos a acreditar en el análisis de la responsabilidad, en el ejercicio de la imputación, que en la teoría clásica se explica como uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, parte de falla, daño y nexo causal.

El daño como elemento autónomo de la responsabilidad difiere del perjuicio, siendo aquel obligatorio en su existencia y acreditación, real, cierto, actual y personal. El perjuicio, es consecuencia del daño, y si bien debe ser personal, lo cierto es que sus cualidades de veracidad, certeza y comprobación se relativizan, siendo posible incluso su reconocimiento y cuantificación a partir de presunciones o equidad.

En materia probatoria, los hechos notorios, las afirmaciones y negaciones indefinidas, las presunciones y los indicios, son instituciones con técnicas diferentes, estableciendo el legislador elementos y criterios individualizantes que las permiten diferenciar, incluso con técnicas y consecuencias distintas, por lo que su concreta y precisa diferenciación es absolutamente necesaria y en la práctica de gran utilidad en la controversia.

Pareciera existir unas leves diferencias que permitirían sustentar la distinción entre presunción e indicios, una de ellas partiendo del efecto útil de la norma, en cuanto a que el legislador reguló las dos instituciones en disposiciones diferentes -presunciones art. 66 Código

Civil e indicios en los arts. 240 a 242 del Código General del Proceso-, tesis que es respaldada por algunos doctrinantes; aunque su estructura es de tal grado de similitud, que pareciera en la práctica ser similares, como lo afirma el profesor López Blanco.

Mientras al indicio se le dio la categoría de prueba -art. 165 de la Ley 1564 de 2012-, a la presunción no y solo la estableció el legislador como una conclusión en ciertos temas, por cuanto en términos del artículo 166 de la Ley 1564 de 2012 no se califica, como debe ser, la presunción como prueba, sino que se especificó simplemente que un hecho debidamente probado se presumirá cuando la ley le de este efecto.

Por su parte, el indicio si es prueba reconocida por el legislador y si bien existen unas regulaciones expresas en algunos asuntos, por regla general su construcción corresponde al juez exclusivamente.

Las presunciones realmente encuentran sustento en el valor verdad, es decir, se le da la categoría de altamente probable y por tanto cierto -verdad judicial o procesal- pese a que no esté efectivamente probado, sustentándose esto en criterios técnicos, científicos y probables, es decir, que se considere que dado un hecho o acción, deviene una consecuencia o reacción como lo más probable, lo que erróneamente el Consejo de Estado ha fundamentado en otros criterios como de justicia, equidad, igualdad o paz social, para el reconocimiento de perjuicios, desnaturalizando así la institución de la presunción.

Los indicios, si bien se asemejan a las presunciones, tienen su fundamento propio y corresponde a que partiendo de un hecho conocido y debidamente probado, a través de un ejercicio de inferencia lógica -lo cual se constituye a partir del sentido común, las reglas de la experiencia y la teoría de las probabilidades- lleva a dar por probado un hecho desconocido, análisis que hace el juez en contexto y conjunto con otras pruebas.

CAPÍTULO II

Las Presunciones planteadas en la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Doctrina

Históricamente el Consejo de Estado ha suplido la falencia o dificultad probatoria con relación de los perjuicios inmateriales mediante las presunciones, extendiendo tal activismo judicial incluso en varias oportunidades a los perjuicios materiales, observándose que en realidad no parece atender a una técnica real de las presunciones. No siendo en este capítulo el objeto de análisis si es o no procedente la aplicación de presunciones, se expondrán las presunciones empleadas en materia de perjuicios por el alto tribunal contencioso administrativo.

Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre las Presunciones en los Perjuicios Inmateriales en los Últimos 10 Años

A partir del año 2011, se empezó a desarrollar en la jurisprudencia del Consejo de Estado la idea de unificar la tipología de perjuicios inmateriales que se reconocerían por esa corporación, realizando un primer acercamiento en la determinación de los perjuicios y su conceptualización, lo que en términos particulares se concretó en: el daño moral, el daño a la salud y la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

El alto tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa históricamente ha desarrollado en materia de presunciones de los perjuicios inmateriales una línea jurisprudencial que se ha consolidado en los últimos años.

Hasta antes de septiembre del 2011 se tenían consagrados una variedad de perjuicios inmateriales, lo que fue criticado por diferentes corrientes de la doctrina y que finalmente fue solucionado por la corporación con ponencia del entonces consejo Enrique Gil Botero, quien, en sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedidas dentro de los procesos con radicación interna 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) y 05001-23-31-000-2007-00139-01 (38222), realizó el primer paso en la redefinición de la tipología de los perjuicios inmateriales y su clasificación.

Las enunciadas providencias, reconocieron que la falta de una técnica y estricta tipología en la definición de los perjuicios inmateriales, podría derivar en la ausencia de una verdadera y objetiva reparación, por cuanto, permitir conceptos indeterminados o de compartimientos tan amplios favorecería a que se puedan “llenar o volcar una serie de bienes o intereses legítimos”, que generan “*problemas en sede de la reparación integral del daño y los principios de igualdad y dignidad humana que deben orientar el resarcimiento de aquél*” (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 19031, 2011), lo que conlleva a interpretaciones subjetivas del fallador y en consecuencia a una carencia de conceptos objetivos que desconocerían los principios de equidad e igualdad en el resarcimiento del daño y con ello, graves consecuencias en su reparación integral.

De otro lado, se incurría a falta de una rigurosidad en la materia, definición de conceptos y mayor objetividad, que con la cantidad de perjuicios inmateriales que se venían exponiendo y reconociendo, en el riesgo de generar un enriquecimiento sin causa de la víctima, o que por un mismo daño -perjuicio- se estaba reparando a la víctima varias veces, por tal razón, en la sentencia del 2011 se expuso:

En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima. (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 38222, 2011).

Con esta premisa, se pretendió avanzar en la definición de la tipología de los perjuicios inmateriales reconocidas por la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, superando los conceptos de “perjuicio fisiológico”, “el daño a la vida de relación” o la “alteración de las condiciones de existencia” que se venían discutiendo, para establecer en su redefinición el daño a la salud como aquel perjuicio que recoge la esencia de aquellos y en particular “*ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez 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*”,

corresponderá en términos generales al derecho consagrado en el artículo 49 de Constitución Política (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 19031, 2011).

En ese orden de ideas, a partir de las sentencias del 14 de septiembre de 2011, el Consejo de Estado expuso una redefinición de perjuicios inmateriales en la cual se desplazó la gran variedad de perjuicios inmateriales y se estableció una tipología mejor redefinida y conceptualizada en la cual se enunciaron y sistematizaron en “*i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); 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*” (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 19031, 2011).

La anterior posición y fue la que en esta época enmarcó la línea mayoritaria y principal del Consejo de Estado en materia del reconocimiento del perjuicios inmateriales, no tuvo a lo largo de los años siguientes mayores contradictores, a tal punto que el 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado profirió una serie de sentencias de unificación (8 en total), en la cual se acogió en estricto sentido la clasificación de perjuicios inmateriales expuesta en las providencias del 2011, haciendo algunas precisiones conceptuales, probatorias y en particular temas de legitimación y estableció un cuadro de baremos respecto a la cuantía.

La Presunción en el reconocimiento de Perjuicios Inmateriales en la Jurisprudencia del Consejo de Estado

En materia de perjuicios inmateriales han existido muchas variaciones en cuanto a su clasificación y tipología, lo que llevó a que durante varios años no existiera un criterio consolidado en cuanto a los perjuicios inmateriales que podían ser objeto de reconocimiento en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, siendo solo hasta el año 2011 que aparece un primer ejercicio unificador de los conceptos y tipologías de perjuicios inmateriales a reconocer, que fue haciendo carrera y posteriormente, mediante una serie de sentencias del 28 de agosto de 2014, finalmente se concretó vía unificación de jurisprudencia.

En un primer momento, como ya se mencionó en párrafos anteriores, se profirieron las Sentencias de Unificación del 14 de septiembre de 2011, expedientes 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) y 05001-23-31-000-2007-00139-01 (38222), con ponencia del entonces consejero Enrique Gil Botero, debido a que antes se estaban reconociendo muchos tipos de perjuicios y además, por los problemas de interpretación que se le venían dando a los perjuicios de daño a la vida de relación y a la alteración a las condiciones de existencia, generando una constante controversia, ya que para algunos estos representaban el mismo perjuicio y para otros ambos conceptos eran diferentes.

Se hace evidente así la necesidad de establecer un criterio conceptual claro y con ello más que crear nuevos tipos indemnizatorios, reestructurar y definir su tipología, para lograr que a través

del juez, junto con unas reglas y principios claros que llevaran a una verdadera reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998 y art. 2341 Código Civil), sin dar lugar a un enriquecimiento injustificado (art. 8 Ley 153 de 1887) para la víctima, pero tampoco un empobrecimiento. Toda vez que el daño a la salud abarcaba y recogía conceptos autónomos como el estético, integridad corporal o físico, sexual y psicológico para agruparlos en una misma categoría de manera mucho más objetiva.

Más adelante, como una evolución de los nuevos conceptos y adopción definitiva de la tipología expuestas en el 2011, surgieron las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, para avanzar en la redefinición de algunos de los perjuicios inmateriales, precisar sus conceptos y crear nuevos parámetros interpretativos sobre los perjuicios inmateriales en Colombia.

La Presunción en el Perjuicio Inmaterial del Daño Moral

En Colombia el perjuicio moral tuvo su primera aparición en el año 1922 con el caso Villaveces, el cual paradójicamente ordenó la indemnización del daño por la pérdida de cosas materiales -restos de la esposa-, teniendo en cuenta su relación afectiva y simbólica, por lo que recuerda Navia *“¿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?”* (2000, p.52). Cabe precisar que el perjuicio moral en su conceptualización y alcance ha sido por regla general constante y coherente, siendo otro el tema respecto a los legitimados para su reconocimiento.

En aquella oportunidad, la Corte Suprema de Justicia, M.P. Tancredo Nannetti (1922), adelanta el análisis de la responsabilidad a partir de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, derivando de esta última disposición que la reparación del daño *“no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial”*, por cuanto este solo hace parte de uno de los elementos que integran el conjunto de bienes y derechos de la persona, por lo que afirma es posible *“dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente”*, planteado por primera vez en Colombia el derecho a la indemnización del daño moral, advirtiendo que pese a la eventual dificultad de su tasación o determinación del *quantum*, *“esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 1922).

Nace en Colombia con la posición de la Corte Suprema de Justicia el derecho al resarcimiento del daño moral como un perjuicio indemnizable, el cual se evidencia a partir del comentado caso Villaveces, que el mismo se sustenta por afectación particular de la persona que infringen ofensa, dolor o molestia; resaltando, como lo es a la fecha, que la dificultad de su tasación no puede ser impedimento para su reconocimiento, coligiéndose de dicha providencia, que la relación particular y especial que el señor Villaveces tenía con los restos de su esposa y la lápida, a la cual seguramente la sentencia reconoció un valor representativo, tanto que resalta la Corte en su narrativa como uno de los hechos relevantes de la demanda que en esta se comenta *“me han causado graves perjuicios y graves injurias (...) de haber exhumado los preciosos y*

queridos restos de mi esposa, de haber dispuesto de ellos y del ataúd que los contenía; de haber retirado la lápida que cubría la bóveda” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 1922).

Es claro que esta primera aproximación al perjuicio moral, parte de la idea de una relación especial y particular del señor Villaveces con los restos de su esposa, así como con lo que representaba su presencia -por lo menos figurativa- en dicha bóveda, sentimientos que se sintieron quebrantados, derivándose de allí, o por lo menos así debe entenderse ante la ausencia de prueba valorada en este sentido, que la Corte Suprema de Justicia presumió el daño moral, tesis de la presunción respecto de la víctima directa que fue imperante a partir de la fecha y como única presunción de manera unánime acogida.

El 17 de julio de 1992, el Consejo de Estado en la sentencia exp. 6750, M.P. Daniel Suárez Hernández, plantea la posibilidad y necesidad de reconocer mediante la presunción, el denominado daño moral para los *“parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, 6750, 1992), presunción que se basó exclusivamente en la relación de parentesco, respaldada esta en lo que se entendía como familia, argumentando que este simple hecho sustenta la presunción de los lazos, vínculos y demás manifestaciones que se derivan de dicha relación de familia sin otra valoración, por lo que considera que *“ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, 6750, 1992), recogiendo a partir de esta providencia y presentándose esta como la sentencia hito en la jurisdicción.

A partir del anterior fallo, la jurisdicción vino acogiendo la presunción del daño moral respecto a las denominadas víctimas de rebote o indirectas en diferentes escenarios y grados, aplicando variaciones particularmente en el grado de parentesco y la causa del daño, por lo que si bien persistió la presunción del perjuicio, lo que difería entre los diferentes pronunciamientos que reconocieron era la cuantificación del mismo, ya que sobre esta operaba de pleno el *arbitrio iuris*, por lo que durante este tiempo y hasta las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, se dio una amplia variación y ausencia de posición coherente respecto a la tasación del perjuicio, no así sobre el reconocimiento del perjuicio daño moral mediante la presunción, la cual se reitera, ya desde 1922 se contemplaba para la víctima directa, que desde los años de 1980 ya se reconocía al primer grado de consanguinidad y cónyuge, y que a partir de 1992 encontró un criterio o argumento de autoridad que lo respaldaba respecto a las denominadas víctimas indirectas o de rebote en el segundo grado de consanguinidad.

El Consejo de Estado por lo general ha sostenido una postura unánime en cuanto al concepto de perjuicio moral, el cual *“se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc.”* (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 26.251, 2014), y también *“puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas”* (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 19836, 2011), de donde ha surgido en concreto la presunción del perjuicio moral.

En palabras del ex consejero de Estado Enrique Gil, el perjuicio moral busca “*resarcir la lesión de los sentimientos, situaciones dolosas, menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinados límites que no rayen en lo patológico*” (2013, p. 178), por lo que en este sentido se pone un límite al concepto de perjuicio moral y se separa del de daño a la salud en su sentido psicológico, ya que de ser de tal grado la afección que se torne patológica y evolucione más allá del simple padecimiento interno y se exteriorice alterando la cotidianidad de la vida, se estaría frente a un daño a la salud.

Según Tamayo Lombana (2009, p. 64) el perjuicio moral “*vulnera los derechos de la personalidad*”; por tanto, como lo manifiesta Gil Botero (2013, p. 173) se trata de un perjuicio eminentemente compensatorio al cumplir exclusivamente con una función satisfactoria, a diferencia del perjuicio material cuya finalidad debe corresponde a un simple método indemnizatorio o de reemplazo; sin embargo, precisa el autor, este no se relaciona exclusivamente con el dolor físico, sino que este “*puede obedecer a diversas expresiones concretas*”, por lo que también puede estar vinculado a aspectos psicológicos de la situación de los bienes (Gil, 2013, p. 173), incluso, “*puede darse de manera excepcional por la pérdida de las cosas materiales*” (Gil, 2013, p. 178).

Con relación a lo anterior. por ejemplo, en la sentencia del 23 de mayo de 2012, Exp. 21269, M.P. Enrique Gil Botero, se reconoció el perjuicio moral por la pérdida de los bienes materiales, en donde se precisó que, aunque no era admitido por la jurisprudencia tampoco estaba prohibido, y aunque no se presumía, en casos donde se demostrara realmente un intenso dolor y aflicción se podría reconocer, siendo eso sí, más exigente la prueba.

La doctrina y la jurisprudencia han sido acordes en cuanto a la posibilidad, excepcional pero posible, de que se indemnice el perjuicio moral por pérdida o daño de las cosas materiales, siendo otro el tema en lo que al perjuicio con relación las personas jurídicas corresponde, donde se presenta dicho concepto a partir del denominado *good will*, por lo que se refiere este estrictamente a un perjuicio de carácter patrimonial, reservándose, se ha dicho, el perjuicio moral en estricto sentido para las personas naturales (Henaó, 1998, p. 250), por lo que la afectación al buen nombre de las personas jurídicas o de las naturales que afecten su actividad comercial, se analiza a partir del concepto económico comercial del *good will* (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 57536, 2020).

Presunción en los Perjuicios Morales Derivados de la Muerte

El perjuicio moral por la muerte de los integrantes más cercanos del grupo familiar, ha sido en términos generales, la principal y menos controvertida presunción, sosteniéndose por la doctrina y la jurisprudencia, que ante la imposibilidad de acreditar el dolor, la presunción se da como la principal herramienta para sustentar su causa, por cuanto las reglas de la experiencia enseñan que la pérdida de un ser querido conlleva una serie de sentimientos -duelo-, que deben ser compensados y por tanto, los mismos se presumen.

Por ejemplo, respecto al perjuicio moral en caso de muerte la sentencia de 2014, Exp. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251) M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, precisó que

por el mero hecho del parentesco se presumía el perjuicio moral de los familiares de la víctima directa del daño, atendiendo a criterios de cercanía o de simple parentesco, tanto es así, que como prueba solo se debe aportar el registro civil de nacimiento o matrimonio, pero en ciertos casos particulares si se debe demostrar la convivencia como por ejemplo cuando se trata compañeros permanentes; incluso estableció los montos de indemnización de acuerdo al alcance de la relación afectiva.

En la sentencia en mención -Exp. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251)-, se unifica la jurisprudencia de la indemnización con respecto a los perjuicios morales en caso de muerte, y por ende establecen unos niveles de relación o cercanía afectiva que se deben tener en cuenta entre la víctima directa (quien sufre el daño) e indirecta (familiares y allegados de quien sufre el daño) para cuantificar la indemnización de los perjuicios anteriormente mencionados, siendo 100 SMMLV el máximo monto.

Otra sentencia que también se refirió a la unificación de indemnización sobre los perjuicios morales en caso de muerte fue la sentencia Exp. 73001-23-31-000-2001-00418-01(27709), M.P. Carlos Alberto Zambrano, a través de 5 niveles según la relación afectiva entre el causante y las víctimas indirectas, lo que por regla general se acredita con el registro civil de nacimiento o matrimonio; y para casos particulares como en casos de muerte intrauterina o nasciturus, es posible emplear otros medios probatorios, tal como se expuso en sentencia del 29 de febrero de 2016, Exp. 05001233100020022008001(31378) con ponencia del M.P. Danilo Rojas Betancourth..

Para los casos de la unión marital de hecho, además de la declaración por escritura pública, la calidad de compañero o compañera permanente es posible acreditarse con cualquier otro medio de prueba, dada la libertad probatoria en que se enmarca el ordenamiento jurídico. Se precisa que dichas condiciones fácticas, son procedentes para probar la calidad y parentesco, para que con este hecho nazca la presunción, esto con relación a cónyuge, compañera/o permanente, padres, hijos, hermanos y abuelos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado es reiterativa a que ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral, lo que se procede es su compensación, para lo cual ha definido unos topes máximos que se llevan hasta 100 SMLMV en su mayor intensidad, que para el caso de la muerte de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad, cónyuge o compañera/o permanente corresponde a este tope y *“cuanto a los demás ordenes de parentesco, se ha establecido que la cuantía de la indemnización debe corresponder a un porcentaje de ese límite”* (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 52979, 2020).

Respecto a los demás parientes o víctimas, esto es, los niveles 3, 4 y 5, es necesario acreditar la relación afectiva, por cuanto, por ejemplo, en relación de sobrinos el *“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 ... -en este caso del tío-, pues dicho dolor no se infiere con la simple acreditación del vínculo de consanguinidad”* (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 36369, 2016).

En la sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988), M.P. Ramiro Pazos Guerrero, se estableció una excepción al tope indemnizatorio en cuanto a los

perjuicios morales en caso de muerte, y es que cuando se trate de casos en los haya infracciones al Derecho Internacional Humanitario y cuando de manera grave se violen los derechos humanos; se permite superar ese tope (100 SMMLV) sin que el total sobrepase el triple de los montos indemnizatorios estipulados.

Presunción en los Perjuicios Morales Derivados de las Lesiones Personales

También en cuanto a los perjuicios morales en el tema de lesiones personales se unificó la jurisprudencia entre la víctima directa e indirecta, con la sentencia Exp.

5001231500019990032601(31172), M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz, fijó unos niveles según el grado de gravedad o levedad de la lesión, presumiendo el dolor según los grados de consanguinidad, llegando a igualar el monto entre la víctima directa y los padres, cónyuge e hijos. Situación que no se comparte ya que no se puede igualar el dolor que sufre quien padece la lesión directamente a las personas ajenas a este, tal y como lo estipula (Tamayo, 2007, p. 957) cuando afirma “*que nadie está más afectado que la persona que sufre directamente la acción dañina*”.

El denominado daño moral, como ya se expuso, ha sido entendido por la jurisprudencia (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 26.251, 2014), como el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, entre otros, que padecen las víctimas indicando en este sentido Édgar Cortés, que es su sentido más puro “entendido como el dolor, la perturbación del estado de ánimo, el sufrimiento espiritual que padece el sujeto como consecuencia del hecho ilícito” (2009, p. 149).

Por ejemplo el hecho de que una madre, la cónyuge o un hijo por el tener que verse día a día, apoyar, asistir a su ser querido o pretender igualar la intensidad del dolor bajo una expresión popular del amor insuperable de una madre a su hijo, es restarle importancia a la intensidad del dolor, el cual si bien cada persona puede afrontar o expresar de diferentes maneras, esto no significa que quien padezca de manera directa la lesión no lo sufra en su mayor intensidad, por tal razón “se entiende un perjuicio interno-subjetivo del individuo” (Martínez, 2018, p. 184).

Puede ser de tal aceptación y fuerza argumentativa lo antes afirmado, que el Consejo de Estado, reconoce la imposibilidad de medición y tasación, razón por la cual solo se limitó en sentencias del 28 de agosto de 2014 a extender la presunción dependiendo de ciertos grados de parentesco y afinidad, pero ello basado a partir de una calificación de pérdida de capacidad del directamente lesionado, o de la gravedad o levedad de la lesión, para posteriormente asignar en equivalencia un porcentaje a las demás víctimas, por lo que es evidente que el Tribunal de Cierre de la jurisdicción no contempló en realidad el perjuicio moral de las víctimas de rebote o indirectas respecto al dolor que estas padecen, sino que sólo asimiló un porcentaje con relación a lo que se determine para la víctima directa, es decir, fue a esta a la que estableció como medida del perjuicio denominando daño moral. Para sustentar lo anterior, de la jurisprudencia como relevante se extrae que para la calificación:

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 estas se hallen respecto del lesionado. (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 31172, 2014).

En cuanto al perjuicio moral derivado de las lesiones personales, desde la unificación del 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado estableció su posición en cuanto a que “*su reconocimiento se efectuaría dependiendo de la gravedad de la lesión y del grado de parentesco o de cercanía que cada uno de los demandantes tuviera con la persona lesionada*”; no obstante, continua la providencia, “*en casos excepcionales, dicha indemnización podría incrementarse hasta tres veces si se demuestra una mayor intensidad y gravedad del perjuicio moral ocasionado*” (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 51162, 2019).

Presunción en los Perjuicios Morales derivados de la Privación Injusta de la Libertad

En lo que a la privación injusta de la libertad trata, según la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), M.P. Hernán Andrade Rincón, por las reglas de la experiencia se presume la misma intensidad de dolor a los padres, cónyuge o compañero permanente, e hijos de la víctima directa con relación a quien fue finalmente privado de la libertad. Lo cual también encuentra reproches y en su momento se pretende sustentar, ya que “*el dolor es imposible medirlo con patrones objetivos, por ser en esencia subjetivo*” (Henaó, 1998, p. 231), por lo cual no se puede extender la presunción (criterio subjetivo) a quienes no asumen tal situación en los mismos parámetros, es decir, se extiende mediante presunción conceptos de carácter subjetivo (dolor), a partir de una presunción estructura en un hecho que si bien objetivo (parentesco), no cumple con otro hecho objetivo (privación de la libertad), poniéndolos en un plano de igualdad ante el perjuicios.

Por otro lado, la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), se reiteró lo dicho por la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a que en los casos de privación injusta de la libertad la víctima directa tiene derecho al reconocimiento de perjuicios morales, ya que dicha situación causa desesperación, angustia y dolor, y que por las reglas de la experiencia se hace extensiva la misma intensidad de dolor a los padres, cónyuge o compañero permanente, e hijos de la víctima directa. Así que con solo probar el parentesco o aportando el registro civil o el de matrimonio, se presume el dolor y aplica el reconocimiento del perjuicio moral como indemnización. La liquidación de este perjuicio, varía dependiendo del grado de consanguinidad, o si es un tercero; y con relación al tiempo en que estuvo la víctima directa privada de la libertad.

Debe tenerse presente que las hipótesis que se contempla por la Ley 270 de 1996, como circunstancias de responsabilidad por fallas en la administración de justicia, no todas conllevan una misma valoración o tasación, mucho menos en todas opera la presunción de daño, perjuicio y legitimación. En este sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 19 de marzo de 2021, expediente 55713, al definir una controversia, precisó que al tratarse de un error judicial “

...no obra elemento de prueba alguno para acreditarlo, por tanto, se impone concluir que no se demostró la afectación moral, situación que no es susceptible de presunción, sino que requiere ser acreditada en el proceso, debido a que no se está ante un caso de privación injusta de la libertad, lo

que impide acudir a la presunción jurisprudencial sobre la afectación moral, pues esta se restringe a los casos cuya fuente del daño es la privación injusta de la libertad.

En igual sentido, cuando la privación de la libertad no ocurre mediante la imposición efectiva de una retención física en centros carcelarios, el Consejo de Estado también ha expuesto la necesidad de hacer esta distinción y con ello modificar los porcentajes o equivalentes en salarios a reconocer como compensación por perjuicios morales.

En este sentido, por ejemplo, el Consejo de Estado precisó que *“en virtud de las diferencias existentes entre la privación física y la restricción jurídica de la libertad, esta Subsección sostuvo que la indemnización de perjuicios morales a quienes fueron objeto de una privación jurídica, desde el punto de vista pecuniario, no puede ser idéntica a la que se le reconoce a quienes sí padecieron una restricción física de su libertad en un centro de reclusión”* (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 43787, 2017). En esta providencia y con fundamento en posición reiterada, afirmó que el quantum de la indemnización correspondería a un 30%.

Así mismo, continuando con la línea argumentativa dirigida a diferenciar los montos a reconocer con relación directa y dependiente del tipo de medida que se impuso, en la sentencia que se viene comentando el alto tribunal explicó que

...en los casos en los que concurren diferentes medidas preventivas, como lo son la privación física de la libertad, la detención domiciliaria o la libertad provisional durante el período de tiempo en que se haya producido la privación injusta de la libertad, se deberá cuantificar de manera separada cada lapso, esto, con el fin de determinar de manera exacta la indemnización que corresponda a cada víctima por concepto de perjuicios morales (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 43787, 2017).

Ya de manera más concreta, en sentencia del 23 de abril de 2021, el Consejo de Estado advirtió:

Así mismo, resulta necesario precisar que para la tasación de la indemnización por concepto de perjuicios morales se debe considerar qué tipo de medida afectó a la víctima, esto es, si se trató de una privación de la libertad en establecimiento carcelario, detención domiciliaria o si se le impuso una privación jurídica de la libertad, pues la indemnización a reconocer frente a una persona que ha sufrido una privación injusta de su libertad en establecimiento carcelario no debe ser la misma que se le reconozca a quien no padece allí la restricción de su libertad (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 49503, 2021).

De otro lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado también ha dispuesto que los baremos de equivalencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes que corresponden reconocer para la compensación o reparación del perjuicio moral, es procedente de manera proporcional al tiempo efectivo de reclusión, por lo que no se asumen los máximos de cada nivel, sino que este aplica dependiendo del tiempo en que se cumplió la restricción física, siendo así dispuso que:

el juez debe tasar la indemnización de manera que el tope corresponda al último día del rango determinado en la tabla. Así, hay un tope de 15 SMLMV para el primer rango que incluye las privaciones que duran máximo un mes. En ese caso, en consecuencia, la persona que es privada de la libertad por 30 días, recibe 15 SMLMV, y la que dura privada de la libertad un día recibe 0.5

SMLMV como indemnización por su daño moral (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 44996, 2021).

Las Presunciones en el Perjuicio Inmaterial de Daño a la Salud

El daño a la salud como perjuicio autónomo, fue un concepto que vino desarrollándose de manera más clara conceptualmente hablando desde el año 2011 y con este se buscó dar una identidad propia de ciertos efectos del daño, pretendiendo superar de esta forma la terminológica un poco más amplia y difusa como eran los conceptos de daño a la vida de relación y la alteración a las condiciones de existencia.

Doctrinantes como Ramiro Saavedra advierten que el daño a la salud es un perjuicio autónomo que pretende reparar el denominado daño evento o lesión propiamente dicha, por cuanto *“el daño corporal es un perjuicio personal que se configura con una naturaleza no patrimonial que recae en la esfera del propio cuerpo, es decir, el daño a la integridad física y psíquica”* (2018, p. 1939).

No se puede olvidar que, si bien lo relevante en el perjuicio daño a la salud es la lesión psicológica o física, a tal punto que es el factor determinante para su valoración en las sentencias del 28 de agosto de 2014 que tratan el tema. No cabe duda que sus consecuencias y secuelas son esenciales para su tasación, como se desprende de las mismas providencias, por lo que se tiene que el perjuicio, si bien *“deriva de la lesión de uno de los derechos de la personalidad -integridad física-”* (Saavedra, 2018, p. 1939), lo cierto es que también su proyección y exteriorización llevan a determinar en gran parte su tasación (Saavedra, 2018, p. 1948).

En lo que tiene que ver con este perjuicio, se afirma por la doctrina que es simplemente la adopción de los perjuicios de alteración a las condiciones de existencia y el daño a la vida de relación en una de sus esferas, teniendo como efecto práctico que se desconozca otros temas o ámbitos, lo que no permite la materialización de la reparación integral del perjuicio, por lo que es *“inequitativo ya que pretende indemnizar cada alteración funcional de una manera estándar sin atender al ámbito social del afectado en armonía con la dignidad humana”* (Saavedra, 2018, p. 1938).

Por su parte, Santofimio Gamboa (2017, p. 793) comenta que el perjuicio daño a la salud, exige el examen de dos cuestiones: *“que se trate de atentados o lesiones a la integridad psicofísica de la persona”*, lo que lleva nuevamente a la valoración del daño evento, fundamentando esto en los principios de la dignidad humana, igualdad, libertad y solidaridad, como daños no patrimoniales; y a su vez, su relación estricta con *“manifestaciones de un bien jurídico constitucionalmente reconocido”* como es el de la salud.

El trabajo de ratificación y conceptualización realizado en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, es compartido por amplio sector de la doctrina, indicando por ejemplo Diana Rueda (2015, p. 182 a 203) al decir que se unificó la indemnización de manera objetiva con respecto al daño cuando es por una lesión corporal, distinguiendo en que se indemniza tanto la lesión funcional o corporal, pero también las consecuencias que se desprendan del primero (aspecto subjetivo), por lo que partiendo de un criterio objetivo como lo es la lesión y más allá de

ello, su cuantificación de pérdida de capacidad laboral, asociado con criterios subjetivos y los razonamientos judiciales, se establece más que la simple presunción del perjuicio, su cuantificación.

La sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 05001-23-31-000-1997-01172-01(31170), M.P. Enrique Gil Botero, unificó la jurisprudencia en materia del daño a la salud, reiterando lo expuesto en las sentencias de septiembre de 2011, exps. 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) y 05001-23-31-000-2007-00139-01 (38222), donde la indemnización varía entre 10 a 100 SMLMV y con reconocimiento exclusivamente para la víctima directa, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de la lesión.

Se precisa que con la sentencia del 28 de agosto de 2014 con Exp. 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804), M.P. Stella Conto Diaz del Castillo, se dio una evolución a dicha categoría de perjuicio inmaterial y se amplió dicho concepto. Se estableció en esta providencia, que independientemente del tipo de la gravedad o levedad de la lesión o su duración (secuela temporal o permanente), se debía indemnizar a la víctima directa ya que esta no estaba obligada a soportar el daño a la salud; sea reversible o no, lo que se busca es el bienestar psicofísico del individuo. Sobre los perjuicios morales indicó que como ha señalado la jurisprudencia el daño no se repara, sino que se compensa como indemnización, bajo el principio de equidad y soportada en los medios probatorios.

En la sentencia Exp. 25000-23-26-000-2000-00340-01(28832), M.P. Danilo Rojas Betancourth, por su parte se unificó la jurisprudencia en cuanto a la indemnización del daño a la salud cuando la lesión es temporal, tomando como referente el monto máximo que se otorgaría en caso de ser permanente y a partir de allí tasarlo teniendo en cuenta el tiempo que duró la lesión. Y en cuanto al daño a la salud, estipuló que el monto para la reparación es entre 10 a 100 SMMLV, pero dependiendo de la gravedad de la lesión se puede aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que sus razonamientos y motivos no se hayan tenido en cuenta para reconocer mayores sumas en otros perjuicios.

Sin embargo, también la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el daño a la salud como derecho autónomo en sí mismo protegido por el ordenamiento jurídico y objeto de indemnización, por lo que más que repararse las consecuencias de su vulneración propiamente dicho a partir de lesiones corporales, desde esta otra perspectiva, lo que se busca indemnizar es la salud como derecho autónomo y con ello, a efectos de no incurrir en una nueva proliferación de perjuicios inmateriales, se entiende que este se valoraría y reconocería a partir del denominado daño o vulneración de otros derechos o bienes constitucional o convencionalmente protegidos.

En este sentido, por ejemplo, en sentencia del 10 de septiembre de 2020, dentro del expediente 47873, el Consejo de Estado sostuvo:

De manera similar a como lo esgrimió el Tribunal de primera instancia, esta Subsección considera que el retardo injustificado en la práctica de los exámenes diagnósticos prescritos a la señora Cuartas

Pérez, aunado a la no realización por parte del Instituto de Seguros Sociales de la cirugía de revascularización, además de constituir fallas en el servicio, también pudieron generar una lesión autónoma a su derecho a la correcta, oportuna y eficaz atención en salud.

En otros términos, las falencias descritas, aunque no tienen relación causal con la muerte de la paciente sí configurarían por sí mismas una lesión autónoma, independiente de su fallecimiento, que consiste en la afectación a su derecho protegido en el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia. Respecto a las consecuencias de una deficiente prestación del servicio de salud, la Subsección B de esta Sección ha considerado:

(...)

Ahora bien, aunque este cuerpo colegiado en el fallo transcrito reconoció la reparación correspondiente a los familiares del fallecido por medio de un perjuicio moral, tal como fue solicitado en la demanda objeto de estudio, la Subsección debe poner de presente que en 2014, la Sala Plena de la Sección Tercera unificó su jurisprudencia en lo concerniente a los elementos constitutivos del perjuicio inmaterial autónomo derivado vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados (...).

En conclusión, se tiene que el perjuicio denominado daño a la salud, por tratarse de un derecho personal- la salud – solo es objeto de indemnización para el directamente afectado o víctima directa, sin que se extienda su posibilidad de reparación a terceros y partiendo de un criterio objetivo de valoración de la lesión, para establecer con elementos subjetivos la cuantificación de la indemnización, ya que esta en la jurisprudencia del Consejo de Estado se definió a partir de la posibilidad del *arbitrio iuris*, para lo que el juez puede contar con un criterio objetivo y prueba directa como es la calificación de la pérdida de la capacidad laboral o a falta de esta, las variables que el fallador encuentre relevantes, para lo que el Consejo de Estado a modo de ejemplo expuso una serie de criterios o variables a valorar en el caso concreto. (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 31172, 2014).

Las Presunciones en el Perjuicio Inmaterial del Daño o Afectación Grave a Derechos y Bienes Constitucional y Convencionales

El denominado perjuicio a otros intereses constitucionales o convencionalmente protegidos, busca la protección y reparación de otros derechos amparados tanto en la constitución de 1991, como en convenciones ratificadas por Colombia entre ellas la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en 1969, por lo que “*esta tipología busca reparar son aquellos daños que nada tienen que ver con la integridad psicofísica de la persona, sino con otras esferas de importancia jurídica*” (Saavedra, 2018, p. 1954 - 1955).

Tratándose del denominado perjuicio de la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, este fue expuesto en un primer momento en las sentencias del 14 de septiembre de 2011, encontrando mayor concreción y claridad en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, expedientes 32988 y 26251, en las cuales el Consejo de Estado desarrolló sus principales características, las cuales al paso de los años han sido expuestas y clarificadas por la doctrina y la jurisprudencia de esa misma corporación.

A manera de ilustración sobre el tema, en sentencia del 19 de marzo de 2021, expediente 55713, el Consejo de Estado recordó que el perjuicio “*se reconocerán siempre y cuando su*

concreción se encuentre acreditada en el proceso y se precise su reparación integral, teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos”, exponiendo como características de este:

- 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 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, puesto que no pende 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, dado 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 (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 55713, 2021).

Respecto a la forma de reparación, se adoptó medidas especiales de satisfacción que privilegia métodos no pecuniarios, pero en casos excepcionales y que no sea posible, será aceptada la medida pecuniaria a modo de compensación por suma de hasta 100 SMLMV, exclusivamente para la víctima directa, en este sentido indico el Consejo de Estado:

Asimismo, que de encontrarse acreditada la afectación, se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias en favor de la víctima directa y su núcleo familiar más cercano (cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad, según la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”) (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 55713, 2021).

Igualmente, en casos excepcionales, de manera motivada y proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral, es posible otorgar una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 53852, 2018).

De las características expuestas, se concluye que se trata de un perjuicio inmaterial autónomo, cuyo fuente o sustento es la vulneración o afectación grave a derechos constitucional o convencionalmente protegidos y que este derecho, así como su afectación, sea de tal relevancia que reclamen su reconocimiento, incluso procediendo de oficio, pero teniendo un carácter residual, por lo que sostuvo la jurisprudencia que *“es una categoría de perjuicio inmaterial y autónoma, cuyo reconocimiento procede de oficio o a solicitud de parte, y que opera como una categoría*

residual para la reparación de los perjuicios ocasionados por un daño antijurídico” (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 57536, 2020).

Ahora bien, respecto al perjuicio de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados ha dejado clara la jurisprudencia del Consejo de Estado que este perjuicio se presenta como una tercera tipología autónoma de los perjuicios inmateriales, que buscan superar las artificiosas denominaciones que tiempo atrás se sostenían, para reconocer un perjuicio que se dirige a la compensación de *“alteraciones que perjudican la calidad de vida de las personas -fuera de los daños corporales o daño a la salud-”* (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 52491, 2019), perjuicio que se afirma no permite las presunciones y además no es imputable por cualquier conducta, por lo que su reconocimiento se da *“siempre y cuando su concreción se encuentre acreditada dentro del proceso y su reparación integral se hará teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos”* (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 48723, 2020).

Téngase en cuenta que la calificación del perjuicio como relevante y grave, lo enmarcó inicialmente dentro del escenario de la violación grave a los derechos humanos, por lo que se ha dicho que las

medidas de reparación integral operarán 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 (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 44220, 2017).

Se considera que en ciertas ocasiones el perjuicio en este acápite tratado se lleva incluso a temas de presunción, la cual es posible de controvertir, por lo que, en algunos casos, como en la sentencia del 3 de octubre de 2019, expediente 52491, el Consejo de Estado estableció que dada la publicidad que se dio en medios de comunicación de la captura y privación de una persona, esta resultó agraviada en su buen nombre, lo que daba el derecho a ser reparada.

En otro momento, se consideró que la imagen del demandante no se encontraba afectada y que aún conservaba dentro de su comunidad el buen nombre e imagen, por lo que a falta de prueba que desvirtuara esto, incluso teniendo en cuenta que por el contrario los testimonios dieron cuenta de que *“es respetado en el resguardo indígena al que pertenece y que la relación con la comunidad es muy buena, “todo el mundo lo aprecia”*”, lo que llevó a negar las pretensiones de la demanda respecto al perjuicio de derechos convencionales y constitucionales por la posible afectación al buen nombre (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 50395, 2020).

En otra ocasión, el Consejo de Estado no accedió al reconocimiento y reparación del perjuicio, al considerar que por tratarse de una persona comerciante, su buen nombre estaba relacionada con su imagen comercial, la que no resultó afectada, por cuanto los argumentos estaban dirigidos a alegar más la afectación de la imagen del establecimiento del comercio, lo que corresponde al *good will*, el cual no se acreditó afectado o con disminución de ingresos por tal motivo, situación que en consecuencia llevó a negar el reconocimiento del perjuicio de manera autónoma (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 57536, 2020).

En otra oportunidad, pese a la ausencia de publicidad, sin prueba alguna de los efectos o perjuicios causados, el Consejo de Estado reconoció la afectación de los derechos de “dignidad humana, en su honra, buen nombre y habeas data”, como un perjuicio autónomo -daño a bienes o derechos constitucionales y convencionales-, argumentando que se presentaba “craso error de la entidad estatal al identificarlo y condenarlo indebidamente dentro de un proceso penal, en el que, como se vio, podía constatar realmente su identidad, pero no esto no ocurrió”, reconociendo como medida restaurativa la suma de 20 SMLMV, pese a que el tema se trató finalmente de un error judicial y no se dio por lo menos, la privación de la libertad (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 55713, 2020).

Es claro entonces que aunque no operen las presunciones dentro del perjuicio inmaterial que trata de resarcir otros bienes o derechos constitucionales o convencionales, lo cierto es que en ciertas ocasiones esta se aplica, incluso con la calificación que hace el juez de grave, de oficio no solo se declara el perjuicio sino que se establecen al arbitrio las medidas de satisfacción o reparación que se consideren, manifestando la jurisprudencia en casos como la violación de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, que la obligación del Estado de reparar surge de los “*diferentes instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que prevalecen en el orden interno, y también de otros instrumentos de derecho internacional*” (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 52979, 2020).

Ahora, la relevancia del derecho evidentemente parte de la gravedad de los hechos y del derecho mismo que se ampara, por lo que se ha actuado aún de oficio y con la presunción, cuando se trate de situaciones relacionados con la violación de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, como en el caso del homicidio de un civil, el cual fue presentado como una baja en combate, que posteriormente el Consejo de Estado clasificó de una ejecución extrajudicial y respecto al derecho de la reparación dijo:

Lo anterior, procede, porque se constató en el juicio de responsabilidad del Estado la ocurrencia de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes constitucionales y convencionales constitutivas de daños en relación los derechos humanos a la vida (por cuanto la víctima fue asesinada), y al buen nombre, (en tanto que fue reportado como una baja guerrillera y era miembro de la población civil), tal como quedó acreditado; en estos casos, surge la obligación de reparar integralmente el daño en virtud de las obligaciones internacionales que tienen justificación jurídica en los diferentes instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que prevalecen en el orden interno, y también de otros instrumentos de derecho internacional que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante –razón por la cual se los denomina “*derecho blando*” o “*softlaw*”–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “*una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general*” y sirven como “*criterios auxiliar es de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos*”. (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 52979, 2020).

En otros escenarios como el de la privación de la libertad sostuvo el Consejo de Estado (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 39516, 2021), tras la liberación de la persona recluida, se reconoció la afectación del buen nombre y como medida restaurativa se ordenó a la entidad “que ofrezca disculpas a nombre del Estado colombiano por el daño antijurídico que les causó por haberlos privado injustamente de su libertad” (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 39516, 2021) y para ello, definió en otra providencia, pero en la misma línea de la citada, en busca de asegurar que la medida de reparación sea concertada “*la entidad demandada deberá*

coordinar con el aquí demandante si es suficiente con que el documento le sea entregado personalmente a él o si, además, debe publicarse en las plataformas de comunicación y difusión de la entidad” (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 49895, 2020).

Como punto importante por aclarar y con el fin de no se considerar que es posible el reconocimiento de indemnizaciones o pagos de sumas a víctimas diferentes a las de rebote, alegando daños excepcionales o bajo la tesis del ius hereditario, se debe tener en cuenta que las medidas de indemnización o reparatorias económicas, exclusivamente y de manera excepcional, son reconocibles a las víctimas directas y esta tiene un exclusivo fin de reparar a esa víctima, por lo que si no es posible que sea esta la receptora y que disfrute de ella, la misma se hace improcedente.

Ilustra lo expuesto la sentencia del 10 de septiembre de 2020, expediente 47873, en la que el Consejo de Estado sostuvo:

A partir del criterio adoptado por la Sala Plena de esta Sección, la Subsección concluye entonces que la deficiente prestación del servicio de salud brindada a la señora Cuartas Pérez constituyó una lesión a uno de sus derechos constitucional y convencionalmente amparados que hacen que, en principio, el Instituto de Seguros Sociales debiera responder y, en consecuencia, tuviera que resarcir dicho daño autónomo, independiente y diferente del deceso de aquella con una medida no pecuniaria para el restablecimiento del derecho conculcado.

No obstante, como se mencionó, en el caso concreto la Subsección estima que no hay lugar a proferir condena alguna por la afectación al bien constitucionalmente protegido de acceso y debida atención en salud de la ciudadana Cuartas Pérez, por cuanto la medida no pecuniaria que podría ordenarse en forma alguna reestablecería el derecho de esta y, además, la entidad que tendría a cargo su atención en la actualidad se encuentra liquidada y, por ende, ya no presta servicios de salud.

(...)

De los parámetros anteriormente reseñados puede establecerse que, en el caso concreto, el derecho vulnerado -acceso y debida atención en salud- no puede ser restablecido o restituido a la víctima directa de la lesión, toda vez que la misma falleció en el año 2000. En consonancia, se concluye que el resarcimiento no pecuniario y las medidas de reparación integral contempladas en la jurisprudencia contenciosa administrativa carecen de utilidad en este evento, por cuanto la institución que transgredió el derecho convencional y constitucionalmente amparado -Instituto de Seguros Sociales- se encuentra extinta en la actualidad.

Las medidas de reparación y satisfacción que se privilegian son las no monetarias o pecuniarias, correspondiendo en general para *“el restablecimiento del ejercicio de sus derechos y la adopción de medidas de garantías de verdad, justicia y reparación, así como, aquellas reconocidas en el derecho internacional, relativas a: i) restituir; ii) indemnizar; iii) rehabilitar; iv) satisfacer; y, v) adoptar garantías de no repetición, atendiendo a la relevancia de los derechos conculcados y a la gravedad de su afectación en cada situación fáctica particular”* (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 57536, 2020).

Conclusiones del Capítulo

La falta de concreción y la cantidad de perjuicios inmateriales que se presentaba en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, llevó a que en un primer momento se buscara una definición de la tipología de perjuicios inmateriales, presentándose en el 2011, tres tipos exclusivos de perjuicios, el históricamente reconocido daño moral, la redefinición del daño fisiológico en el daño a la salud, y el que abarcara la afectación a otros bienes de relevancia constitucional y convencional, lo que tuvo acogida y fue finalmente adoptada como criterio unificador en las sentencias del 28 de agosto de 2014.

En lo que tiene que ver al perjuicio moral, las sentencias del 28 de agosto de 2014, abordaron el tema desde tres escenarios, el que deriva de la muerte, donde se reconoció la aplicación de la presunción y el monto máximo de 100 SMLMV para los parientes en primer grado de consanguinidad y cónyuge o compañero/a permanente, descendiendo el equivalente salarial dependiendo de la proximidad del vínculo, siendo solo necesario para el primer grupo, acreditar el parentesco a efectos de que surja la presunción.

Las sentencias del 28 de agosto de 2014, igualmente abordaron y unificaron criterios respecto al perjuicio moral con relación a las lesiones personales, estableciendo la posibilidad de su reconocimiento tanto a las víctimas directas como a las indirectas o de rebote, estableciéndose que la gravedad o levedad de la lesión no era factor para el reconocimiento de la existencia del perjuicio, pero si para su tasación. Las sentencias de otro lado, dejaron como guía y punto de referencia para la tasación del perjuicio, su relación directa con la pérdida de la capacidad laboral, por lo que, tal como se comenta del daño a la salud, dicha calificación se torna relevante para la definición del monto a indemnizar.

La privación injusta de la libertad también fue objeto de pronunciamiento, llevando por el simple parentesco a una equivalencia o calificación de igualdad del perjuicio entre el privado de la libertad y su núcleo familiar más cercano, siendo el tope máximo el de 100 SMLMV, correspondiendo una tasación proporcional dependiendo del tiempo de reclusión y la cercanía de la víctima al privado de la libertad. También se ha desarrollado por la jurisprudencia, que el porcentaje y equivalente de la indemnización se hace de manera proporcional teniendo en cuenta el tipo de medida de restricción del derecho a la libertad, así como el del tiempo en que efectivamente se cumplió la pena.

Respecto al daño a la salud, se reiteró su autonomía como perjuicio y aclaró su concepto, indicando que este se reconoce exclusivamente a la llamada víctima directa o directo lesionado, estableciéndose en su mayor grado una indemnización de 100 SMLMV y excepcionalmente, atendiendo a la gravedad, es posible reconocer hasta 400 SLMV, procediéndose a cuantificar con base en el porcentaje de la pérdida efectiva de la capacidad laboral, por lo que, si bien no estableció esta como tarifa legal de prueba, es evidente su necesidad y vinculante resultado, situación que no obsta para que se resuelva con otras pruebas y proceda el juez ante la ausencia de esta calificación, a determinar con otros factores la suma a reconocer.

Finalmente, se avanzó en el reconocimiento de los tratados internacionales y su fuerza vinculante en Colombia, para establecer una tercera tipología de perjuicios inmateriales sustentado en la violación o lesión a otros bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados,

daño que debe ser grave y relevante desde el punto de vista jurídico para su reparación, dándose prioridad a medidas restaurativas no pecuniarias, pero con la posibilidad, en casos excepcionales y no siendo procedentes estas, que se reconozca 100 SMLMV, exclusivamente a la víctima directa.

CAPÍTULO III

Crítica a la Técnica de las Presunciones en Materia de Perjuicios Inmateriales Aplicada por el Consejo de Estado

Como punto final, se quiere dejar nota personal en cuanto al criterio que se comparte con varios autores sobre la inadecuada utilización de las presunciones en materia de reconocimiento de perjuicios inmateriales en la jurisdicción contenciosa administrativa. Por una parte, tal como lo manifiesta Javier Tamayo (2007, p. 807 - 811), el problema del perjuicio moral no está en probar su existencia o incluso dimensión, sino su cuantía, por lo que si el problema es la tasación del perjuicio, esta efectivamente debe atender a unos criterios objetivos preestablecidos, tal como se expuso en la tabla de baremos desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, siendo otro el tema la prueba de la existencia del perjuicio y su legitimación.

En este sentido, se considera que esta tesis de la presunción ha llevado al aligeramiento absoluto de la prueba, afectando las cargas probatorias e incurriendo en injusto de uno y otro lado, por cuanto el relajamiento de los litigantes lleva a que personas que no se encuentran en relación estrecha de parentesco, pero con una estrecha comunidad de vida, no se vean realmente resarcida, mientras que otras, pese a la ausencia absoluta de convivencia, apoyo y afecto, por el simple hecho del parentesco acceden a dicha indemnización, lo que ha possibilitado incluso pagos injustificados, manifestando el anunciado comentarista que por *“desgracia, tal doctrina ha venido a favorecer el enriquecimiento injustificado de unos y a causar el empobrecimiento de otros, que se ven obligados a indemnizar un daño que muchas veces no existe, o que no han ocasionado”* (Tamayo, 2007, p. 807).

En consecuencia, si bien es necesario dada la imposibilidad de medir y tasar el perjuicio moral, lo que lo ubica en el concepto de un perjuicio compensatorio, debiendo utilizar los fallos en equidad y el arbitrio iuris (Tamayo, 2007, p. 821 - 822), lo cierto es que la prueba de la existencia o causación del perjuicio moral no es imposible, cosa diferente es que no sea posible cuantificarlo, pero como lo afirma Tamayo (2007, p. 811) que se ha *“caído, pues, en el caos, por no querer admitir que los demandantes pueden y deben perfectamente establecer cuál era el grado de afecto real que tenían con la víctima fallecida”*.

Por tanto, hablar de presunciones en el daño moral no solo es innecesario sino contradictorio, ya que en palabras del reconocido tratadista Javier Tamayo:

el daño moral es demostrable y entonces la presunción es innecesaria, o es indemostrable y por tanto es inútil decir que el demandado puede desvirtuarla”; por tal razón, siendo coherentes con la

posibilidad de desvirtuar, “el demandante sí puede demostrar la existencia del daño moral sufrido. Más aún, es más fácil demostrar la existencia del daño que su inexistencia, pues el demandante posee mayores elementos de prueba que el demandado” (Tamayo, 2007, p. 811)

Tema que no solo tiene una coherencia práctica, sino además respaldo en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 y no va en contravía, como se expondrá en su oportunidad, con la técnica de las presunciones y lo establecido por el legislador.

De la lectura del artículo 66 del Código Civil se extrae que la presunción recae exclusivamente sobre los hechos, siempre que estos se deduzcan de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, por lo que, en materia probatoria, la Ley 1564 de 2012, artículo 166, exige para que nazca la presunción que “*los hechos en que se funden estén debidamente probados*” (Ley 1564, 2012, art. 166), por lo que reprocha un sector de la doctrina que con la simple prueba del parentesco se pretenda sustentar la presunción del perjuicio moral, toda vez que este en realidad es solo la prueba del vínculo jurídico, siendo por tanto, en el escenario de los indicios un indicio contingente, toda vez que el perjuicio moral en realidad no encuentra una relación directa e inmediata propiamente dicho con el parentesco sino con el fuero interno y la relación afectiva.

Por ejemplo, al respecto sostiene Martínez que

el daño moral envuelve un impacto emocional negativo para quien lo sufre, mientras que el parentesco o estatus de cónyuge constituye prueba del vínculo jurídico que existe entre dos personas, pero no necesariamente plantea una relación de afecto entre los mismos del cual pudiese desprenderse un impacto emocional a cargo del perjudicado indirecto (2018, p. 195).

Y en ese mismo sentido, citando a Vergara, se advierte que

en los casos de daño moral causado a los parientes, se lo dé por establecido sobre la base de suponer, por el solo hecho del vínculo de parentesco, la existencia del afecto y de la unidad familiar entre la víctima y las personas que reclaman la indemnización. Esto es del todo improcedente, ya que tal suposición es ficticia (2000, p. 71, en Martínez, 2018, p. 195).

Es tan válido el reproche que se hace a la construcción jurisprudencial de las presunciones en los perjuicios morales para las denominadas víctimas indirectas, que el propio Consejo de Estado muestra en su desarrollo las impresiones que ahora se reclama, toda vez que lo que se logra advertir, es que la presunción la basa en otra presunción, es decir, no se parte en realidad de un hecho cierto y probado como antecedente de la presunción en los términos que exige los artículo 66 del Código Civil y el artículo 166 del Código General del Proceso, sino que se sustenta en otra presunción, ya que la prueba del parentesco o la relación filial, sirve para sustentar la presunción de afecto, amor, acompañamiento y otros, para después de estructurar esta presunción, basar la del perjuicio moral.

Para ilustrar lo anterior, por ejemplo, el Consejo de Estado en la sentencia exp. 68001-23-31-000-2010-00597-01(48110), M.P. María Adriana Marín del 4 de marzo de 2019, sostuvo:

Así las cosas, dado que en el caso objeto de estudio no es posible evidenciar las características que identifican la relación de familiaridad entre hermanos, como son el amor, la solidaridad, particularmente en situaciones como la que se encontraba el señor Gustavo ..., pues estaba privado de la libertad, sino que al contrario, mientras el señor Gustavo estuvo recluido no recibió visitas de ningún familiar y solo transcurrido más de dieciséis años, indagaron por su paradero, no es procedente el reconocimiento de los perjuicios morales deprecados (Sentencia Consejo de Estado, 48110, 2019).

Incluso en sentencia exp. 05001-23-31-000-1995-01541-01(17997), M.P. Enrique Gil Botero, del 2 de septiembre de 2009, se resalta con mayor precisión la necesidad de acreditar los lazos familiares, pues el Consejo de Estado sustentó que:

la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 17997, 2009).

Por todo lo anterior lo que se pretende entonces es lograr que se reconozca de manera no desigual, inequitativa e injusta, que personas ajenas a la relación consanguínea o filial con la víctima directa, es decir, las que están ubicadas en el nivel quinto (terceros no familiares) de la cuantificación de la indemnización de los perjuicios morales unificados por las sentencias del 28 de agosto de 2014, ya sea en caso de muerte, lesiones o en la privación injusta de la libertad, puedan ser indemnizadas con el monto del nivel 1 (padres, hijos, cónyuge) cuando demuestren la convivencia, actos de apoyo, vivencias y sentimientos con la víctima directa, siendo esta la prueba indicada para que nazca la presunción del perjuicio moral; y no por el simple hecho de no tener parentesco con la víctima lesionada no puedan obtener un porcentaje de indemnización más alto, que personas que, pese a no demostrar la convivencia, se les presuma y se les otorgue un monto de indemnización aún mayor, por el mero hecho de acreditar un vínculo jurídico, el parentesco.

Tanto así que la tabla de baremos para la cuantificación de la indemnización del perjuicio moral debería estar clasificada según la relación afectiva entre la víctima directa e indirecta, la cual no se limite únicamente al parentesco, ya que, en palabras de Tamayo, el parentesco es una situación jurídica de la cual no se puede derivar amor ni sentimientos (2018, p. 200).

Lo anterior encuentra justificación en la tesis que el dolor no se predica únicamente del simple parentesco o grado de cercanía, ya que es de amplio conocimiento que existen padres que abandonan a sus hijos o no tiene mayores grados de cercanía y relación con ellos, siendo en muchos casos forzados por la moral o por la ley a siniestrar apoyo económico, pero abandonando todo apoyo sentimental u acompañamiento, aserto que también se predica de otros tipos de parientes o incluso de cónyuges, así como es real también, que personas sin vínculo consanguíneo forjan relaciones afectivas más fuertes, como por ejemplo la de una cuidadora de un niño.

Como se pretende resaltar, existen personas con las que no se tiene un vínculo consanguíneo o de afinidad, siendo absolutamente nulo el parentesco, pero que brindan en varias facetas de la vida, apoyo, respaldo e incluso expresión de afecto que llevan a sustentar sentimientos personales de alta intensidad que se equiparan a los que sufren los consanguíneos, tal como se reconoció expresamente en la sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, por el Consejo de Estado y que en el 2013 se había sustentado al sostener el Consejo de Estado que:

En esa línea de pensamiento, la familia no depende inefablemente del matrimonio, sino que más allá de la existencia de un contrato o vínculo formal, nace de la decisión libre y voluntaria entre dos personas que de manera consciente asumen la existencia de lazos de solidaridad, apoyo, cariño, amor y convivencia que generan cohesión entre ellos, al grado que pueden procrear, adoptar o asumir la crianza de hijos o hijas para acogerlos dentro de la misma. (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 31252, 2013).

Se considera que adoptar la simple relación de consanguinidad o parentesco como hecho acreditante y base de la presunción del perjuicio, corresponde a una indebida aplicación de dicha técnica, ya que lo que genera realmente la creación de lazos y vínculos afectivos que ante su ruptura o la pérdida generan dolor y congoja entre otros sentimientos, es realmente la convivencia; en consecuencia, es la constante, permanente y estrecha relación, acompañamiento, compartir y creación de relaciones subjetivas, las que estructuran ese perjuicio, y lo más grave aún resulta la categoría de “tercero damnificado” creada por el Consejo de Estado y ubicada en la base de los baremos indemnizatorios, como de menor importancia y monto a reconocer.

Esta postura como se advierte no es ajena a la jurisprudencia del Consejo de Estado o a la razón, por cuanto siempre se ha sustentado que no es necesariamente requerida la relación filial o consanguínea, ya que se ha indemnizado al padre de crianza por el daño moral sufrido (Henao, 1998, p. 234), así como al hijo por la muerte de su padre o incluso, como de manera expresa se acepta por el Consejo de Estado, cuando reconoce la posibilidad de indemnizar y con ello la calidad de víctima de las personas con “*relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados)*”, a quienes ubica en un 5 nivel de víctima (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 31172, 2014).

También en cuanto a los perjuicios morales en el tema de lesiones personales se unificó la jurisprudencia entre la víctima directa e indirecta, con la sentencia Exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz, fijó unos niveles según el grado de gravedad o levedad de la lesión, presumiendo el dolor según los grados de consanguinidad, llegando a igualar el monto entre la víctima directa y los padres, cónyuge e hijos. Situación que no se comparte ya que no se puede igualar el dolor que sufre quien padece la lesión directamente a las personas ajenas a este, tal y como lo estipula (Tamayo, 2007, p. 957) cuando afirma “*que nadie está más afectado que la persona que sufre el daño*”.

Respecto a la privación injusta de la libertad, según la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149, M.P. Hernán Andrade Rincón, por las reglas de la experiencia se presume la misma intensidad de dolor a los padres, cónyuge o compañero permanente, e hijos de la víctima directa con relación a quien fue finalmente privado de la libertad. Lo cual también encuentra reproches y que en su momento se pretende sustentar, por cuanto se torna difícil medir

el dolor con patrones objetivos (Henaó, 1998, p. 231) respecto a quien padece una situación adversa, pero esto no significa que se extienda la presunción (criterio subjetivo) a quienes no asumen tal situación en los mismos parámetros, es decir, se extiende mediante presunción conceptos de carácter subjetivo (dolor), a partir de una presunción estructura en un hecho que si bien objetivo (parentesco), no cumple con otro hecho objetivo (privación de la libertad), poniéndolos en un plano de igualdad ante el perjuicio, que no son justificables.

Se está de acuerdo con la presunción del perjuicio moral en términos generales ya que es una herramienta válida de aligeramiento probatorio. En este sentido los doctrinantes han coincidido que hay que probar un hecho y a partir de ese hecho probado por razones de la lógica y de la experiencias surge una consecuencia, y en caso de perjuicio moral, por regla de la experiencia se puede entender que la madre sufre cuando fallece un hijo, esto no encuentra mayor discusión, aunque es posible desvirtuar dicha presunción, pero no se está de acuerdo con considerar por regla general que una madre sufre más -el doble en términos de la jurisprudencia- que el hermano, porque pueden darse eventos en que este sufra más por la convivencia, cercanía y apoyo.

No se puede olvidar que el dolor es un concepto de índole subjetivo y personalísimo, que conlleva a la evaluación del fuero interno y no propiamente es un concepto de exposición o demostración social, es decir, no sufre más o menos quien de ello haga mayor o menor expresión o sea su reacción el punto de partida para la definición de la gravedad del perjuicio o la intensidad del dolor; tengamos claro que cada persona sufre la pérdida de un familiar -ser querido- en su máxima expresión, como dice el doctrinante Tamayo (2007, p.1030) puede pasar que ante la muerte de una persona sufra más el sobrino que el propio hijo o hermano del que murió.

El mero hecho del parentesco no permitiría hablar de dolor porque hay hijos, padres, hermanos que se distancia desde muy jóvenes y no tienen buena relación; realmente lo que debe dar la presunción es la convivencia y la relación de afecto, tanto es así que el Consejo de Estado reconoce a personas que pese a no tener un parentesco, pero prueba la cercanía, relaciones íntimas y de afecto, les reconoce hasta en las mismas condiciones a quien tiene lasos de consanguinidad, tal como sucedió en la sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 18846, M.P. Enrique Gil Botero, donde se indemnizó al hijo de crianza, ya que se presumió el perjuicio moral debido a que acreditó por ejemplo a través de testigos la relación de afecto, lo que permitió inferir el dolor moral.

En muchas ocasiones el Consejo de Estado le ha reconocido indemnización a la compañera permanente (Tamayo, 2009, p.73), como ocurre en el tema de pensiones cuando se exige que, en caso de muerte del pensionado, la cónyuge o compañera permanente debe demostrar la convivencia de 5 años continuos antes de la muerte del pensionado (Ley 100, 1993, art. 47), por lo que la prueba de la convivencia y de la dependencia no resulta una prueba diabólica e imposible.

Se sustenta entonces el trabajo en que las presunciones en materia de perjuicios inmateriales en los términos de las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014 debe tener una redefinición y atender a la técnica de las misma, incluso a lo definido por el legislador, por lo que el hecho generador de la presunción debe partir de un criterio fáctico objetivo y probado, y en este sentido lo que se pretende desarrollar es que lo que se debe probar según las reglas de los artículos 66 del Código Civil y 166 del Código General del Proceso, debe ser la convivencia, la relación de cercanía y de afecto; además que no es en criterio de igualdad, asimilable el dolor que sufre la

victima directa con aquellos que son cercanos a él, denominados en algunas oportunidades como víctimas indirectas o de rebote.

El estudio del derecho de daños y los principios transversales a este, exigen una mayor técnica y decantación de los conceptos que a partir de este se estructuran, atendiendo entonces a esta exigencia, surge imperativo que se avance en el estudio del daño y se atiendan además de los derechos de la víctima que surgen a partir de principios de igualdad, solidaridad, equidad, justicia y reparación integral, tener en cuenta principios como el enriquecimiento sin causa, así como el fin último de la indemnización del daño y el principio de igualdad de los sujetos procesales y sus cargas.

No se discute que por lo general y con base en las reglas de la experiencia, la privación de la libertad eventualmente “*causa una afectación de índole moral, así como sentimientos de angustia, zozobra e incertidumbre, entre otros, tanto en la persona que sufre la detención, como en su núcleo familiar y afectivo*” (CE S3, 2021, Exp. 44996). Ahora bien, con lo que no se está de acuerdo, es con la afirmación que

la simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por padres, hijos, hermanos y compañeros permanentes en relación con una persona que fue privada de la libertad injustamente, resulta suficiente para inferir que tanto el peticionario como los integrantes de su familia han padecido el perjuicio moral por cuya reparación se demanda (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 50932, 2020).

La Prueba Indiciaria en Materia de Perjuicios Inmateriales

Se considera que la prueba de la presunción no es la herramienta o institución jurídica más apropiada, ya que aligera las cargas probatorias o como se pretende por la jurisprudencia del Consejo de Estado, evitar la inequidad de los fallos y limitar el acceso real y efectivo a la administración de justicia, así como el derecho de las víctimas a la reparación integral.

Por el contrario, la técnica de las presunciones en la mecánica empleada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, facilita que se incurra constantemente en fallos que no están acorde a la realidad, por un lado porque han dado lugar a reparar personas que siendo familiares realmente no son víctimas, obligando al Estado a reconocer perjuicios no existentes, desconociendo a quienes sufren un perjuicio moral incluso mayor a quien si ostenta la calidad de consanguíneo, no es realmente reparado, por no serle aplicable la presunción o ubicarse en menor grado de importancia de los familiares cercanos y limitando de entrada el quantum indemnizatorio.

Por lo anterior, más otras razones que fueron expuestas a lo largo de este trabajo, se considera que la técnica que debe aplicarse es la de los indicios, por cuanto no solo posibilita que los litigantes sustenten con mayor suficiencia la posibilidad del reconocimiento de perjuicios, en particular los morales y en cuantías superiores, más allá del simple parentesco, sino que le da, además de una herramienta, una carga de razonamiento y análisis mayor al juez para sustentar dichos reconocimientos o negarlos.

La prueba indiciaria incluso, no solo es la fórmula que muchos autores defienden para el reconocimiento de los perjuicios morales, sino que otros afirman que es esta realmente la que es emplea en la materia y está expuesta o disfrazada bajo la denominación de “*presunción de hombre*” (López B., 2015, p. 429).

Doctrinantes como Javier Tamayo (2007, p. 1039) aceptando la complejidad de probatorio respecto a la tasación y causalidad del perjuicio, sostienen que:

Ahora, como es casi imposible demostrar por los sentidos la causalidad física existente entre la muerte de la víctima directa y el daño sufrido por el tercer, este deberá aportar la prueba irrefragable de que su trastorno mental ha sido directamente causado por el fallecimiento de la víctima directa. Si cabe alguna duda al respecto, el fallo deberá ser absolutorio. Lógicamente, la sana crítica probatoria podrá llevar al juez a aceptar la plena prueba a partir de todos los indicios, peritazgos y demás pruebas allegadas al proceso. Como se ve, pues, el problema no es de legitimación para pedir la indemnización del perjuicio, sino más bien de prueba de la certidumbre del mismo y del nexo causal entre el hecho y el daño (2007, p. 1039).

Sin embargo, pese a la postura que acá se sostiene, debe también reconocerse que otros autores como el ex consejero Ramiro Saavedra (2018, p. 1976) afirman que los indicios realmente no son el medio probatorio más apropiado para probar o sustentar el perjuicio moral, a lo que se contrapone, que por lo menos los indicios son prueba y atienden a una específica técnica y elaboración judicial, no como es el caso de las presunciones, que carece del respaldo legislativo, no es prueba y que fueron construidas, para este caso, a manera de regulación general vía unificación jurisprudencial por el Consejo de Estado, lo que a su vez se resalta, también contradice el artículo 17 del Código Civil, que establece que 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*” (Ley 57, 1887, art. 17).

Ahora, en la práctica, la prueba indiciaria no resulta ni diabólica ni imposible, por lo que favorece la regulación de cargas probatorias del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 respecto al demandante, pero también da publicidad al demandado para que desvirtué y tenga certeza de qué hechos deben refutar para aniquilar la conclusión o la posibilidad de la condena; además, lleva a que el juez haga un mayor análisis y estudio para reconocer el perjuicio y su tasación, por cuanto no se limita a como es en la actualidad, a verificar si se aportó o no un registro civil de nacimiento o de matrimonio, sino que debe analizar las pruebas en su conjunto para llegar a la conclusión que corresponda, en los términos del artículo 243 de la Ley 1564 de 2012.

Teniendo en cuenta los anteriores comentarios, es evidente que el perjuicio moral no surge del parentesco, pues este no es prueba o consecuencia ni irrefutable, ni necesaria, ni directa de convivencia, ayuda y apoyo mutuo, colaboración, cariño, afecto y otros que se construyen con el paso del tiempo y con la convivencia, siendo estas vivencias y sentimientos las que realmente dan lugar a que se comparta o tenga empatía con otra persona o que en caso de su pérdida, se extrañe su ausencia y se elabore el llamado luto.

Por lo anterior, el hecho que da lugar al indicio -o si se quiere insistir a la presunción-, es indiscutiblemente esa convivencia, acompañamiento, apoyo, cariño, afecto, respaldo, asistencia, tiempo y claro está, como un hecho más, el parentesco, por lo que solo a manera de ejemplo ilustrativo, se podría tener como indicio grave el parentesco, pero a ello debe sumarse acreditar otra serie de conductas que no se tornan imposibles, incluso el testimonio retoma su relevancia probatoria.

Es tan evidente lo anterior, que incluso la jurisprudencia del Consejo de Estado incurre en un yerro conceptual al momento de sustentar la tesis de la presunción, ya que de un lado hace el ejercicio de fundar la misma en el simple hecho del parentesco, afirmando que con el registro civil se acredita el mismo, pero seguidamente cambia su razonamiento para abrir campo a la posibilidad de desvirtuarlo, por cuanto lo que se manifiesta es que para desvirtuar esa presunción, lo que se debe acreditar es la inexistencia de los elementos de convivencia, afecto, ayuda y apoyo mutuo, cariño, estima y demás.

Es decir, la jurisprudencia en el orden actual, no solo traslada la carga de la prueba de la parte demandante a la demandada, debiendo acreditar que no existían elementos subjetivos y personalismos en la relación, cuando se supone que es un sujeto ajeno a esa relación, desconocedor de la misma y en consecuencia con muchas más limitantes probatorias.

En concreto, mientras que al demandante para alegar y sustentar la presunción solo le basta con sacar y aportar copia del registro civil de nacimiento o de matrimonio, cuando es el vivo conocedor de su relación, de las experiencias compartidas, de las vivencias, del apoyo que dio o recibió, del acompañamiento mutuo y de las demás expresiones de afecto, teniendo consciencia de cómo probarlos, pues puede advertir quien los observaba, acompañaba en el día, los lugares que frecuentaron, los proyectos que se iniciaron, las cartas, los mensajes de textos, las llamadas, los emails, las fotos y videos donde se ven compartiendo, las obligaciones que adquirieron, los viajes realizados, entre muchas otras actividades, estas no le son requeridas.

En su lugar, el demandado, que obviamente no puede desvirtuar el parentesco el cual es solo básicamente un acto jurídico de registro, si está obligado a desvirtuar, contraprobando en realidad, sin conocimiento alguno, los anteriores conceptos de convivencia, apoyo y afecto, buscando a la deriva la prueba que desvirtuó la relación, el testigo creíble que afirme que no existía convivencia o se presentaron malos tratos, la confesión en el interrogatorio de parte o la demanda ejecutiva por alimentos, todo con el fin de realizar una efectiva defensa.

Conclusiones

Resulta de importante relevancia que se distinga con gran precisión y claridad los conceptos de daño y perjuicio en la responsabilidad extracontractual, teniendo en cuenta que al hablar del daño antijurídico, este es la consecuencia final o la calificación que se hace dentro del análisis de la responsabilidad del Estado para declarar la obligación de reparar, pues si el daño no logra la calificación de antijurídico no surge tal carga, razonamiento que no puede dejarse pasar de largo,

por cuanto el daño en sí mismo considerado no puede ser sustento exclusivo de la obligación de reparar.

Diferenciados los conceptos de daño y de perjuicio, es posible tener certeza de las cargas probatorias y las obligaciones de las partes en el proceso, por lo que el daño es un concepto jurídico fácilmente apreciable y demostrable, que en realidad no tiene que ser cuantificable, pero si ser cierto, personal y directo; por su parte, el perjuicio, como consecuencia de aquel, atiende a otra dinámica argumentativa y probatoria, lo que posibilita entender que según el concepto que se pide, es o no cuantificable, pero en todo caso también se espera que sea personal y directo por razones de la legitimación para reclamar, y en particular, el mismo atiende a posibilidad de presunciones, emplear la prueba indiciaria, la compensación o incluso fallo en equidad.

Las presunciones e indicios, si bien parten de similitudes sustanciales importantes, como que cada una nace de un hecho acreditado y con relevancia jurídica en el proceso, que se vincula a una consecuencia mediante un ejercicio de inferencia lógica, estas se distancian en que la presunción tiene como conclusión una definición o consecuencia legal, mientras que el indicio es conclusión del juez por regla general.

Es evidente, que la técnica de las presunciones empleadas por el Consejo de Estado históricamente, carecen de una verdadera técnica jurídica y que lo realmente apropiado es emplear los indicios como medios probatorios por excelencia para el reconocimiento de los perjuicios, en especial los inmateriales, correspondiendo su tasación o cuantificación a un ejercicio de reconocimiento por compensación o en equidad, frente al cual es procedente las fórmulas y cuadros de baremos empleados en las sentencias del 28 de agosto de 2014.

En el 2011 a partir de las sentencias de unificación del 14 de septiembre expedientes 19031 y 38222, el Consejo de Estado definió 3 tipologías de perjuicios inmateriales, estableciendo los conceptos de daño moral, daño a la salud y la vulneración de derechos y bienes constitucional y convencionalmente reconocidos, criterio que fue reiterado y precisado en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, pero que a su vez definieron objetivamente un cuadro de baremos equivalentes a los salarios mínimos mensuales vigentes a reconocer por compensación, teniendo como punto de partida variables o referentes fácticos identificables.

Respecto al perjuicio moral por fallecimiento, se estableció el monto máximo de 100 SMLMV para el primer grado de consanguinidad, sin más apreciaciones y el cual desciende a medida que la víctima se aparta del núcleo familiar o relación consanguínea. Similar criterio se impone para el reconocimiento del perjuicio moral por lesiones personales, solo que adicionalmente debe tenerse en cuenta la gravedad de la lesión, para lo cual se emplea la calificación de la pérdida de capacidad laboral, sin que esta constituya prueba con tarifa legal.

La privación injusta de la libertad, con relación a los perjuicios morales, tiene estrecha relación con el periodo de reclusión o privación de la libertad, pero además debe diferenciarse la calidad y condiciones de la medida, sin que sea procedente la aplicación de los equivalentes establecidos, sino que estos corresponden a un proceso de ponderación y promedio con relación al tiempo de la restricción.

Hablando del perjuicio daño a la salud, el mismo se presenta como un perjuicio autónomo que en este escenario se estructura a partir del daño corporal o mental -psicofísico- con secuelas cuya gravedad o levedad no se observará para el reconocimiento del perjuicio, sino para su tasación, estableciéndose que el mismo solo se reconoce a la víctima directa o lesionado, partiendo de una regla objetiva en cuanto al porcentaje de la pérdida de capacidad laboral y luego unos criterios subjetivos de valoración, cuanto de indemnización que por regla general y en su mayor extensión es de 100 SMLMV, pero en casos excepcionales podrá elevarse hasta 400 SMLMV.

El denominado perjuicio daño o afectación grave a derechos y bienes constitucionales y convencionales, llega a complementar el esquema de daños y en este se relaciona aquellos derechos que no son contemplados o reparados en el perjuicio daño a la salud o daño moral, presentándose exclusivamente como un perjuicio inmaterial autónomo, especial, excepcional y residual, estando enfocado al reconocimiento de la afectación de derechos amparados por la constitución y convenciones o instrumentos internacionales, prefiriéndose las medidas de reparación o satisfacción no pecuniarias, y en caso de estas no ser procedentes o suficientes, la posibilidad del reconocimiento de hasta 100 SMLMV exclusivamente para la víctima directa.

Finalmente se concluye este trabajo con la breve exposición y reproches a la técnica de las presunciones elaboradas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, acompañando el razonamiento de algunos autores de reconocimiento en el área de la responsabilidad, pero más aun con el señalamiento de algunas sentencias que incluso resultan contradictorias, para finalmente exponer la posibilidad de emplear con mejores resultados y mayor técnica, la prueba indiciaria como la alternativa probatoria para el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, tomando en esta oportunidad por ser la de mayor objeto de la presunción, el perjuicio moral.

Si bien el trabajo es un tema de actualidad y en constante construcción y debate, se considera que se logró avanzar en el análisis de los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como de exponer una serie de conceptos que estrechamente relacionados con el tema, permiten sustentar la posibilidad y necesidad de avanzar en el estudio. En lo personal, el aprendizaje fue grande y permitió un acercamiento bastante importante al estudio del derecho de daños y otras instituciones procesales -probatorias- de vital importancia en la formación profesional.

Referencias Bibliográficas

Álvarez Gómez, M. A. (2017). *Ensayos Sobre el Código General del Proceso. Medios Probatorios*, Volumen III. Editorial Temis S.A; Bogotá – Colombia.

Azula Camacho, J. (2015). *Manual de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, Tomo VI. Editorial Temis S.A; Bogotá – Colombia.

Cortés, E. (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, H. (1970) *Teoría General de la Prueba Judicial*, T I, Ediciones Víctor de Zabalía, Buenos Aires – Argentina.

Fernández Ospina (2008) Régimen General de las Obligaciones; Octava edición, Bogotá DC-Colombia.

García Vásquez, D. F. (2009) *Manual de Responsabilidad Civil y del Estado*. Librería Ediciones del Profesional Ltda, Primera edición; Bogotá D.C - Colombia.

Gaviria Cardona, A. (2020) *Estudios de responsabilidad civil*. T. I, Editorial Edafit; Medellín - Colombia.

Giacomette Ferrer, A. (2015). *Teoría General de la Prueba*. Tercera edición, Grupo Editorial Ibáñez; Bogotá – Colombia.

Gil Botero, E. (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Temis S.A; Bogotá-Colombia.

Henaó Pérez, J. C. (1998) *El daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*; Universidad Externado de Colombia. Bogotá DC – Colombia.

Hinestroza, F. (2015) Tratado de las Obligaciones II; Volumen I: El negocio jurídico. Universidad Externado de Colombia; p. 67

Navia, F. (2000) ¿Del daño moral al daño fisiológico, una evolución real? Ensayos de Derecho Privado No 4. Universidad Externado de Colombia; Bogotá DC – Colombia.

López Blanco, H. F. (2017). *Código General del Proceso. Pruebas*, Tomo 3. Dúpre Editores Ltda; Bogotá – Colombia.

Parra Quijano, J. (2002) *Manual de derecho probatorio, 13 edición*, Librería Ediciones del Profesional; Bogotá – Colombia.

Pantoja Bravo, J. (2015). *derecho de daños*. Tomo I, Leyer S.A; Bogotá – Colombia.

Rivadeneira Bermúdez, R. E. (2021) *Manual de Derecho Probatorio Administrativo*. Lijursánchez- Editorial Jurídica Sánchez R. SAS, Medellín - Colombia.

Rocha Alvira, Antonio (1990) De la Prueba en el Derecho, Clásicos Jurídicos Colombianos. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín - Colombia.

Rueda Prada, D. (2015). *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez; Bogotá – Colombia.

Saavedra Becerra, R. (2018) *De la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, tomo III; Grupo Editorial Ibañez, Bogotá DC - Colombia.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017) *Compendio de Derecho Administrativo*; Universidad Externado de Colombia; Bogotá DC – Colombia.

Tamayo Jaramillo, J. (2007) *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I, Segunda edición; Legis Editoriales S.A; Bogotá DC – Colombia.

Tamayo Jaramillo, J; Botero Aristizábal, L; Polanía Tello, N; Rojas Quiñones, S (2017), *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Legis, Bogotá DC - Colombia.

Tamayo Lombana, A. (2009). *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*, tercera Edición. Bogotá DC: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Valencia, H. (2018) *Nomoárquica, principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 11 de junio de 2021, Exp. 05001-23-31-000-2002-02043-01(44996). Alberto Montaña Plata.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 11 de junio de 2021, 19001-23-31-000-2005-00209-01(39516). Martín Bermúdez Muñoz.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 23 de abril de 2021, Exp. 76001-23-31-000-2004-04805-01(49503). María Adriana Marín.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 19 de marzo de 2021; Exp. 25000-23-26-000-2012-00747-02(55713). María Adriana Marín.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 4 de diciembre de 2020, Exp. 54001-23-31-000-2008-00379-01(57536). José Roberto Sáchica Méndez.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2170896>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 25 de septiembre de 2020, Exp. 54001-23-31-000-2006-01305-01 (49895). Ramiro Pazos Guerrero.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2176127>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 10 de septiembre de 2020, Exp. 05001-23-31-000-2001-03485-01(47873). María Adriana Marín.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2168697>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 7 de septiembre de 2020, Exp. 05001-23-31-000-2011-00092-01(52979). Ramiro Pazos Guerrero.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2167039>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 28 de agosto de 2020, Exp. 25000-23-26-000-2011-00544-01(50932). Ramiro Pazos Guerrero.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 6 de julio de 2020, Exp. 11001-33-31-034-2006-00005-01(48723). Jaime Enrique Rodríguez Navas.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2166565>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 5 de marzo de 2020, Exp. 76001-23-31-000-2006-00478-01(50395). Marta Nubia Velásquez Rico.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2147858>

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sent. del 4 de febrero de 2020, Exp. 50001310300120100006001. Luz Armando Tolosa Villabona.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 3 de octubre de 2019, Exp. 76001-23-31-000-2007-01664-01(52491). María Adriana Marín.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2140363>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 28 de agosto de 2019, Exp. 41001-23-31-000-2005-0083-01(51162). Marta Nubia Velásquez Rico.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2138398>
8

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 4 de marzo de 2019, Exp. 68001-23-31-000-2010-00597-01(48110). María Adriana Marín.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 10 de diciembre de 2018, Exp. 25000-23-36-000-2013-01748-01(53852). Marta Nubia Velásquez Rico.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2125849>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 5 de diciembre de 2017, Exp. 05001-23-31-000-2008-00239-01(44220). Jaime Rodríguez Navas.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2109420>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 22 de febrero de 2017, Exp. 73001-23-31-000-2009-00074-01(43787). Marta Nubia Velásquez Rico.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2098263>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 8 de noviembre de 2016, Exp. 73001230000020010264501(36369). Marta Nubia Velásquez Rico.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera; 14 de abril de 2016, Exp. 25000232400020050143801. Guillermo Vargas Ayala.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 29 de febrero de 2016, Exp. 05001233100020022008001(31378). Danilo Rojas Betancourth.

República de Colombia. Corte Constitucional; 13 de mayo de 2015, sentencia C-284. Exp. D-10455. Mauricio González Cuervo.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 29 de agosto de 2014, 18001-23-31-000-2000-00074-01(31190). Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149). Hernán Andrade Rincón.

República de Colombia. Consejo de Estado, sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/66001-23-31-000-2001-00731-01\(26251\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).pdf)

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 5001231500019990032601(31172). Olga Mélida Valle de De La Hoz.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
<https://www.urosario.edu.co/Facultad-Jurisprudencia-1/Investigacion/Grupos-de-investigacion/Grupo-en-Derechos-Internacional/Sentencias/2014/03-2014-09-Rad-32988.pdf>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 25000-23-26-000-2000-00340-01(28832). Danilo Rojas Betancourth.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149). Hernán Andrade Rincón.
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/68001-23-31-000-2002-02548-01\(36149\)%20\(1\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/68001-23-31-000-2002-02548-01(36149)%20(1).pdf)

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 28 de agosto de 2014, Exp. 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). Stella Conto Diaz del Castillo.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 3 de abril de 2013, Exp. 026-52001-23-31-000-1999-00959-01(26437). Mauricio Fajardo Gómez.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 31 jul 2014, Exp. 25000-23-31-000-2003-00977-01(29892). Danilo Rojas Betancourth.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 18 de julio de 2012, Exp. 20077. Enrique Gil Botero.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 23 de mayo de 2012, Exp. 05001-23-24-000-1993-01039-01(21269). Enrique Gil Botero.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/106/S3/05001-23-24-000-1993-01039-01\(21269\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/106/S3/05001-23-24-000-1993-01039-01(21269).pdf)

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 1 de febrero de 2012, Exp. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464). Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 14 de septiembre de 2011, Exp. 05001232500019940002001 (19031). Enrique Gil Botero.
https://extension.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/focosalud/docs/enrique_gil_botero/19031.pdf

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 14 de septiembre de 2011, Exp. 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222). Enrique Gil Botero.
<https://www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com/images/Sentencias%20de%20Unificacion/Responsabilidad%20Extracontractual/05001-23-31-000-2007-00139-0138222 SALA PLENA S3.pdf>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 30 de junio de 2011, Exp. 19001233100019970400101(19836). Danilo Rojas Betancourth.
https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._19836_de_2011.aspx#/

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 26 de enero de 2011, Exp. 17.958 (R-1596). Agudelo Ordoñez, Gladys.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 4 de febrero de 2010, Exp. 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720). Mauricio Fajardo Gómez.

República de Colombia. Corte Constitucional; Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, Exp. D-5521 de 2005. Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 2 de marzo de 2000. Exp. 520012331000020001194501. María Elena Giraldo Gómez

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera; 11 de noviembre de 1999. Exp. 11499. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

República de Colombia. Corte Constitucional; Auto 035 del 2 de octubre de 1997. Nulidad Sentencia C-239. Carlos Gaviria Díaz.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993, Exp. R.E 038. MP Antonio Barrera Carbonell

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, (1992), Exp. 6750, 17 de julio. MP. Daniel Suarez Hernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación; 22 de julio de 1922. MP. Trancredo Nannetti.[https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer3/Providencias/SC%20\(21%2007%201922\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer3/Providencias/SC%20(21%2007%201922).pdf)

República de Colombia. Juzgado 25 Administrativo del Circuito de Medellín, sent. 81, del 11 de julio de 2018, Exp. 05001333302520120045300. Luz Myriam Sánchez Arboleda.