



MAESTRÍA EN DERECHO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo. Análisis desde la igualdad

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho

Modalidad: Investigación - Cohorte: Octava



Autor: Sebastián Correa Vásquez
Director: Verónica María Echeverri Salazar

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Medellín – 2016

<http://derecho.udea.edu.co> - maestriaderecho@udea.edu.co

Perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo.

Análisis desde la igualdad

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho (Modalidad Investigación)

Sebastián Correa Vásquez

Asesora

Mg. Verónica María Echeverri Salazar

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho (Modalidad Investigación)

Medellín

2016

Perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo.

Análisis desde la igualdad

Tabla de contenido

	pág.
Planteamiento del problema.....	8
Pregunta de investigación.....	9
Objetivo general.....	9
Objetivos específicos.....	9
Introducción.....	11
Capítulo 1	
Marco teórico.....	14
1.1. Estado de la cuestión sobre la indemnización de perjuicios inmatrimales.....	14
1.1.1. La responsabilidad. Elementos.....	14
1.1.2. El daño como elemento principal de la responsabilidad.....	18
1.1.3. Tipos de perjuicios.....	20
1.1.4. Perjuicio inmaterial.....	23
1.1.4.1. Perjuicio moral.....	26
1.1.4.2. Perjuicio a la vida de relación.....	27
1.1.4.3. Otros tipos de perjuicios inmatrimales.....	28
1.2. Referentes teóricos de la constitucionalización de la responsabilidad civil.....	29
1.3. Proyecto de ley para la indemnización de los daños a la persona.....	32
1.4. Estado de la cuestión sobre el derecho a la igualdad.....	33
Capítulo 2	
Los perjuicios inmatrimales en la jurisprudencia colombiana.....	39
2.1. Evolución de los perjuicios inmatrimales en la jurisdicción civil.....	41

2.2. Evolución de los perjuicios inmateriales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.....	49
2.3. Reparación integral.....	61
Capítulo 3	
La igualdad en los perjuicios inmateriales.....	64
3.1. Aplicación de la igualdad en la responsabilidad civil.....	65
3.1.1. La constitucionalización de la responsabilidad civil.....	66
3.1.2. La indemnización de los derechos constitucionales como categoría independiente en el derecho civil.....	69
3.2. Reparación integral y la igualdad.....	70
3.2.1. Reparación integral y equidad.....	71
3.2.1.1. ¿Es considerada la equidad como valor moral objetivo?.....	73
3.3. Principio de congruencia.....	77
3.4. El precedente judicial.....	79
Capítulo 4	
¿Existe una vulneración al derecho a la igualdad en la indemnización de perjuicios inmateriales en Colombia?.....	83
4.1. Una mirada sociológica a la indemnización de perjuicios.....	83
4.2. Desarrollo doctrinal sobre la diferencia en la indemnización de perjuicios inmateriales.....	86
4.3. Análisis de la indemnización de perjuicios inmateriales desde el test de igualdad...	88
4.3.1. ¿Son asimilables los supuestos de hecho?.....	88
4.3.2. ¿Cuál es la finalidad del tratamiento diferenciado?.....	91

4.4. Análisis de la aclaración y salvamento del voto en la sentencia del 5 de agosto de 2014 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.....	94
4.5. Planteamiento final.....	98
Conclusiones.....	101
Bibliografía.....	104

Lista de figuras

	pág.
Tabla 1.....	59

Resumen

El presente trabajo, contiene una disertación acerca de la aplicación de la igualdad como principio y como derecho, en la indemnización de perjuicios inmateriales en Colombia. Tiene su base en el problema encontrado, toda vez que se advirtió que las sentencias que ordenan indemnizaciones de perjuicios en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo han presentado algunas diferencias en la categorización de los perjuicios inmateriales a indemnizar. La igualdad, junto con la reparación integral son principios sobre los que los jueces pueden fundamentar sus providencias, con el objeto de lograr una equiparación en las categorías de perjuicios a indemnizar.

Palabras clave: Responsabilidad civil; Responsabilidad del Estado; Perjuicios inmateriales; Igualdad; Reparación integral.

Abstract

This paper contains a presentation on the implementation of equality as a principle and as a right, in order to compensate for non-pecuniary damages in Colombia. It is based on the problem found, since it was noticed that the court rulings that order a compensation for damages in the civil courts and in the administrative courts, have been some differences in the categorization of intangible damages to be indemnify. Equality, along with full reparation are principles on which judges may base their decisions in order to achieve equality in the categories of damages to compensate.

Keywords: Liability; State responsibility; Immaterial damages; Equality; Full reparation.

Planteamiento del problema

Las competencias determinadas en el Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso) y en el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, determinan que a la jurisdicción ordinaria le corresponde decidir las controversias que se susciten entre particulares, mientras que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de aquellos conflictos en los que esté involucrado un sujeto de derecho público. Por lo anterior, dependiendo de qué naturaleza, pública o privada, tenga un sujeto al que se le impute la causación de un daño, corresponderá al respectivo juez tomar la decisión en el proceso judicial con la pretensión de indemnización de perjuicios.

El problema se evidencia cuando dos personas puestas en similares condiciones con relación al daño, van a ser indemnizadas en formas y cuantías diferentes atendiendo al juez que decidirá esa controversia, el cual se determina por la calidad del sujeto obligado a indemnizar, esto es, un particular o una persona de derecho público. Tradicionalmente, en la jurisdicción civil se ha indemnizado como categorías de perjuicios inmateriales el denominado “moral” y el llamado “a la vida de relación”, mientras que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo han sido tipos de perjuicios inmateriales como el “moral”, “daños a derechos o bienes constitucional y convencionalmente protegidos” y “daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica”.¹ En virtud de lo anterior se plantea si esa diferenciación encuentra una justificación que sea jurídicamente valedera a partir de la

¹ Ello con base en el documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales, ordenado por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Recuperado <http://www.consejodeestado.gov.co/publicaciones/2014/Docum%20despacho%20sobre%20topes%20indemnizatori%20os.doc>, consultado el 14/10/2014, 15:45 horas.

Constitución y en caso negativo, establecer de qué forma puede abordarse una argumentación tendiente a que esa diferencia desaparezca, bien sea desde la ley o desde la jurisprudencia.

Pregunta de investigación

¿Cuáles son las razones que justifican la diferencia en la indemnización de perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo?

Objetivo general

Analizar si los argumentos que justifican la diferencia en la indemnización de perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo están jurídicamente fundamentados a partir de la Constitución Política.

Objetivos específicos

- Relacionar cuáles son los perjuicios inmateriales que en la actualidad se conceden en la jurisdicción civil y en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- Determinar las justificaciones que se utilizan en el Consejo de Estado y en la Corte Suprema de Justicia para las categorías de perjuicios inmateriales a indemnizar.
- Examinar la utilización del precedente judicial por parte de los jueces en relación con la indemnización de perjuicios inmateriales.
- Describir la jurisprudencia y doctrina nacional acerca de la igualdad como derecho fundamental y su aplicación en el derecho civil.

- Sugerir una posible argumentación con el fin de evitar la diferencia en la indemnización de perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil.

Introducción

Modernamente el derecho de daños se ha impregnado de teorías que pretenden hacer más accesible una indemnización de perjuicios a favor de las víctimas, debido al aumento de las actividades que pueden causar daños en contra de las personas, buscándose formas a través de las cuales los afectados o víctimas puedan encontrar un alivio al daño que se les ha ocasionado. Esa búsqueda también puede ser consecuencia del hecho de que la sociedad se ha vuelto menos tolerante, es decir, se pretende que quien cause una lesión a un derecho o a un interés sea obligado a repararlo².

Y consecuencia de lo que se ha venido diciendo es que, entre otros fenómenos de la responsabilidad, las personas quieren encontrar la indemnización plena de los daños que se les han causado. En la exploración de esa indemnización completa en nuestro país se ha detectado, por parte de los jueces, de los litigantes y de los doctrinantes, una falta de legislación sobre los daños indemnizables. A partir de ese vacío legislativo se ha desarrollado la materia a partir de la jurisprudencia y la doctrina. Del presente estudio podrá advertirse que en Colombia el derecho de la responsabilidad civil se ha desarrollado a través de las decisiones que toman los jueces, no solamente en lo que tiene que ver con los elementos estructurales para que sea declarada³, sino también en relación con los perjuicios que deben ser indemnizados.

El juez cuenta con la igualdad como herramienta para decidir los casos de indemnización de perjuicios derivados de los daños causados tanto en sede privada o pública, contractual y extracontractual⁴. El presente trabajo permite observar cómo a lo largo de varias décadas, en las

² Tal vez esta concepción sobre la intolerancia sea más específica en la responsabilidad del Estado. López (2013) ha indicado que en el concepto de daño especial encontramos un ejemplo de aquellas situaciones en las cuales, aunque el daño debe ser tolerado, se obliga a una reparación. (p. 109).

³ El daño, el factor de imputación y el nexo de causalidad.

⁴ A este respecto vale la pena mencionar entre otros a Gil (2015) quien indica que “cada ordenamiento jurídico busca establecer una sistematización de los bienes o intereses que son relevantes para el derecho de daños, así como

altas cortes de nuestro país se han tratado las categorías de perjuicios inmateriales a indemnizar en forma distinta, atendiendo estas diferencias principalmente a concepciones ideológicas o posiciones personales de quienes integran aquellos órganos.

Hasta hoy, en la indemnización de perjuicios inmateriales en Colombia no se encuentra una norma positiva que indique la forma de indemnizar, los tipos de estos, así como su extensión. Desde este momento debe ser claro para el lector, que en este estudio no se hace referencia a la extensión o cuantía de la indemnización de perjuicios, pues éste debate, aunque se reconoce que también es importante va más allá del objetivo propuesto en el trabajo de investigación.

Ante la falta de legislación sobre el tema, han sido la jurisprudencia y la doctrina quienes se han encargado de estudiar y determinar los tipos de perjuicios inmateriales indemnizables. Por ello, y ante la autonomía que la Constitución Política en su artículo 230 les otorga a los jueces se ha presentado la diferenciación en los tipos de perjuicios inmateriales que se conceden en favor de quienes acuden a la jurisdicción en busca de una indemnización.

Para llegar a las conclusiones expresadas en las líneas anteriores, el trabajo se esboza a través de una mirada jurídico-doctrinal, en la que, luego de desarrollar los diferentes conceptos sobre una idea, que es la planteada como problema y una vez analizadas las diferentes posturas y posibilidades, se presenta una alternativa para la solución de la cuestión la jurisdicción en busca de una indemnización que dio origen a este estudio⁵. Para ello, se hizo un rastreo documental frente a la doctrina que se encuentra sobre categorías tales como responsabilidad, daño, perjuicio, perjuicio material e inmaterial, así como de la igualdad.

fijar unos criterios que permitan garantizar el principio de igualdad al momento de efectuar la valoración del daño sufrido”.

⁵ Lo anterior con base en Sánchez (2011), quien identifica varias metodologías para la investigación en el Derecho, acogiendo por iniciativa personal y conveniencia para el trabajo propuesto, la indicada.

Posterior a ello se encontrará el lector con un análisis jurisprudencial sobre las categorías advertidas anteriormente, abordado desde las sentencias que doctrinalmente se han considerado como cambios jurisprudenciales por parte del Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la evolución de las categorías de los denominados perjuicios inmateriales. La escogencia de las providencias a analizar partió del estudio realizado en el capítulo uno. Es decir, el análisis doctrinal permitió encontrar un rastreo de jurisprudencia desde 1922 y hasta la fecha de corte para efectos de la investigación, esto es, el año 2014. En este estadio, el lector hallará un panorama que pondrá en evidencia las dificultades que en esos órganos jurisdiccionales se han encontrado para la definición de los perjuicios inmateriales a resarcir y que será un fundamento importante para el último capítulo.

Antes de ese capítulo final, en el tercero, se encontrará una mirada a la responsabilidad civil desde la igualdad, tanto como derecho y como principio, lo que servirá de base para el último capítulo, que, como se indicó, contiene la respuesta al problema de investigación planteado, el que se acompaña de algunas alternativas interpretativas a partir de las normas jurídicas que existen, para que el juez tanto civil como de lo contencioso administrativo pueda, en un caso específico, equiparar las decisiones sin violar ninguna norma constitucional o legal, ni mucho menos el precedente judicial, que cada vez le es más exigible.

Capítulo 1

Marco teórico.

Todo trabajo de investigación debe tener unas bases desde las cuales se fundamenten las premisas principales y las conclusiones. Entendiendo que la responsabilidad tanto civil como del Estado, tomada como un área de estudio en general, no es materia nueva y que por lo tanto ha sido ampliamente estudiada a través de diferentes enfoques, se pretende tener una claridad acerca de los conceptos básicos que se han definido al respecto, específicamente en lo que tiene que ver con uno de sus elementos, el daño. Dentro de la categoría daño se encuentran las diferentes tipologías de los perjuicios que pueden ser indemnizados, como serie específica y principal del objeto del presente estudio. Así, en este capítulo se encontrará una base teórica sobre los conceptos fundamentales para entender el objeto de estudio, el cual es encontrar las razones que justifiquen la diferencia en la indemnización de perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo.

Se alerta al lector que en este primer capítulo encontrará una exposición acerca de las categorías o series fundamentales del objeto de estudio, abordados desde una perspectiva académica o dogmática y no jurisprudencial, pues ésta última será objeto de especial atención en el capítulo número dos, como en su momento se indicará.

1.1. Estado de la cuestión sobre la indemnización de perjuicios inmateriales.

1.1.1. La responsabilidad. Elementos.

La responsabilidad civil es una de las fuentes de las obligaciones, derivada de un comportamiento ilícito que ha causado un daño a un sujeto y que implica la obligación de resarcir ese daño causado (Tamayo, 2006). Es decir, sin daño no hay responsabilidad, entendiendo ésta como la imposición de una carga en virtud de la cual se deba reparar el menoscabo infligido.

La aplicación de la responsabilidad civil o como puede denominarse en la actualidad, derecho de daños, en el derecho privado en nuestro país ha tenido un amplio desarrollo que ha sido eminentemente jurisprudencial, debido a que las normas legales que la soportan han regido desde que fue expedido el Código Civil a través de la Ley 57 de 1987, teniendo que ser adaptadas por los jueces a las nuevas realidades y al contexto social nacional e internacional.

El modelo clásico de la denominada responsabilidad civil tiene sus orígenes mediatos en el derecho romano pasando por la Ley de las XII Tablas, la *Lex Aequilia*, la Compilación Justiniana, las Institutas y el Digesto, llegando al periodo de las llamadas escuelas Humanista, Racionalista, del Derecho Natural, Histórica y aquella liderada por Domat y Pothier, para desembocar en el Código Napoleónico, como antecedente inmediato, el cual fuera adaptado por Andrés Bello para Chile, proyecto que, a su vez, fue acogido por nuestro país a través de la referida ley (Uribe, 2013).

El Código Civil colombiano es principalmente legalista. Con la anterior afirmación quiere significarse que el esquema de esta codificación está basado en la ley como fuente principal del derecho, sin tener en cuenta a la Constitución como fundadora de las normas que le son inferiores y por lo tanto supeditadas. Es decir, el esquema de las normas consagradas en el Código Civil es predominantemente el que corresponde al de las reglas, a diferencia de la estructura de los principios, que son el tipo de normas que se encuentran predominantemente en

la Constitución (López, 2006, p. 3). Mientras tanto, a lo largo de la historia se ha considerado que las normas constitucionales tienen un carácter diferente a las demás, esto es, contienen habitualmente principios no aplicables en forma directa pues para ello deben ser reglamentadas a través de leyes, que tienen inferior condición en aquella categorización.⁶ Las normas del Código Civil contienen las reglas destinadas a las actividades de los particulares, dentro de las cuales se encuentra el principio general sobre la reparación de daños, o responsabilidad civil, encontrado en su artículo 2341⁷.

Tradicionalmente se ha indicado que para que pueda existir una declaración de responsabilidad deben confluír los elementos que la configuran. Para la teoría que puede denominarse como *subjetivista* los elementos indispensables para que se determine la responsabilidad en cabeza de una persona son el hecho, el daño, la culpa y el nexo de causalidad entre el daño y la culpa (Gherzi, 2013, p. 19). Este esquema que se basa en la culpa⁸, es decir, en mirar la responsabilidad desde la óptica de quien causó el daño, fue desarrollada a lo largo de los años y los jueces decidieron los casos de responsabilidad civil desde esa misma mirada, esto es, indagando si en cabeza de quien se pretende obligado a indemnizar había recaído una conducta que pudiere considerarse como delito o cuasidelito, al decir del artículo 2341 del Código Civil. Es esta la razón por la cual esta teoría puede denominarse como *subjetivista*.

⁶ “El sistema jurídico colombiano, neo-romanista y positivista por filiación, ha asumido tradicionalmente que (i) los jueces meramente aplican la ley, sin crearla, (ii) que los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas (...), (iii) que la obligación judicial de fallar conforme a derecho se cumple preferente o exclusivamente mediante la obediencia a las reglas establecidas por el constituyente o legislador, y (iv) (...) los jueces están ‘atados’ a la ley pero son ‘independientes’ frente a las sentencias judiciales que las que se han fallado casos anteriores.” (López, 2006 p. 3).

⁷ Artículo 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

⁸ Tamayo indica que “el artículo 2341 del Código Civil establece una responsabilidad que se fundamenta en la culpa probada del demandado, es decir, el demandante tiene que demostrar que el demandado cometió un delito o un cuasidelito” (cf. 2006 p. 579).

Sin embargo, por el advenimiento de la industrialización y la consecuente modernización se crearon mayores riesgos para las personas. Los daños ocasionados en las ‘nuevas’ actividades riesgosas que se aumentaron conscientemente en la sociedad hicieron que el principio de responsabilidad fundamentada en la culpa tuviera problemas en su aplicación pues existieron casos en los que no podía endilgarse culpa a una persona, pero en los que tampoco era justo dejar sin indemnización a la víctima.

Para ilustrar más sobre este hecho, vale la pena analizar lo que se ha dicho en el derecho comparado. Por ejemplo, frente al punto, en el derecho argentino, Ghersi (2013) refiere:

En suma, el valor de la reformulación del sistema de 1968 está en que rompió con el viejo esquema de la responsabilidad subjetiva, que era totalmente inadecuado para los nuevos tiempos, creando un sistema de vías paralelas tendiente a facilitar al damnificado la reparación de sus daños, precisamente porque éste era el nuevo vértice del esquema modificado, como señalamos, con una concepción más solidaria del derecho (p. 34).

En el mismo sentido, Munar (2011) refiere que es evidente la intervención del Estado en la economía y que con ello se ha determinado la protección de los riesgos que afectan los derechos e intereses fundamentales de los ciudadanos. Ello ha implicado que se impongan “diversos procedimientos indemnizatorios que en una u otra forma socializan la reparación (...)” (p. 313.) De la misma forma, este autor, en relación con la responsabilidad por actividades peligrosas afirma que “se ha implantado un régimen encaminado a favorecer a las víctimas” (Munar, 2011, p. 314). Sobre el mismo punto continúa:

Por consiguiente, tiene dicho la Corte que quien ejecuta actividades reputadas como riesgosas, debe extremar en grado sumo las precauciones con miras a evitar que se materialicen los peligros que ellas entrañan; y si esto acontece el empresario compromete su responsabilidad (...).(Munar, 2011, p. 314)

En el derecho francés también puede observarse que hubo un debate y consiguiente cambio similar. Se basa esa mirada en la aparición de conceptos como solidaridad y filosofías sociales, los cuales hicieron que algunos riesgos dejaran de ser asumidos por los individuos y de alguna forma se socializaran. Esa socialización tuvo varias direcciones, como la instalación de seguros sociales, la responsabilidad directa de las personas jurídicas, fondos de garantía, seguros privados, asunción de responsabilidad por el Estado, entre otros. Al respecto Viney (2007) dice:

De manera general, con el fin de paliar las insuficiencias de la responsabilidad individual en su función reparadora, pareció necesario recurrir a procedimientos de indemnización muy diversos, cuyo único punto en común consiste en que todos ellos efectúan una socialización directa de la reparación sin pasar por la etapa del individuo designado como “responsable”. (p. 63)

Así pues, en la responsabilidad civil actual se establece como centro de atención a la víctima, esto es, se ubica como referente y punto de partida al elemento denominado daño, desde el cual debe construirse toda la dialéctica de la responsabilidad, hasta determinarse que el daño es la medida de toda la reparación. El punto de partida expuesto hace que ya no sea tan importante definir si en el actuar del agente productor del daño o posible victimario hubo un descuido, negligencia o violación de reglamentos (en general, culpa), sino que debe mirarse si a la víctima se le generó un daño en relación con un interés que deba ser reconocido por el derecho. Se pasa de utilizar criterios de imputación material, hacia criterios de imputación jurídica, cambiándose, como se indicó, la forma de concebir la responsabilidad civil.⁹

1.1.2. El daño como elemento principal de la responsabilidad.

⁹ Al decir de Gil (2013), “*la responsabilidad como institución jurídica deja de estar fundamentada sobre la base de normas civiles y encuentra su eje central en la Carta Política y en las garantías constitucionales*”. (p. 47). Aunque no podría afirmarse que la mirada expuesta encuentre su base en la Constitución, sino que desde ella se ha buscado una argumentación a favor de las víctimas de daños y así iluminar la responsabilidad civil.

Consecuencia de lo que se venía diciendo con anterioridad es que el daño se erija como el primer elemento que debe establecerse para que exista la responsabilidad civil, sin olvidar los otros que conforman la teoría de la misma, esto es, el factor de imputación (culpa, dolo, actividad riesgosa, etc.) y el nexo causal. En un juicio de responsabilidad civil cuando está probada la existencia del daño así como los demás elementos, debe proceder el operador judicial a determinar los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende en la respectiva acción judicial.

En materia de responsabilidad del Estado, la evolución inicial de ésta estuvo ligada al devenir de la responsabilidad civil, a partir de la Revolución Francesa. Sin embargo, desde el siglo XX se avanzó hacia una teoría de responsabilidad del Estado fincada en el rompimiento de las cargas públicas que causaran un daño a una persona, quien además no tuviera la obligación de soportar ese detrimento. La descripción anterior atiende a lo que se denomina como el daño antijurídico, el cual es el fundamento de la responsabilidad del Estado. En esta especie de responsabilidad y tal como en la civil, se convirtió en imprescindible el elemento daño como estructurador de la responsabilidad en cabeza del Estado, principalmente a partir del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, en donde impera el concepto de daño antijurídico, al cual se ha venido refiriendo. (Rueda, 2014)

Junto con Henao (1998) se puede afirmar que el daño es un requisito indispensable para que surja la responsabilidad civil; es más, es su punto de partida (p. 30). Sin daño no podrá iniciarse un juicio de responsabilidad civil y establecido el daño se deberán analizar los demás elementos que imponen la obligación de indemnizar la lesión a un bien o derecho de una persona.

1.1.3. Tipos de perjuicios.

Un problema inherente al del elemento daño es el que tiene que ver con los perjuicios que pueden resarcirse a la víctima. Es decir, de acuerdo con el daño causado se debe indagar qué conceptos deben ser resarcidos y cuál será su cuantificación. Antes de entrar con el análisis en relación con la tipología de los perjuicios indemnizables, como referente para la investigación, debe hacerse una precisión conceptual que servirá para el resto del trabajo.

Se ha discutido si los conceptos de daño y perjuicio son similares o si por el contrario, son diferentes. Martínez (2003) expresa que no hay diferencia entre los conceptos daño y perjuicio, que lo que se hace es confundir ambas definiciones, pues “el daño es la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por la normas, como un derecho real o subjetivo” (p. 256). Henao (2007), a su vez, indica que diferenciar los conceptos permite distinguir las formas como opera la responsabilidad civil y entender quién puede pedir una indemnización. Así, para este autor, el daño es el hecho, la afectación al bien o derecho subjetivo, mientras que el perjuicio es la consecuencia de esa lesión (p. 76). En Navia (2000) encontramos, de nuevo, una correspondencia entre ambos conceptos: “[e]l daño, entendido como la lesión de un interés jurídicamente tutelado, puede ser, por consiguiente, patrimonial o extrapatrimonial, según que el bien o derecho afectado se ubique en el patrimonio de la persona o fuera de él” (p. 15). Tamayo (2014) indica que siempre que haya una afectación a un bien de la vida hay un daño y por ello prefiere evitar la distinción entre daño y perjuicio, pues además así se evita que haya una confusión conceptual derivada de que los daños inmateriales también tienen un contenido económico, de acuerdo con las pólizas de seguro de responsabilidad civil (p. 154).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en sentencia del 13 de diciembre de 1943¹⁰ indicó al respecto 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 el daño.

Cortés (2009), al estudiar alguna doctrina italiana, encontró que allí se diferencia entre el daño-evento y daño-consecuencia, asimilándose el primero al denominado daño, como tal, y el segundo al concepto de perjuicio. Sobre la discusión afirma: "identificar el daño con el evento comportaría problemas con la comprobación del nexo de causalidad y además haría imposible encontrar un daño en el concepto de *pretium doloris*"¹¹ (p. 47).

Para los fines de este trabajo se acogerá la teoría que avala la diferenciación entre los conceptos daño y perjuicio, tal como se ha expuesto en líneas anteriores, es decir, que daño es el menoscabo a un derecho o bien de la persona, mientras que perjuicio es la consecuencia derivada de ese daño.¹²

Entendida la conceptualización previa, el sistema colombiano de normas sobre responsabilidad civil no consagra en un texto legal la manera en la que deben indemnizarse los perjuicios derivados de los daños ocasionados en el giro ordinario de las actividades de las personas, o como lo denomina Hinestrosa, la responsabilidad derivada del encuentro social ocasional. (Cortés, 2009, p. 46) Por ello, es al juez a quien se le entrega la obligación de determinar los perjuicios indemnizables, su caracterización, requisitos, extensiones y cuantías

¹⁰ El proceso tuvo que ver con la indemnización de perjuicios derivados del accidente de un avión ocurrido el día 24 de julio de 1938 en la ciudad de Bogotá. (Sentencia del 13 de diciembre de 1943, 1943)

¹¹ Para el autor, el *pretium doloris* es el denominado perjuicio moral, entendido como aquel dolor interno, sentimiento de congoja y pesar producido por el menoscabo sufrido.

¹² Sobre este mismo asunto resulta interesante mirar el trabajo de grado realizado por Rueda (2014, pp. 22 - 28), en el que luego de hacer un rastreo sobre otros autores y sobre jurisprudencia, se llega a una conclusión similar a la indicada en este trabajo.

(Henaó, 1998, p. 194). Esta tarea de adaptación por parte de los jueces no ha sido pacífica y por el contrario, de acuerdo con la independencia que el artículo 230 de la Constitución Política les otorga, aquellos han determinado en sus providencias tanto el tipo de perjuicios a indemnizar como el monto de los mismos, en veces con criterios cuyo razonamiento hace que en casos similares se obtengan indemnizaciones diferentes.

Una argumentación que se encuentra presente en la mayoría de providencias judiciales es la que tiene que ver con el principio de reparación integral, el cual en nuestro sistema jurídico se consagra en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Sobre lo que se busca con este principio Solarte (2011) ha manifestado:

[Q]ue se coloque a la víctima en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera producido, para lo cual habrá que buscar que la reparación cubra todos los detrimentos o menoscabos que como consecuencia de tal hecho se hayan producido en el sujeto pasivo del mismo. (p. 190)

Para definir la tipología de los perjuicios indemnizables la jurisdicción ordinaria y específicamente la especialidad civil, ha tomado los criterios contenidos en cuanto a los denominados perjuicios materiales e inmateriales. Los primeros son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles en dinero (Martínez & Martínez, 2003, p. 263). Dentro de éstos se encuentra el daño emergente y el lucro cesante a la luz del artículo 1614 del Código Civil, norma ubicada en el Libro Cuarto denominado “De las obligaciones en general y de los contratos”, título XII “Del efecto de las obligaciones”, las cuales hacen referencia al derecho negocial o de los contratos, pero de la cual se han servido los jueces para proceder a indemnizar este tipo de daños derivados de relaciones extracontractuales, pues se itera, no hay una disposición normativa específica para la responsabilidad civil extracontractual que le indique al operador jurídico cuáles deben ser los perjuicios indemnizables.

El daño emergente es cuando un bien económico salió (consolidado o pasado) o saldrá (futuro) del patrimonio de la víctima, según Martínez & Martínez (2003), “para atender las consecuencias del daño” (p. 264). El lucro cesante, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua es la ganancia dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento de una obligación, por la infracción de un deber o por un sacrificio patrimonial legítimo. Para Tamayo (2006) es cuando un bien económico que debía ingresar al patrimonio de la víctima en el curso normal de los acontecimientos, no lo hace por causa del daño (p. 482).

Dentro de los segundos, esto es, los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales¹³ se ha indicado que en forma general, se encuentran el perjuicio moral, que es entendido como el padecimiento y dolor sufrido por la víctima como consecuencia de la lesión de un derecho (Navia, 2000, p. 30); asimismo se ha tratado en esta especie de perjuicio el que se denomina perjuicio fisiológico. Para Álvarez (2014), consiste en la imposibilidad de disfrutar de aquellas actividades de disfrute de la persona, por alteraciones en su salud o existencia (p. 137). Sin embargo, las definiciones anteriores no son suficientes para abordar el estudio del tema, por lo que se hace necesario ahondar en algunas discusiones doctrinales que al respecto se han dado, como se hará a continuación.

1.1.4. Perjuicio inmaterial.

Ha sido objeto de debate doctrinal la forma en la que se les denomina a este tipo de perjuicios. Esa disputa surgió debido a que tradicionalmente los perjuicios a la afectación de la

¹³ En el Código General del Proceso, expedido a través de la Ley 1564 de 2012 existen normas que expresamente hacen relación a la denominación de perjuicio extrapatrimonial, tales como el inciso sexto del artículo 25 y el inciso sexto del artículo 206.

esfera diferente a la propiamente económica de una persona se les llamaba perjuicios extrapatrimoniales, mientras que en forma más reciente se comenzó a utilizar para esta misma categoría el nombre de perjuicios inmateriales. Para quienes defienden lo primero, tiene que ver con que los bienes que se protegen a través de la indemnización de ese tipo de perjuicios no están dentro del patrimonio de la persona. Sin embargo, para los segundos, esto es, para quienes defienden la denominación de perjuicio inmaterial, todos los bienes o derechos de una persona se encuentran dentro de su patrimonio, entendido como la posibilidad de adquirir bienes y contraer obligaciones y por ello, también están dentro del patrimonio de la persona los derechos cuyo resarcimiento se pretende a través de la categoría de perjuicios inmateriales, por lo que no sería consecuente denominarles perjuicios extrapatrimoniales.

Adentrándonos específicamente en el denominado perjuicio inmaterial o extrapatrimonial, con la advertencia que sobre la denominación se hizo en líneas anteriores y que para los fines del presente trabajo se preferirá la primera denominación, esta categoría tiene como característica principal que no pueden ser medidos o cuantificados en dinero y por lo tanto no poseen una naturaleza económica (Henaó, 1998, p. 192).

Ahora bien, es pacífico que esta clase de perjuicios se indemnicen en la responsabilidad extracontractual, tanto civil como del Estado. Sin embargo, se encuentra un debate en torno a la posibilidad de que estos perjuicios sean resarcidos en sede de responsabilidad contractual. Ternera (2008) argumenta que no se encuentra disposición legal en el Código Civil que lo impida por lo que aplicando el principio que dice que aquello que no está expresamente prohibido está permitido, concluye que en sede civil (contractual) se puede solicitar la indemnización de perjuicios inmateriales, remitiéndose el debate hacia otro estadio que es el de

la demostración de la existencia de éstos en un daño derivado del cumplimiento de un contrato, el cual no es objeto de este estudio.

Pero a partir de esta apreciación se puede preguntar, como elemento importante para el estudio que se aborda en este escrito, si en sede contractual civil se permite la indemnización de perjuicios inmateriales, ¿podrá solicitarse en responsabilidad contractual del Estado? La cuestión anterior, aunque no hace parte fundamental del tema objeto del estudio abordado en este trabajo de grado, en caso de que se responda en forma negativa la pregunta, se encontraría un problema afín al tema objeto de estudio, esto es, la posible vulneración del derecho de igualdad y la posibilidad de aplicar la norma constitucional que consagra este derecho a la igualdad directamente. Sobre la indemnización de perjuicios inmateriales en sede contractual puede concluirse junto con Tamayo (2006) que allí efectivamente se encuentra una posible vulneración a la igualdad, debido a que el legislador en el artículo 1616 del Código Civil no limitó la tipología de perjuicios a indemnizar en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío por parte del deudor (p. 165).

Entendida la conceptualización general anterior, se adentrará en las categorías o tipologías de perjuicios inmateriales que hasta algunos años eran las principalmente identificadas por la doctrina, así como las que en la actualidad se entiende que deben ser resarcidas, sin dejar de tener presente que en este capítulo el análisis se hace obviando las posturas de los jueces al respecto, lo que será objeto del siguiente.

1.1.4.1. Perjuicio moral.

Anteriormente el concepto perjuicio moral era el que se utilizaba para englobar la categoría de los denominados perjuicios inmateriales para diferenciarlos de los materiales. Alessandri (1987) se refiere a este concepto, indicando que el “daño moral” (p. 220) es una molestia no patrimonial, pues no se traduce en una pérdida económica, “consistiendo el *dolor, pesar o molestia* que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos” (p. 220). En Martínez & Martínez (2003) encontramos una clara alusión a lo que se viene hablando. También se encuentra en este estudio la discusión sobre la denominación de patrimonial y extrapatrimonial de los perjuicios, que es inherente al punto que se toca. Indica que el perjuicio moral es que el tiene que ver con afectaciones a otros aspectos diferentes a el patrimonio económico de la persona (*cf.* p. 265). Expresamente se refiere:

En síntesis, son daños morales los que afectan bienes, derechos o intereses, distintos de los económicos o patrimoniales. Incluimos en ellos todos los que afectan los atributos de la personalidad, los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a un buen nombre, al ejercicio de una profesión u oficio, a la tranquilidad, a la seguridad y, en general, los reconocidos en la Constitución Política. (Martínez & Martínez, 2003, p. 269).

Henaó (1998) critica la postura comentada anteriormente manifestando que ella proviene de confundir los conceptos de daño como aminoración del patrimonio y la forma indemnizatoria del daño, y su error se centra en que el daño solo puede afectar bienes o derechos que se encuentren en el patrimonio de una persona, independiente de que éstos puedan ser o no medidos económicamente. (*cf.* p. 192).

Para Scognamiglio (1962), los perjuicios morales no son como tales daños, debido a que resultan del sacrificio de intereses morales, cuya indemnización tiene un carácter satisfactorio. (p. 46). Esta posición, como se podrá concluir una vez se analice la jurisprudencia de las altas

cortes colombianas al respecto, tiende a ser superada, en el entendido de que si el perjuicio moral no es un daño como tal, no habría razón alguna para su indemnización.

Con base en lo que se ha indicado en este aparte y en lo que se ha dicho anteriormente sobre la definición del concepto perjuicio moral (1.1.3), en este trabajo se asumirá que el perjuicio moral es una categoría de perjuicio inmaterial independiente, entendida como el dolor o los padecimientos internos de la víctima en virtud del daño infligido. La evolución jurisprudencial de este perjuicio en nuestro país, como ya se ha advertido, se hará en capítulo posterior.

1.1.4.2. Perjuicio a la vida de relación.

Para la doctrina, esta categoría de perjuicios inmateriales proviene del denominado *préjudice d'agrément* del derecho francés, traducido como el perjuicio de agrado. Se entiende este perjuicio como la lesión que se deriva de la imposibilidad para una persona de practicar una actividad no lucrativa o económica específica, e incluso para realizar cualquier placer normal de la existencia (Koteich, 2012, pp. 141-142)

Es un perjuicio que puede ser indemnizado tanto a la víctima directa del daño como a las víctimas indirectas, entendidas éstas últimas como aquellas que no sufrieron en forma directa la lesión al bien o al derecho, pero que sufrieron como consecuencia del mismo (Álvarez, 2014, p. 137). V.g. los padres de una persona a quien le es amputada una de sus extremidades luego de un accidente de tráfico. A decir de Álvarez (2014): “encuentra su fuente en la lesión tanto de la

integridad psicofísica (salud física o mental) como de cualquier otro bien de la personalidad...”
(p. 137)¹⁴.

1.1.4.3. Otros tipos de perjuicios inmateriales.

Otras categorías de perjuicios inmateriales se han estudiado por la doctrina. Para Koteich (2012), haciendo un análisis de derecho comparado, específicamente sobre lo que sucede en la materia en el derecho francés, encuentra como categorías independientes de perjuicio inmaterial las siguientes: (i) el perjuicio estético, entendido como la alteración de la armonía física de la persona en virtud de huellas, cicatrices, deformaciones y mutilaciones dejadas en virtud de un daño. (p. 144); (ii) el perjuicio sexual, que se define como la imposibilidad de realizar actos sexuales y para la procreación (p. 145); (iii) el perjuicio de contaminación, indemnizado a pacientes contaminados con el virus del SIDA, en virtud de las consecuencias que esa enfermedad implica para ellos (p. 150); (iv) el perjuicio de establecimiento, entendido como el perjuicio al proyecto de vida en familia (p. 153); y (v) el perjuicio juvenil, determinado para aquellas víctimas menores de edad, que por el daño sufrido no pueden disfrutar de esa etapa de la vida en plenitud de condiciones (p. 153).

La pregunta que se deriva de este punto y que se tratará de responder en capítulos siguientes es: ¿son verdaderamente independientes estas categorías de perjuicios o se indemnizan

¹⁴ Para ahondar en una definición acudimos al mismo autor, Álvarez (2014), quien indica: “...se trata de la imposibilidad de realizar otras actividades, que aunque no generan rendimiento económico, hacen placentera la vida y pone al ser humano en igualdad de condiciones con sus semejantes, tales como correr, desplazarse con autonomía, bailar, tener relaciones sexuales, hacer deporte, etc., actividades tal vez rutinarias, pero que al ser vulneradas producen un daño en la vida de relación de la víctima que le trunca su (sic) proyectos, aspiraciones y expectativas”. (p. 138).

dentro de un concepto global como podría ser el perjuicio moral o el perjuicio a la vida de relación?

A continuación se pasará a abordar la constitucionalización de la responsabilidad civil, como una de las categorías determinantes que hacen parte de la presente investigación, con el objetivo de sentar las bases de las discusiones que se han presentado al interior de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia así como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

1.2. Referentes teóricos de la constitucionalización de la responsabilidad civil.

Aunque el tema al que se hace referencia hace parte de un capítulo posterior, es importante hacer alguna claridad sobre lo que se considera como constitucionalización de la responsabilidad civil, como paso previo a su tratamiento. Debido al avance de la constitucionalización del Derecho es marcada la tendencia en relación con las fuentes del mismo, siendo casi que pacífico el hecho de que la Constitución Política es una fuente en nuestro sistema, esto es, que debe ser aplicada en forma directa por el operador jurídico¹⁵. Dentro de las consecuencias que se evidencian de esta forma de mirar el fenómeno jurídico se encuentran unos principios constitucionales básicos que deben ser garantizados, estos son la dignidad humana, la libertad y la igualdad. (Gil, 2014).

En las investigaciones de Calderón (2006) y de Gutiérrez (2011) se encuentra que en nuestro país es doctrina pacífica que la constitucionalización del derecho civil es un fenómeno real a partir, principalmente, de decisiones tomadas por la Corte Constitucional. Sin embargo, se

¹⁵ Que la Constitución sea fuente de Derecho no implica únicamente que esta deba ser aplicada en forma directa, pues, entre otras, quiere decir que las normas constitucionales deberán ser respetadas por aquellas otras normas de naturaleza inferior. Sin embargo, para efectos del presente estudio, se entenderá que cuando se hace referencia a la constitucionalización del Derecho se entiende como la posibilidad de aplicación directa de la norma constitucional.

plantea por parte de Gutiérrez (2011) que esta discusión ha sido desorganizada al punto de no saber sobre qué categorías específicas se habla al mencionar el tema de la constitucionalización del derecho privado y ello hace que las mismas sean etéreas sobre todo para aquellos que deben aplicar el derecho en la realidad, esto es, jueces y litigantes. Lo que se plantea a partir de lo que se acaba de mencionar se compendia en la siguiente pregunta: ¿qué comprende para el derecho civil la constitucionalización del Derecho?

Fuera de lo anterior se evidencia que el avance en el tema de la constitucionalización del Derecho ha tenido que ver principalmente con la violación al principio del debido proceso. Ello posibilitaría un desarrollo teórico bajo una óptica similar, en cuanto a la violación del derecho a la igualdad, es decir, analizar la constitucionalización del derecho bajo la óptica de la igualdad.

Para Koteich (2012) la constitucionalización del Derecho en la responsabilidad civil se puede evidenciar en varias instituciones jurídicas propias de la misma, como en la mirada desde el daño, esto es, poniendo a la víctima como eje central de la responsabilidad y no al victimario como lo era anteriormente cuando se estudiaba como elemento principal a la culpa, así como la protección, en sede de responsabilidad civil, de los derechos fundamentales de las personas.

Esta evolución se ha evidenciado con mayor claridad en la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la responsabilidad patrimonial de las entidades estatales, sin embargo no ha sido tan clara en materia de responsabilidad civil entre particulares y por ello cabe preguntarse si el precedente judicial es una máxima que se desprende de la constitucionalización del Derecho.

Ya en el Código General del Proceso expedido a través de la Ley 1564 de 2012 se establecen algunos principios que parecen solucionar este tema a favor del precedente como fuente de derecho. El inciso segundo del artículo séptimo de la norma en comento dispone que

cuando el juez se aparte de la doctrina probable debe exponer en forma clara y razonada los fundamentos jurídicos que lo llevaron a la decisión que tome. A renglón seguido le impone lo siguiente: “De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”. Esta disposición legal fue declarada exequible a través de la sentencia del 30 de septiembre de 2015 proferida por la Corte Constitucional, fundamentado en el hecho de que la misma, antes que desconocer el principio de autonomía judicial, permite que se les garantice a los ciudadanos que se decida en forma similar casos con idénticas características. Todo lo anterior en desarrollo del principio de seguridad jurídica. Sobre este punto se lee:

[L]a fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y la Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial. (Corte Constitucional colombiana, 2015, p. 43).

Bajo las anteriores consideraciones puede concluirse que la responsabilidad civil entre particulares se encuentra impregnada por la teoría del precedente judicial, del cual se podrían identificar conceptos básicos que permitan incluso una mayor seguridad jurídica, en virtud de que las indemnizaciones de perjuicios al no estar reguladas legalmente por falta de norma al respecto en el Código Civil, permite al juez un amplio espectro de movilidad en el cual se

observan una gran cantidad de decisiones disímiles en cuanto al tipo de perjuicios inmateriales a indemnizar. Esta contradicción permite agregar un valor importante al presente trabajo, toda vez que se pretende poner de manifiesto las mismas y además intentar, bajo una metodología interpretativa, lograr evitar esa contradicción.

Para ahondar en el panorama actual acerca de la categorización de los perjuicios inmateriales en Colombia, es importante hacer referencia a una propuesta legislativa para la regulación de las indemnizaciones por este tipo de perjuicios, como se hará en las líneas siguientes.

1.3. Proyecto de ley para la indemnización de los daños a la persona.

Antes de tocar tangencialmente este aspecto, se aclara que el presente estudio no tiene su base en el Proyecto de ley del que se hablará en este apartado. Simplemente se quiere advertir que para el momento de escribir el presente trabajo de grado se viene discutiendo en diferentes ámbitos académicos y empresariales nacionales el Proyecto de Ley número 122/15, que tiene como fin la regulación en forma sistemática de la reparación de los daños materiales e inmateriales que sufren las personas naturales sobre su integridad física, psíquica o sobre sus derechos de la personalidad. El anteproyecto previo fue preparado por Rojas (2015).¹⁶

Los valores que se encuentran como fundantes en este Proyecto de Ley son la dignidad humana, la igualdad, la reparación integral, la justicia correctiva, la coherencia interna y la coherencia externa. Debe advertirse que de acuerdo con el contenido del anteproyecto, el mismo

¹⁶ De acuerdo con la información contenida en la página web <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-del-cual-se-regula-la-indemnizacion-de-los-danos-a-la-persona-en-los-procesos-de-responsabilidad-indemnizaciones/8271/>, consultada el día 09/03/16, el Proyecto de Ley fue radicado el 19 de noviembre de 2015 y publicado en la Gaceta del Congreso 956 del 20 del mismo mes y año.

está destinado para la indemnización del daño causado por particulares, esto es, se sale del ámbito de regulación aquel daño que haya sido causado por un sujeto de derecho público.

De acuerdo con el artículo 15 del mismo Proyecto que se comenta, los daños extrapatrimoniales que se indemnizarán serán “el daño moral, el daño a la dimensión espiritual, el daño cognitivo, el daño afectivo, el daño a la dimensión comunicativa, el daño estético, el daño corporal y el daño a la vida de relación.”.

Este anteproyecto, que a la fecha apenas empieza a cursar los trámites respectivos en el Congreso de la República, y que ha sido ampliamente debatido en distintos ámbitos como el académico, nos muestra hacia dónde se apunta en la indemnización de perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil. A primera vista, el Proyecto se aparta de las últimas decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia sobre el asunto, especialmente sobre las categorías de perjuicios indemnizables, sin embargo esto será objeto de ampliación en capítulos posteriores.

1.4. Estado de la cuestión sobre el derecho a la igualdad.

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991 la igualdad ha sido ampliamente estudiada y desde esta perspectiva se pretendía encontrar trabajos sobre la materia que permitan conocer qué tanto se ha dicho sobre este derecho – principio y así entender su posible aplicación en el campo de la responsabilidad civil y más específicamente para comprender su valor en la indemnización de perjuicios inmateriales.

Se encuentra en primer lugar el estudio realizado por Bernal (2002), en el cual se aborda el problema de la igualdad en su doble dimensión, esto es, como principio y como derecho, de

acuerdo con jurisprudencia de la Corte Constitucional. Como principio, dice el autor, la igualdad obliga al Estado a que trate a los ciudadanos en forma equitativa, obligación que se concreta en cuatro mandatos:

un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud. (Bernal, 2002, p. 1).

Como derecho, la igualdad les permite a los ciudadanos requerir del Estado actuaciones que sean acordes a los mandatos determinados anteriormente. A su vez, afirma el autor que la igualdad como norma contenida en el artículo 13 de la Constitución Política es indeterminada y que por lo tanto corresponde al juez, principalmente a la Corte Constitucional, dar aplicación al mismo a través del control de constitucionalidad de las normas expedidas. Esa indeterminación hace que la igualdad sea difícil de conceptualizar en forma general y que por lo tanto debe ser determinada en cada caso concreto por el juez, lo que ha llevado a crear juicios o reglas tales como el de la proporcionalidad, utilizado por el tribunal constitucional en nuestro país y asimismo en otras latitudes.

Se pregunta Bernal (2002) cómo se establece si un criterio diferenciador que se utilice en la ley o por la administración tiene admisibilidad frente a la Constitución. Para dar respuesta a este interrogante se responde, entre otros argumentos, que se ha utilizado el criterio de proporcionalidad, en virtud del cual se presentaría una desigualdad si entre dos grupos de personas que tienen circunstancias y características homogéneas, están siendo tratados de forma

diferente, toda vez que ese tratamiento dispar no tendría justificación alguna (p. 5). Este juicio fue el que primero adoptó la Corte Constitucional en varias sentencias, por ejemplo, la del 23 de enero de 1996¹⁷, desarrollado a través del *test de razonabilidad*. Encontró igualmente Bernal otras herramientas para analizar la igualdad, a través del escrutinio en tres niveles, débil, estricto e intermedio, todos extraídos de la Corte Suprema de Estados Unidos. En el primer nivel, la diferenciación será inconstitucional si su fin está prohibido por la Constitución o si ese trato desigual no es adecuado para lograr un objetivo constitucional. En el segundo nivel, el estricto, se adoptan unos criterios que se denominan como “*sospechosos*” para determinar si hay un tratamiento diferencial no justificado, basados principalmente en razones de raza, sexo, edad, condición social o minusvalía (p. 9). En el tercer nivel, esto es, el escrutinio intermedio, se utiliza cuando hay un tratamiento desigual a esos grupos sospechosos, pero no para desfavorecerlos, sino por el contrario, para ser favorecidos.

Ramírez (2013) en su trabajo sobre la reivindicación de la igualdad como principio, indica que esta es uno de los presupuestos básicos tanto para el individuo como para la sociedad, pero, como el anterior autor analizado, entiende que la vaguedad del concepto de igualdad se ha tratado de concretar en cada época y en cada circunstancia. De esa forma, puede encontrarse un alcance normativo y valorativo de la igualdad, en el primero, vemos cómo en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, como en las cartas políticas de otros países, intenta dar un contenido a la igualdad a partir de las normas que pretenden dar un orden al poder y a la sociedad. Mientras tanto el alcance valorativo se presenta como objetivo de todas las sociedades, que se encuentra inmerso en ideologías y políticas, es decir, como aspiración en los diferentes

¹⁷ A través de esta sentencia se decidió la demanda de constitucionalidad en contra del artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993 sobre los derechos de quienes hayan prestado el servicio militar, por considerarse que se establecía una discriminación contra las mujeres, quienes no tienen la obligación de prestar dicho servicio. La providencia decidió declarar la inexecutable de la norma demandada. (Corte Constitucional colombiana, 1996).

ámbitos de cada sociedad. A lo anterior se relaciona el hecho de que el Estado deba garantizar un trato igual ante la ley, tanto en la aplicación de esta, como en la ley misma. La igualdad en la ley es el “reconocimiento general de los derechos de todos los hombres”, mientras que la igualdad en la aplicación de la ley es la obligación que se le endilga a los órganos ejecutivos y judiciales del Estado de aplicar efectivamente la igualdad en relación con los ciudadanos.

Cifuentes (1997) realizó un estudio acerca de los desarrollos jurisprudenciales más importantes para la época sobre el principio de igualdad, el cual será analizado en forma más detallada en el capítulo tercero sobre el derecho a la igualdad en Colombia. Sin embargo, es importante destacar para este estudio sobre el estado de cosas de esta categoría, algunos apartes del trabajo realizado por este autor. Manifiesta que la igualdad no es un atributo que se pueda predicar de una persona, sino que es una comparación que se hace entre varias o un grupo de personas. Esta comparación se realiza por parte de los jueces, en nuestro caso, el juez constitucional, indicándose, como lo han hecho otros autores consultados, que el juicio de proporcionalidad es una de las herramientas fundamentales para la determinación de una situación de posible afectación de la igualdad, a la luz de la Constitución.

Suárez (2006) reafirma que la igualdad tiene varias connotaciones a partir de la consagración en la Constitución de 1991 y toda vez que se encuentra en el preámbulo, es uno de los valores sobre los cuales se funda el Estado; también como una norma con carácter de obligatoriedad para la función estatal; como mandatos a ser cumplidos por parte de los particulares; y como valor para las relaciones con otros Estados (Suárez, 2006, p. 9). El autor destaca que la igualdad consagrada en la Constitución ordena al legislador que la preserve y promueva, manifestando, a diferencia de los otros autores referidos anteriormente, que “es posible definir racionalmente qué está ordenado al Legislador en materia de igualdad y seguir un

método para controlarlo” (p. 11), es decir, que el principio no es vago sino que encuentra una concreción que puede ser racionalmente inteligible.

A diferencia de Cifuentes (1997), Suárez considera que la igualdad sí es un atributo de la persona, en forma individual o en conjunto (p. 13), derecho cuyo extremo pasivo u obligado es el Estado. Esta posición dejaría en entredicho la posibilidad de que se reclamara en forma directa un trato igualitario frente a un particular.

No obstante pretender que hay razones para manifestar que la igualdad indica al legislador qué conductas asumir y cómo controlarlas, entiende que hay disposiciones, como la igualdad, que no pueden ser concretadas al máximo debido y que el legislador no puede prever todas las posibilidades que podrían presentarse en la vida real, por lo que deben existir cláusulas de una considerable extensión que sean de decisión por parte del órgano judicial. En este punto el autor concuerda con los demás que se han tenido en cuenta en este trabajo. Las normas sobre la igualdad ordenan lo que debe hacer pero no dicen cómo, ni imponen límites.

La igualdad, entonces, tiene una multiplicidad de connotaciones: puede ser norma, valor, regla o derecho subjetivo. Destaca que la Corte Constitucional ha encontrado en la consagración constitucional de la igualdad un principio general, la prohibición de discriminación, la obligación de promover la igualdad, la autorización para la que se denomina discriminación positiva o tratos desiguales en algunos casos, el deber de protección frente al trato desigual y una facultad sancionadora frente a la violación a éstos.

En general puede concluirse que los estudios que sobre la materia se han realizado, abordan el tema principalmente desde la posición que ha adoptado a lo largo de su historia la Corte Constitucional, como órgano de interpretación autorizada de la Constitución, hecho que

permitirá abordar desde esta óptica el tema en el capítulo correspondiente dentro del presente trabajo.

Corresponderá a continuación verificar, a partir de las principales sentencias proferidas por los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones en Colombia, cómo se han tratado las categorías de perjuicios inmateriales a resarcir en el país, con el fin de ilustrar sobre su evolución o involución, según sea la postura a asumir por el lector, dejando el pensamiento propio sobre el asunto en el acápite de conclusiones.

Capítulo 2

Los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia colombiana.

El vocablo jurisdicción, entendido desde la Teoría General del Proceso, hace referencia a la capacidad que tiene el Estado, en virtud de su soberanía, de dirimir los conflictos intersubjetivos de intereses que surjan entre sus asociados (Quintero & Prieto, 2008).¹⁸ Esta potestad que está radicada en el Estado se desarrolla, principalmente, a través de sus jueces. Lo anterior permite concluir que todos los jueces de la república están dotados de las facultades derivadas de la soberanía estatal para zanjar los conflictos que les pongan de presentes. Constitucionalmente, el Poder Público se encuentra dividido en diferentes áreas, a saber, la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial. En los artículos 228 a 230 de la Constitución Política de 1991 encontramos que la Rama Judicial es la encargada de administrar justicia en el Estado Colombiano y que esta se constituye por cuatro “jurisdicciones”¹⁹, la ordinaria, la contenciosa administrativa, la constitucional y la disciplinaria, así como las diferentes jurisdicciones que son llamadas especiales (Andes, 2013).

La jurisdicción ordinaria está determinada para conocer y decidir los conflictos que se presentan entre particulares, siendo su órgano de cierre la Corte Suprema de Justicia, la cual, a su vez, se compone de diferentes salas, de acuerdo con la naturaleza de los conflictos que conocen cada una de ellas: la sala Plena; la Civil, Agraria y de Familia; la Laboral y la Penal. Dentro del

¹⁸ Aunque de acuerdo con Agudelo (2007) no solamente se ejerce jurisdicción a través de los órganos del Estado, sino que también se hace a través de quienes tienen las facultades de dirimir un conflicto, como por ejemplo los árbitros en el procedimiento arbitral. Sin embargo no se adentrará en esta discusión debido a que la misma desborda el objeto del presente trabajo.

¹⁹ Como se advertía, el término jurisdicción hace referencia a la posibilidad de que los jueces impartan justicia y está en cabeza de todos. Sin embargo, tanto en la Constitución como en la ley, la palabra jurisdicción es utilizada para hacer referencia también a lo que en la Teoría General del Proceso se denomina como competencia (Agudelo, 2007, p. 91).

presente trabajo cuando se haga referencia a la Corte Suprema de Justicia se estará aludiendo a la Sala Civil, Agraria y de Familia de dicho órgano.

Entretanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo se encuentra estatuida para decidir los conflictos que surjan entre los particulares y el Estado, o entre entidades estatales. Su máximo órgano es el Consejo de Estado el cual está dividido en tres salas, la Plena, la de Consulta y Servicio Civil y la de lo Contencioso Administrativo. Esta última se encuentra, a su vez, subdividida en varias secciones, que atienden también, a la naturaleza de los conflictos que tienen atribuidos, de acuerdo con el tipo de pretensiones, siendo éstas la Sección Primera, la Sección Segunda, la Sección Tercera, la Sección Cuarta y la Sección Quinta. La Sección Tercera es la que recoge el interés en el presente trabajo, por conocer, entre otros asuntos, de los procesos de reparación directa por hechos, omisiones u operaciones administrativas (Estado, 2003).

Si todos los jueces de la república tienen la potestad de decidir los conflictos que surjan, ¿por qué razón existen varios tipos de jueces y los asuntos que conocen son diferentes? Para ser más específicos respecto del problema planteado en el presente trabajo, ¿por qué razón hay unos casos de indemnizaciones que conoce la jurisdicción civil y otros la de lo contencioso administrativo? Tal vez una cita de 1914 sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo nos ayude a solucionar por ahora este problema:

La necesidad del establecimiento de la *jurisdicción contencioso-administrativa* proviene del principio que el Derecho Público denomina *separación de los poderes*, que más bien debería llamarse *separación de las tres ramas del poder público*, pues éste es uno solo. Hay cuestiones que por su naturaleza misma son del resorte de la administración pública y no pueden llevarse ante la justicia ordinaria sino en la forma de una acusación contra el funcionario o empleado que ejecutó un acto ilegal lesivo de un derecho civil (Rodríguez Piñeres, 1914).

Con base en lo anterior, puede concluirse que la justificación que se encuentra para que existan jueces diferentes para resolver los conflictos que surjan entre particulares y cuando en éstos se encuentra inmiscuido el Estado, es el principio de separación de poderes y la especificidad que frente a la administración se encuentra. Al existir esa diferenciación entre jueces, es que en el presente capítulo se hace un estudio separado en relación con la evolución de los perjuicios inmateriales en cada una de las jurisdicciones.

2.1. Evolución de los perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil.

Hablar de los perjuicios inmateriales en Colombia es precisamente remontarse a la historia de esta categoría de perjuicios en la Corte Suprema de Justicia, órgano que desde sus inicios y hasta la asignación de funciones al Consejo de Estado, era el encargado de dirimir las controversias no solo entre particulares, sino también frente al Estado. Fue en este tribunal en donde se reconoció por primera vez el denominado perjuicio moral, como una de las categorías indemnizables de perjuicios inmateriales, en el conocido “caso Villaveces” que fue decidido a través de la sentencia del 21 de julio de 1922. Ya en esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia ordenó la indemnización de este tipo de perjuicio a favor del demandante, ya que la entidad accionada había extraído los restos de la cónyuge del accionante de la bóveda en que se encontraban, a lo que se ordenó la indemnización por el daño moral causado.²⁰

²⁰ Para ahondar en el estudio de esta providencia la misma se referencia así: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil (1922, julio), M.P. Tancredo Nannetti, Bogotá. Sobre los hechos que dieron origen a la sentencia se puede decir lo siguiente: a la muerte de la cónyuge del accionante, este decide hacer una bóveda para su recuerdo en el Cementerio Central en Bogotá. Por orden de la administración municipal, la bóveda, junto con otras, fue removida, así como los restos de la cónyuge del actor, por lo que este pretendía que la ciudad de Bogotá le pagara la indemnización de los perjuicios causados por este hecho.

Mediante sentencias del 23 de abril de 1941²¹, esta misma Corporación hizo una clasificación del perjuicio moral en subjetivo y objetivado (Koteich, 2012, p. 196). El primero de ellos correspondía al denominado precio del dolor, sufrimiento, aflicción; mientras que el segundo entendido como el detrimento económico derivado de esa aflicción. Este último concepto tenía una gran similitud con el perjuicio material denominado lucro cesante, por lo que no tuvo mayor repercusión debido a la crítica a la cual fue sometido, por incurrir en una doble indemnización de un mismo perjuicio. Para M'Causland (2008), el reconocimiento de este tipo de perjuicios como lo hizo la Corte Suprema de Justicia en aquella oportunidad, permitía indicar que en nuestro país se reconocía el denominado perjuicio a la vida de relación desde esta época²².

A su vez, en el año 1968 esta misma corporación profirió una sentencia el 4 de abril²³ indicando que existen clases de daños tendientes a indemnizar la lesión a la integridad física o mental de la víctima, su libertad e intimidad. Este tipo de perjuicios se caracterizan porque pueden tener consecuencias patrimoniales, pero también afectan su vida de relación y su equilibrio sentimental. Sin embargo esta consideración no fue tomada en cuenta en sentencias posteriores, en las que solamente se ha tenido como referencia el denominado perjuicio moral, en

²¹ Estas sentencias se individualizan así: (i) Proceso 337424, M.P. Arturo Tapias Pilonieta, derivada de la muerte de una persona que era pasajera de un vehículo dedicado al servicio de transporte público de pasajeros; (ii) proceso 337425, M.P. Aníbal Cardoso Gaitán, igualmente tiene que ver con el daño causado en virtud del desarrollo de un contrato de transporte de pasajeros; (iii) proceso 337426, M.P. Juan Antonio Donado, el proceso tenía que ver con el daño ocasionado al demandante en virtud de la explotación de una casajera a través de medios explosivos, considerados como actividad peligrosa.

²² Al hacer un estudio sobre la distinción en la tipología de perjuicios en Brasil, en donde se reconoce el daño moral subjetivo y el daño moral objetivo, al respecto puede leerse: “Es esta la misma distinción que en una época adoptó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, especialmente su Sala de Negocios Generales, y que me ha permitido afirmar, en un trabajo anterior, que en varias sentencias de los años 40 se encuentra un claro antecedente del reconocimiento del daño a la vida de relación. Me refiero a algunos fallos en los que se reconocieron indemnizaciones por “perjuicios morales objetivados” consistentes en el estado de inferioridad social o en el complejo social en que quedaron las víctimas en razón de las cicatrices producidas por la lesión” (M'Causland, 2008, p. 55).”

²³ Cuyos hechos tenían que ver con el incumplimiento de un contrato de transporte por el accidente de tránsito que generó la muerte de un pasajero y la pérdida de sus objetos personales. Sentencia con ponencia de magistrado Fernando Hinestrosa. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 1968)

el que se englobaban para la Corte Suprema de Justicia todas las posibles categorías o consecuencias de perjuicios diferentes al material. Así puede evidenciarse en sentencias del 10 de junio de 1998, expediente 6083; del 26 de junio de 2003, expediente C-5906; del 15 de octubre de 2004, expediente 6199; 19 de diciembre de 2006, expediente 00109, entre otras (M'Causland, 2008, pp. 65-67).

Resulta interesante, para efectos del presente trabajo, adentrarse en un estudio bajo la técnica del análisis documental ligero, sobre las providencias judiciales citadas anteriormente, para entender y extraer de ellas las razones que expresaban los jueces sobre su concepción de lo que se denomina como perjuicio inmaterial. El análisis se realizará con el método propuesto por Castillo (2004-2005), a través del cual se hace un examen sucinto de textos para extraer sus elementos clave.

Primero, se referirá a la sentencia del 10 de junio de 1998, expediente 6083. Esta providencia fue proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Rafael Romero Sierra. A través de ésta, se decidió un incidente de regulación de perjuicios instaurado por los demandados dentro de un proceso ordinario. Los incidentantes fueron favorecidos en la sentencia proferida en el proceso ordinario, la cual desestimó las pretensiones de la demanda e impuso una condena a favor de la parte accionada.

La indemnización de los perjuicios solicitada incluía, entre otro tipo de perjuicios, los morales ocasionados por la angustia y afectación a su parte social y profesional por la citación al indicado proceso ordinario. La sala consideró que el agravio solicitado por los pretensores se desprende de la misma providencia que desechó las pretensiones de la demanda en la que se indicó que las imputaciones hechas a los demandados no eran razonables. Indicó la sala que además del reconocimiento de los perjuicios derivados de la aflicción por el daño sufrido,

también debían ser resarcidos aquellos que tienen como origen el menoscabo que ha sufrido la reputación de una persona (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 1998). Sin embargo, como se afirmó, solamente se ordenó resarcir el denominado perjuicio moral.

En segundo término, encontramos la sentencia del 26 de junio de 2003, expediente C-5906. Con ponencia del magistrado José Fernando Ramírez Gómez, se dictó sentencia dentro del proceso a través del cual se pretendía la declaratoria de responsabilidad civil contractual en virtud de accidente de tránsito, ya que el demandante viajaba como pasajero del vehículo volcado, pretendiendo la respectiva indemnización de los perjuicios ocasionados.

Después de hacerse un análisis sobre la responsabilidad civil procedente en el caso, entendiendo que los demandados serían obligados al pago de las indemnizaciones solicitadas, la Corte procedió al examen de los perjuicios pretendidos. De allí se desprende que, en relación con el denominado perjuicio moral, se indemnizó en virtud de que las lesiones sufridas por el accionante le produjeron gran congoja y tristeza, así como la angustia derivada de aceptarse en el medio social y familiar con el estado actual del cuerpo del actor. Sin embargo, la indemnización se globalizó por el concepto de perjuicio moral. Al respecto se lee:

Por tanto, al estar demostrado que el demandante sufrió heridas de consideración, algunas con secuelas, como la pérdida parcial de la visión, el acortamiento de un miembro inferior por trauma pélvico y la limitación de la flexión de los dedos de la mano izquierda, procede la fijación de los perjuicios morales en la suma de \$10.000.000.00. Esto en consideración a la gran angustia que produce el verse lesionado y la afección emocional que se deriva del tenerse que aceptar en el medio familiar y social, inclusive laboral, en el estado actual de su cuerpo. Estado que, como es apenas obvio, no es transitorio, sino que debe soportarlo el demandante durante toda su vida, lo que conlleva indiscutible la lesión de claros derechos de la personalidad y de la autoestima (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2003).

Tercera, la sentencia del 15 de octubre de 2004, expediente 6199, cuyo ponente fue el magistrado Cesar Julio Valencia Copete, y que tiene como hechos que sirvieron de base a las

pretensiones, la gangrena que produjo la consecuente pérdida del miembro inferior izquierdo del actor, causada por un mal diagnóstico y procedimiento médico.

Sobre los perjuicios inmateriales expresó la sala que debido a la edad del actor al momento de sufrir el daño se presentan como más graves las consecuencias derivadas de éste, en el sentido de que en forma temprana se alteraron sus condiciones de existencia, por tener que crecer sometido al uso de una prótesis, impidiéndosele desarrollar algunas de las posibilidades o esperanzas futuras. Sin embargo, como en los casos anteriores, la indemnización ordenada fue solamente por el denominado perjuicio moral (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2004).

Para finalizar este grupo especial de providencias, tenemos en cuarto lugar la sentencia del 19 de diciembre de 2006, expediente 00109, con ponencia del magistrado Manuel Isidro Ardila Velásquez. Esta providencia se fundamenta en el accidente de tránsito ocurrido entre una motocicleta y una buseta de servicio público, cuando ésta última giró a la izquierda sobre la calzada por la cual transitaba el velocípedo, ocurriendo la colisión, en la que quedó seriamente lesionado el demandante, quien además pretendió la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales causados.

Sobre éstos últimos, afirmó la Corte que indemnizaba el llamado perjuicio moral, el cual a juicio, de la Sala, se desprendía de la desfiguración del rostro y de la disminución de la capacidad motriz del actor (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2006).

Analizadas las sentencias tomadas como referencia en líneas anteriores, puede concluirse que en las mismas la Corte Suprema de Justicia fundamentó la indemnización del denominado perjuicio moral, en la angustia generada por la lesión y además en las aflicciones a la vida externa de las víctimas, diferentes a sus actividades laborales o económicas, lo que claramente constituye el concepto del denominado perjuicio a la vida de relación. Así, se confirma que

desde tiempo atrás, esta Corporación había acogido este tipo de perjuicio inmaterial, sin embargo no lo indemnizaba de manera autónoma, sino que lo hacía integrado al moral.

Desde la sentencia del 13 de mayo de 2008 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Valencia Copete, se reconoció la individualidad del perjuicio denominado a la vida de relación y su consecuente resarcimiento. El caso puede compendiarse en el accidente sufrido por el actor cuando se encontraba en las instalaciones de una obra en construcción en la que trabajaba, cuando una de las losas cedió y por ende cayó, ocasionando serias lesiones a la integridad del demandante.

En la providencia judicial referida se manifiesta que el perjuicio moral es el que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2008), mientras que el perjuicio a la vida de relación es el que incide sobre la vida exterior del individuo en relación a su actividad social no patrimonial, para poder diferenciarlo del denominado lucro cesante.²⁴

²⁴ Se puede extraer de la sentencia anotada la siguiente cita sobre el perjuicio a la vida de relación, en la cual se entiende la diferencia con el perjuicio moral: a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho; c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquélla y éstos; f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño - patrimonial o extrapatrimonial - que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una

Desde el momento en que se profirió la sentencia a que se acaba de hacer referencia, tanto la máxima Corporación en la jurisdicción ordinaria como los demás tribunales y jueces del país, en sede civil, continuaron indemnizando como especies del perjuicio extrapatrimonial o inmaterial, el moral y el perjuicio a la vida de relación, justificándose en la externalidad o no de los efectos del daño causado a la víctima, perjuicio este último, que en las demandas era solicitado en forma indistinta como perjuicio fisiológico o como alteración a las condiciones de existencia, denominaciones que provienen principalmente del desarrollo que tuvo anteriormente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde se le reconoció con mayor anterioridad.²⁵

El desarrollo del perjuicio a la vida de relación en la jurisdicción civil se observa, por ejemplo, en la sentencia del 20 de enero de 2009, en la cual, en un caso en el que la víctima fue lesionada mediante un arma de fuego y se le generó una pérdida de capacidad laboral del 90 %, se reconoció a favor del demandante por parte de la Corte Suprema de Justicia, tanto el perjuicio moral como el perjuicio a la vida de relación, ratificando la autonomía de este tipo de perjuicio e indicando cuál debía ser su extensión, esto es, la suma de \$ 90.000.000.²⁶

Lo anterior fue pacífico hasta la sentencia del 5 de agosto de 2014 y ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez. El litigio versó sobre la indemnización de los perjuicios causados por una entidad bancaria a los accionantes por el incumplimiento de un contrato de mutuo en virtud del cobro constante de sumas de dinero que no eran debidas por los actores,

indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas. (Sentencia 13 de mayo de 2008, 2008)

²⁵ Desarrollo que será objeto de análisis dentro de este mismo capítulo.

²⁶ No obstante, en el evento la indemnización efectiva fue de \$ 63.000.000 debido a que se reconoció una reducción del monto indemnizatorio en un 30 %, toda vez que la víctima tuvo incidencia en el daño, en dicha proporción (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2009, pp. 33 y 35).

cobro que generó un perjuicio material e inmaterial, cuya indemnización fue solicitada en la demanda.

Específicamente en lo que tiene que ver con el perjuicio inmaterial, se argumentó que además del tradicional perjuicio moral, a los demandantes se les generó con el daño en virtud del incumplimiento, un perjuicio al buen nombre derivado del reporte que hizo la entidad financiera a las centrales de riesgo, por lo que ese perjuicio debía ser indemnizado en forma individual y como un concepto diferente a los ya conocidos moral y a la vida de relación.

De acuerdo con Solarte (2014), la ponencia presentada para la providencia que se menciona fue ampliamente discutida en la Corporación, a través de diez sesiones durante las cuales se hizo un análisis sobre la conveniencia o no de ampliar las categorías de perjuicios inmateriales a resarcir. Fue tanta la controversia al respecto que de un total de siete magistrados que conformaban la sala, tres de ellos salvaron su voto frente a la ponencia propuesta y uno de los que votó a favor de la misma presentó aclaración del voto, la que será objeto de análisis posterior. Lo anterior para poner de manifiesto que no es claro que la sentencia haya tenido la unanimidad suficiente para ser considerada como precedente judicial²⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, la sentencia hace un análisis sobre los derechos que deben ser objeto de protección por parte de la responsabilidad civil en la modernidad, fundamentados en el hecho indiscutible de la constitucionalización del Derecho. Así, existen unos derechos que están ligados a la persona, que la Constitución Política los cataloga como fundamentales y que deben ser objeto de indemnización en caso de que resulten lesionados por un actuar, incluso en sede de responsabilidad civil contractual. Al respecto dice:

²⁷ Entendido, al decir de Contreras (2011, p. 345) como la obligación que tienen los jueces de seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando no haya un tránsito legislativo relevante.

Desde esta perspectiva, y en contraposición al daño estrictamente patrimonial, el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial –además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2014, p. 31)

La indemnización de esa tercera categoría de perjuicios inmateriales resarcibles por parte de la Corte Suprema de Justicia tiene como fundamentos normativos los artículos 1, 2 inciso 2 y 15 de la Constitución Política, el artículo 5 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, así como el 16 de la Ley 446 de 1998.

2.2. Evolución de los perjuicios inmateriales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al inicio del apartado anterior se manifestó que hablar de la historia de los perjuicios inmateriales en Colombia era remontarse a la historia misma de la Corte Suprema de Justicia, pues fue en esa Corporación en donde se inició el reconocimiento de esta categoría indemnizatoria en el país. Siguiendo esa misma estructura, debe decirse que los perjuicios inmateriales han tenido su principal evolución y desarrollo en el seno del Consejo de Estado, órgano judicial que ha sido abanderado, sobre todo en los últimos quince años, en relación a la

evolución de esta categoría de perjuicios indemnizables (Gil, 2014, p. 37).²⁸ Si bien, el camino marcado en relación con los perjuicios inmateriales y específicamente del denominado perjuicio moral, inició con la comentada sentencia del “caso Villaveces” en el año 1922, el espectro se empezó a ampliar en el año 1993 en la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Sin embargo, a nivel de jueces de inferior categoría en nuestro país, los autores concuerdan en que la indemnización de perjuicios inmateriales diferentes al moral en la jurisdicción de lo contencioso administrativo inició con una sentencia del 3 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la cual se condenó a pagar a la entidad accionada una suma de dinero por concepto del que se denominó perjuicio fisiológico, providencia que fue ratificada por el Consejo de Estado a través de la providencia del 1 de julio de 1993 expediente 7772 con ponencia del consejero Daniel Suárez Hernández.²⁹ El caso correspondía al accidente sufrido por un soldado que prestaba el servicio militar obligatorio y a quien su superior le ordenó que realizara una labor de reconexión de cables a través de los cuales se suinistraba la energía. En cumplimiento de tal mandato sufrió lesiones al ser electrocutado, pidiendo la indemnización por tal daño. De acuerdo con M'Causland (2008), en la sentencia referida se manifestó que al demandante se le había privado de los placeres cotidianos de la vida por la paraplejía con la que había quedado.

Frente al inicio del reconocimiento de perjuicios diferentes al moral en el Consejo de Estado se habla específicamente de la sentencia del 14 de febrero de 1992, proferida en el expediente 6477, con ponencia del consejero Carlos Betancur Jaramillo, demandante Mariana Barazzutti Chiapolino, que tiene como fundamento una falla en la prestación del servicio médico

²⁸ En similar sentido se pronuncia Álvarez (2014) al indicar que es en la sección Tercera del Consejo de Estado “donde se han gestado los avances más significativos en aquello de la tipología del daño inmaterial en Colombia” (p. 131).

²⁹ Al respecto ver M'Causland (2008, p. 59), Álvarez (2014, p. 2) y Koteich (2012, p. 204).

por parte de la entidad demandada, por la deficiente atención a la actora, quien se encontraba en labor de parto, solicitándose la indemnización de los perjuicios derivados de aquella mala atención. En la sentencia referida se hizo alusión a la existencia de un perjuicio fisiológico, pero la indemnización se ordenó solamente por el denominado perjuicio moral, en el cual se comprendería el fisiológico, y que por ende, agravaría el monto de la condena en contra de la demandada, debido a la gravedad de las lesiones corporales dejadas a la afectada (Koteich, 2012, p. 206). Así pues, en esta sentencia se inició el tratamiento jurisprudencial en el Consejo de Estado en relación con una categoría de perjuicios diferente al moral, pero no se aventuró a indemnizarlo en forma autónoma sino como agravante de la condena por perjuicio moral.

Fue a partir de la sentencia del 6 de mayo de 1993³⁰ a través de la cual el máximo tribunal de lo contencioso administrativo reconoció la autonomía de un perjuicio inmaterial diferente al moral. Se trata de la providencia que puso fin a la segunda instancia dentro del proceso radicado con expediente 7428, con ponencia del consejero Julio Cesar Uribe Acosta. En esta oportunidad al perjuicio indemnizado se le denominó *perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación* derivado de las lesiones corporales que incapacitaron por completo al demandante, por las cuales no podría desenvolverse como habitualmente lo hacía en su vida social (Koteich, 2012, p. 207). De acuerdo con el racionamiento del Consejo de Estado en esta oportunidad, si la dignidad humana le permite a cada uno desarrollar sus esferas patrimoniales por la posibilidad de obtener ingresos económicos, la estabilidad emocional y de realizar actividades que produzcan placer, el daño a cualquiera de estos debe ser, entonces, indemnizado. Las primeras dos se encuentran satisfechas con los rubros denominados lucro cesante y perjuicio moral, pero la tercera no

³⁰ Tuvo como base fáctica esta providencia, el accidente de tránsito ocurrido con un vehículo de propiedad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en el cual perdió la vida uno de sus ocupantes y el otro quedó lesionado en forma considerable.

encontraba una verdadera reparación. Por ello, con base en el principio de reparación integral se ordenó la indemnización referida.

Se ha criticado esta posición determinada por el Consejo de Estado, en tanto que el razonamiento de la autonomía del *perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación* partió de la confusión de dos instituciones existentes en los derechos francés e italiano. Y se critica, pues es confundir dos especies de perjuicio inmaterial que doctrinalmente son diferentes, una que atiende al daño a la integridad psicofísica de la persona (el fisiológico) y el otro a su relación con el entorno exterior o vida social (el perjuicio a la vida de relación) (Koteich, 2012, pp. 206-213).

Sobre esta misma crítica se ha pronunciado Gil (2014):

En esta ocasión, se trocaron dos categorías de daños inmateriales que tenían orígenes disímiles, el primero de raigambre francés y relativo a la pérdida de los placeres de la vida (deportivos, culturales, sexuales, estéticos, etc.) y, el segundo, de corte italiano que se refería a la indemnización de las actividades no productivas de la víctima (Gil, 2014, p. 115).³¹

Posteriormente, en el año 1997, se profirió la sentencia del 13 de junio, expediente 12.499, con ponencia del consejero Jesús María Carrillo, en la cual se ratifica la autonomía de la reparación del tipo de perjuicios referidos, pero se evidencia que no se tenía bien aprehendido cuál era el verdadero daño que se estaba reparando con la categoría autónoma. Lo anterior, debido a que en la providencia se manifestó que el perjuicio fisiológico se encuentra en el medio del perjuicio material y del perjuicio moral. Se indicó, además, que es una especie de perjuicios que le permiten al juez solucionar el problema que se le presenta al resolver casos en los que no es claro si el daño que padece el afectado es material o moral, reconociéndosele una especie de dualidad o doble entidad (Gil, 2014, p. 117). La anterior interpretación de la Corporación tuvo

³¹ Vale la pena advertir que el autor comete un error al citar la referida jurisprudencia pues la identifica como sentencia del 6 de septiembre de 1993, siendo en realidad proferida el 6 de mayo del mismo año, como ya se anotó.

como consecuencia que se indemnizaran como perjuicios inmateriales, en sede del denominado perjuicio fisiológico, aspectos propios del denominado perjuicio material, como valor de la contratación de enfermeras, de adquisición de sillas de ruedas, etc. (Koteich, 2012, p. 215).

Frente a esta sentencia el consejero Ricardo Hoyos Duque aclaró su voto, en el sentido de que no estaba de acuerdo con el concepto que se estaba utilizando para indemnizar este tipo de perjuicios, advirtiendo que deviene de un error en la traducción de textos del derecho francés, en donde el perjuicio fisiológico corresponde verdaderamente a la lesión corporal sufrida por el afectado y con ese concepto no se denota el perjuicio a las actividades esenciales y placenteras de la vida.

En la sentencia del 19 de julio de 2000³², expediente 11.842 con ponencia del consejero Alier Hernández, se replanteó la denominación que se venía dando a este tipo de perjuicio para llamarlo perjuicio a la vida de relación. El cambio tenía fundamento en el hecho de que el concepto sugerido abarcaba mejor lo que se pretendía indemnizar (Rueda, 2014, p. 68). Se manifestó que la indemnización se generaba por las consecuencias derivadas de la lesión de un derecho o de la integridad psicofísica del afectado. Es decir, claramente se diferencia en esta sentencia entre el daño-evento y el daño-consecuencia, indicando que el que se resarce es este último. Se advirtió además, que la indemnización procede no solamente en los casos de lesiones corporales sino también en los eventos de lesiones a otro tipo de derechos, como la publicación de una acusación falsa, la muerte de un hijo, la muerte del padre que afecta a un hijo póstumo, o la privación injusta de la libertad (M'Causland, 2008, p. 63).

³² Los hechos de la demanda tuvieron que ver con las lesiones ocasionadas al actor como consecuencia del accidente de tránsito generado por la persecución a unos delincuentes que se hacía en el rodante del actor, y que éste mismo conducía, por órdenes del comandante de Policía del corregimiento de Altagracia en Risaralda,

A partir de esta sentencia se dio una discusión en la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con la denominación que se le daría al perjuicio que se indemniza, llamándosele también alteración a las condiciones de existencia. Así, por ejemplo, en la providencia del 15 de agosto de 2007, exp. 2003-385, se dice que esta última denominación ofrece un espectro más amplio en relación con lo que se quiere indemnizar, pues abarca no solo la vida exterior o de relación del afectado sino también los cambios bruscos en las condiciones de una persona.

Ante esta postura, surgieron algunas críticas, como las hechas por Koteich (2012), quien dice que la denominación alteración a las condiciones de existencia no está haciendo referencia a un tipo de lesión específica, pues cualquier “daño de consideración normalmente altera las condiciones precedentes de existencia de la víctima” (p.228). También se hace una crítica por parte de Rueda (2014), quien indica que con el cambio de denominación se despojó al daño fisiológico de su verdadero núcleo, al asimilarlo al perjuicio a la vida de relación.

Hasta este momento se puede ver cómo en la primera década del siglo XXI la Sección Tercera del Consejo de Estado evolucionó las categorías de perjuicios inmateriales a indemnizar a favor de las víctimas de daños derivados del actuar o de la omisión de una entidad pública. Estas categorías fueron el perjuicio moral y el perjuicio a la vida de relación (también llamado perjuicio fisiológico o alteración a las condiciones de existencia, como se acabó de ver). Sin embargo, a partir de la década que comenzó en el año 2010 aquella Corporación varió la concepción que tenía sobre este tipo de perjuicios, como se verá a continuación.

A través de la sentencia del 18 de marzo de 2010, proferida dentro de un proceso tramitado en virtud de la muerte de unas personas como consecuencia de un enfrentamiento entre dos tropas del Ejército Nacional el 13 de noviembre de 2000 en el municipio de El Copey, Cesar,

se decidieron las pretensiones de indemnización elevadas por la actora. Sobre el resarcimiento del que se denominó perjuicio fisiológico en la demanda, indicó el Consejo de Estado que no resultó probado el daño a la salud o fisiológico que permitiera indemnizar este tipo de perjuicio a favor del lesionado. Y este pronunciamiento es importante porque, aunque no se indemnizó el perjuicio fisiológico, marcó el camino de lo que continuó considerándose en la Corporación sobre este tipo de perjuicio. Pero además de lo anterior, se ordenó una indemnización en virtud de la vulneración de los derechos fundamentales del niño y de la familia, para quien perdió a su padre en el hecho (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2010).

La sentencia del 11 de agosto de 2010, decidió el proceso judicial iniciado por un caso sobre lesiones por impacto de bala sufridas por la demandante en virtud de la respuesta por parte de la Policía Nacional ante el ataque de un grupo guerrillero en la localidad de Guataquí, Cundinamarca. Estas lesiones le generaron a la afectada una pérdida en la capacidad para laborar del 80 %, solicitando que se le indemnizara el perjuicio material, así como el inmaterial en sus modalidades de perjuicio moral y fisiológico. En la providencia se indicó que en ciertos casos en los cuales se demuestre que la víctima además del sufrimiento que ha tenido por la lesión, padeció otras consecuencias como la imposibilidad de desarrollarse o desenvolverse normalmente como lo hacía antes del hecho, deberá indemnizársele esa alteración grave a las condiciones de existencia, ordenando su indemnización (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2010). Dos de los consejeros que adoptaron la decisión aclararon su voto. Uno de ellos, Enrique Gil, argumentó que no puede simplemente pretenderse variar las denominaciones del perjuicio inmaterial que acompaña al moral en las indemnizaciones de perjuicios, sino que debe atenderse, de acuerdo con razones constitucionales y con el principio de reparación integral, cuál es la

verdadera esencia del perjuicio que se resarce. Al respecto indicó el magistrado que salvó el voto:

No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado que se creen problemas en la cuantificación y en la naturaleza óptica del daño, ya que el actual contenido y alcance de los mismos en el ámbito nacional, se presta para valoraciones equívocas lo que en determinados eventos puede dar lugar a inequidades, como el haber decretado en el caso concreto una grave alteración a las condiciones de existencia cuando el daño consistió en la pérdida de un testículo, sin que esa precisa circunstancia afectara la esfera interna del sujeto, ni mucho menos la externa, ya que la posibilidad de procreación se mantiene intacta al igual que la capacidad de interrelacionarse sexualmente, motivo por el que, en esa circunstancia especial, el daño a reconocerse, sin anfibiología alguna, es el daño a la salud en la medida que supone una afectación a la integridad psicofísica del sujeto (Aclaración al voto Sentencia 11 de agosto de 2010, 2010, p. 12).³³

Concluye quien aclaró el voto que la indemnización que debió reconocerse en este caso y a futuro es el denominado daño a la salud, cuando proviene de una lesión corporal, pues lo que se está indemnizando es la alteración a la unidad corporal de la persona o su armonía psicofísica. Y va más allá, diciendo que en eventos en los cuales el daño no provenga de una lesión corporal, lo que se debe indemnizar, además del perjuicio moral, entendido como la aflicción espiritual, es la afectación a bienes, derechos o intereses legítimos que tengan reconocimiento constitucional, en forma independiente y sin indemnizar una metacategoría. La segunda aclaración el voto tiene que ver con otro punto diferente debatido en la instancia, que no tiene que ver con el objeto de este estudio.

El día 14 de septiembre de 2011 se profirieron las sentencias de unificación dentro del expediente 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031), con ponencia de Enrique Gil Botero. La acción se fundamentó en la lesión ocasionada a un soldado cuando pisó una mina antipersona en

³³ Al parecer, el consejero utilizó en este salvamento de voto otro que realizó en sentencia diferente, pues hace relación a la pérdida de un testículo del demandante, cuando la demanda tiene que ver con la bala que impactó una pierna de la accionante.

momentos en que se encontraba prestando el servicio militar obligatorio en calidad de conscripto, solicitando la indemnización de los perjuicios ocasionados. En la argumentación que se hizo sobre el perjuicio solicitado como fisiológico, se pasó a hacer un análisis basado principalmente en la vulneración a o no de la igualdad material cuando se da diferentes nombres al perjuicio a indemnizar. Los argumentos esgrimidos en la sentencia resultan ser similares a los que el consejero ponente había manifestado al salvar el voto en la anterior sentencia que se analizó. Al respecto se lee:

Entonces, resulta necesario que se sistematice la indemnización del perjuicio inmaterial en Colombia para determinar cuáles son los perjuicios inmateriales resarcibles –diferentes al daño moral–, pues con la tipología vigente no se define con claridad: i) si se indemniza el daño por sí mismo o lo que la doctrina denomina el “daño evento”, o si por el contrario se reparan las consecuencias exteriores de ese daño “daño consecuencia”, ii) cuáles son los bienes, derechos o intereses legítimos que tienen cabida en el plano de la responsabilidad y, por lo tanto, que ostentan el carácter de indemnizables, y iii) si el daño derivado de lesiones psicofísicas es posible resarcirlo a través de criterios objetivos y que contengan estándares que garanticen el principio de igualdad, toda vez que frente a una misma lesión podría eventualmente declararse una idéntica o similar reparación (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2011, p. 32).

No obstante lo anterior, la ponencia no fue acogida por la totalidad de integrantes de la sección. Entre otros, la consejera Ruth Stella Correa salvó parcialmente su voto explicando que lo que se había decidido correspondía a un retroceso en la evolución que se había tenido respecto del perjuicio inmaterial a indemnizar. Consideró esta consejera que hasta ese momento la jurisprudencia de la Corporación determinó claramente que el que se denomina daño a la salud estaba indemnizado plenamente a través de las categorías denominadas perjuicio a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia y que ordenar una indemnización por un concepto adicional hace que se pueda indemnizar dos veces un mismo perjuicio. Continuó

diciendo que lo que debe ser objeto de reparación es el daño-consecuencia y no el daño-evento, es decir, que lo que se deben indemnizar son las consecuencias derivadas de la lesión a un bien jurídico. Se pregunta quien salvó su voto:

¿Acaso no se indemniza totalmente a la víctima cuando se repara las consecuencias del menoscabo físico o síquico de la persona? Sin duda, la reparación con ocasión a una afectación corporal o síquica de una persona es integral cuando se indemnizan los efectos que produce la lesión en el patrimonio económico, esto es, el daño material, en los sentimientos, esto es, el daño moral, y en el curso o modo normal de vida del damnificado dentro del ambiente natural o social o en sus proyectos, con cambios en la forma como se relacionaba con el mundo, esto es, el daño por la alteración de las condiciones de existencia.

A través de las sentencias unificadas del 28 de agosto de 2014, expedientes 26.251, 32988, 27709, 31172, 36149, 28804, 31170 y 28832, la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que los perjuicios inmateriales que reconoce esta Corporación serían tres: el moral, la afectación de bienes constitucional y convencionalmente protegidos y el daño a la salud. Además de lo anterior, se procedió a unificar criterios en relación con las indemnizaciones que deben ser reconocidas por concepto de cada perjuicio y dependiendo del tipo de daño de que se trate.

Sobre el novedoso perjuicio denominado como afectación a los bienes constitucional o convencionalmente protegidos se refiere en las sentencias de unificación que es aquel que se indemniza cuando hay una vulneración relevante en contra de alguno de los derechos que sean protegidos por la Constitución o por las normas que hacen parte en las convenciones internacionales sobre derechos humanos y que constituyen lo que se denomina como el bloque

de constitucionalidad³⁴. Es un perjuicio autónomo que se indemniza a la víctima directa o indirecta a través de la realización de medidas reparatorias teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, de oficio o a petición de parte. En forma excepcional, podría ordenarse una indemnización pecuniaria pero solamente a favor de la víctima directa del daño, cuando las medidas satisfactorias no sean suficientes y hasta el monto de 100 SMLMV, de acuerdo con la intensidad del daño causado.

Frente al denominado daño a la salud se hicieron consideraciones similares a las contenidas en la sentencia del 14 de septiembre de 2011, que ya se analizó, sin embargo se agregó que el monto de la indemnización dependerá de la gravedad de la lesión expresada en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la víctima.

No obstante lo anterior, dentro de la misma Corporación se han indemnizado otro tipo de perjuicios inmateriales derivados de daños diferentes. Por ejemplo, en la sentencia del 30 de octubre de 2013, con ponencia del consejero Ramiro Pazos Guerrero, se ordenó la indemnización del que se denominó perjuicio a la familia, como categoría independiente del perjuicio inmaterial (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2013). Se trataba de un caso en el cual hubo una mala práctica en la atención del embarazo de una persona, lo cual desencadenó su muerte y la de la hija. Solicitaron la indemnización de perjuicios su cónyuge e hijos. Sobre la fundamentación del perjuicio a indemnizar se manifestó:

Indiscutiblemente la muerte de aquellas mujeres cercenó por completo el derecho de los hijos y hermanos menores, en cuanto a poder disfrutar de ellas como integrantes de una familia, tal como lo protege no sólo la Constitución Política sino también los instrumentos de carácter internacional.

³⁴ El concepto del bloque de constitucionalidad se ha entendido como la integración entre el derecho interno de los países y las normas del *ius cogens* en el derecho internacional, toda vez que este tipo de normas regulan aspectos de carácter esencial e inalienable como las atinentes a los derechos humanos y por esta razón deben ser aplicados directamente en los países (Serna, 2010).

Con lo anterior, se deja sentada la problemática planteada, esto es, que la jurisprudencia colombiana en materia civil y de lo contencioso administrativo, no ha sido clara en relación a la categorización de los perjuicios inmatrimoniales indemnizar en los procesos de responsabilidad civil y de responsabilidad del Estado. En resumen, se presenta la siguiente tabla:

Tabla 1

Evolución jurisprudencial de los perjuicios inmatrimoniales

AÑO	CORTE SUP. DE JUSTICIA	CONSEJO DE ESTADO
1993	- Moral	- Moral - Fisiológico
2000	- Moral	- Moral - Vida de relación
2007	- Moral	- Moral - Alteración a las condiciones de existencia
2008	- Moral - Vida de relación	- Moral - Alteración a las condiciones de existencia
2011	- Moral - Vida de relación	- Moral - Daño a la salud
2013	- Moral - Vida de relación	- Moral - Daño a la salud - Perjuicio a la familia
2014	- Moral - Vida de relación - Daño a la Salud - Afectación a bienes jurídicos de especial protección constitucional	- Moral - Daño a la salud - Afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos

Fuente: Elaboración propia.

En virtud de que la reparación integral como principio, se encuentra presente en la mayoría de decisiones sobre responsabilidad civil, a continuación se hace un recuento de lo que, sobre la misma, dicen los jueces.

2.3. Reparación integral.

Cuando se adentra en la lectura de la jurisprudencia y la doctrina sobre la indemnización de perjuicios actual se hace evidente la justificación sobre la necesidad de aplicar el contenido del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el cual dispone lo siguiente:

Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales (Congreso de la República de Colombia, 1995).

Que la indemnización de perjuicios esté regida por el principio de reparación integral tiene como intención que el afectado quede en una situación similar a la que tenía en el momento en que ocurrió el daño y por ello la indemnización debe comprender todos aquellos perjuicios que le fueron ocasionados a la víctima (Solarte, El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, 2011, p. 190).

Este mismo autor sostiene que el principio de reparación integral solo procede respecto de los denominados perjuicios materiales, pues este es el que se puede restituir *in natura* o entregando el equivalente en dinero. Frente a los perjuicios inmateriales “resulta complejo, cuando no imposible, reconstituir tales bienes o intereses, o incluso fijar el quantum de la

respectiva reparación en dinero, toda vez que se trata de intereses del sujeto que no admiten una evaluación pecuniaria” (Solarte, 2011, p. 195).

En contraposición a lo anterior, Gil (2014) indica que la forma como se han venido indemnizando los perjuicios en nuestro país atiende al principio que se denomina como “principio indemnizatorio” que se opone al principio de reparación integral. Para este autor, el mencionado principio de reparación integral pretende que la persona que padezca un daño sea llevada “a un punto igual o cercano al que se encontraba antes de su ocurrencia” (p. 50). Ello implica que no solamente se tiene como medida que cumpla el contenido del principio de reparación integral aquella que devuelva las cosas a su estado anterior o su equivalente en dinero, sino también aquellas que satisfagan al afectado. No se considera, por lo tanto, que la reparación integral solo tenga aplicación en el campo de los perjuicios materiales.

No obstante lo manifestado hasta acá, debe hacerse una precisión que puede servir para conclusiones a las que más adelante se llegarán. El análisis que se ha hecho del principio de reparación integral en el Consejo de Estado tiene el matiz de estar inmerso dentro de casos en los cuales hay violaciones a los Derechos Humanos. Y es en este sentido en el que Gil (2014), al unísono con algunas sentencias proferidas por esa Corporación, ha indicado que el principio de reparación integral tiene prevalencia sobre otros principios, como el de congruencia de la sentencia³⁵ y sobre el principio por cual no se puede desmejorar la situación del apelante único, cuando se trate de medidas de reparación no pecuniarias. Se basa lo indicado en el artículo 93 de

³⁵ Contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y 281 del Código General del Proceso en la siguiente forma: La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

la Constitución Política en el cual se dispone la prevalencia en el derecho interno en relación con los convenios, tratados y protocolos internacionales sobre Derechos Humanos (Gil, 2014, p. 52).

En definitiva, el principio de reparación integral implica para el juez la obligación de buscar que la víctima sea llevada al mismo estado en el que se encontraba al momento de ocurrir el daño o, por lo menos, compensar el sufrido. En relación con los perjuicios inmateriales se considera que el principio de reparación integral tiene gran importancia en el hecho de que, bajo una interpretación a la luz de la constitucionalización del Derecho y específicamente del Derecho Civil, el juez pueda utilizar los argumentos válidos para equilibrar la tipología de perjuicios a indemnizar, sin necesidad de sentencias de unificación ni de otro tipo de decisiones de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

Avanzada la discusión hasta este punto es necesario dejar de lado, por el momento, a la responsabilidad civil, para analizar otra de las categorías determinantes para el estudio que se propone, esto es, la igualdad. Ello debido a que, como se manifestó en la introducción y en los objetivos del trabajo, el estudio que se abordó pretende identificar la consonancia de la tipología de los perjuicios inmateriales en las jurisdicciones civil y de lo contencioso administrativo a partir de la igualdad.

Capítulo 3

La igualdad en los perjuicios inmateriales.

En los dos capítulos anteriores se revisó el estado doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad civil y del Estado en lo que tiene que ver con los tipos de perjuicios inmateriales que se han indemnizado y que se indemnizan en la actualidad. Se pudo establecer cómo han existido unas posiciones divergentes entre los jueces de las especialidades civil y de lo contencioso administrativo en cuanto a las categorías de perjuicios inmateriales a indemnizar, así como dentro de las mismas especialidades sobre cuáles son los tipos de perjuicios resarcibles.

Se pretende en este capítulo advertir cómo puede integrarse el principio de igualdad a la discusión planteada para poder establecer la verdadera entidad del problema puesto a consideración, al igual que las posibilidades que se presentan a partir de este principio. Así entonces, se realizará un estudio sobre el desarrollo que se ha dado en la jurisprudencia constitucional sobre la igualdad; su aplicación en el campo de la responsabilidad civil; sus relaciones con el ya mencionado principio de reparación integral, la congruencia y el precedente judicial.

La mayoría de autores nacionales que han tratado el tema de la diferencia en la indemnización de perjuicios inmateriales en las jurisdicciones civil y de lo contencioso administrativo concuerdan en indicar que existe una violación a la igualdad en este hecho, sin embargo no son muchos los que logran identificar o advertir la verdadera entidad de esa supuesta violación, que es lo que se pretende hacer dentro del presente capítulo.

3.1. Aplicación de la igualdad en la responsabilidad civil.

Junto con Bernal (2002) decíamos en el capítulo primero que la igualdad tiene una naturaleza bifronte: el principio de igualdad, como dimensión objetiva y el derecho a la igualdad, en su dimensión subjetiva (p. 1)³⁶. Esta particularidad puede ser advertida en forma específica en el tema de la responsabilidad civil, para así determinar la configuración o no del problema que se ha planteado. Hablar de la igualdad en la responsabilidad civil es hacer referencia a un postulado mucho más amplio en el sentido de cuáles son las fuentes de derecho que deben seguirse en la responsabilidad civil.

La Constitución de 1991 se encontró en su vigencia con la existencia de codificaciones de vieja data, tales como el Código Civil y el Código Contencioso Administrativo. La responsabilidad del Estado, antes de la vigencia de la Constitución de 1991, era fundamentada en la regla general de responsabilidad civil contenida en el artículo 2341 del Código Civil³⁷, bajo los factores de imputación que doctrinal y jurisprudencialmente se habían adoptado, tales como la falla (probada o presunta) en la prestación del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional. Fue el artículo 90 de la misma Constitución el que vino a soportar la teoría del daño antijurídico como regla general de la responsabilidad del Estado. Mientras

³⁶ Se decía igualmente que como principio, la igualdad impone unos mandatos de obligatorio cumplimiento principalmente para el Estado, mientras que el derecho le da la facultad al individuo para exigir de ese Estado el cumplimiento de los mandatos impuestos por el principio.

³⁷ Al respecto, Ramos (2010) refiere que “con el desarrollo de la jurisprudencia en la materia, la Corte Suprema de Justicia señaló años después, que la responsabilidad del Estado era de carácter directo y de naturaleza subjetiva, exigiendo probarse la ocurrencia de la culpa, conforme a lo dispuesto en el artículo 2341 del Código Civil” (p. 6.). Sobre el mismo tema Náder (2010) manifiesta que en principio, la responsabilidad del Estado en Colombia tomó la forma de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Civil y que luego, afincado en el hecho de que las personas jurídicas actuaban a través de sus componentes, procedía la responsabilidad directa fincada en el artículo 2341 del Código Civil. (pp. 58 – 61).

tanto, como se dijo, en la responsabilidad entre particulares, la Constitución de 1991 se encontró con la existencia de la regla contenida en el artículo 2341 *ibid*.

Se utiliza la expresión encontrarse, haciendo referencia a la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991 cuando ya venían otras normas rigiendo desde hacía algún tiempo, reglas entonces, que fueron dictadas bajo la égida de otras Constituciones. Y esto es importante porque en 1991 se propuso como fines del Estado la igualdad, la dignidad de la persona humana, la solidaridad, entre otros (Cortés, 2006, p. 179). Así las cosas, si uno de los fines del Estado es la igualdad entre los ciudadanos y la responsabilidad es una de las formas a través de las cuales el Estado ejerce su control ordenando la indemnización de los perjuicios que se causen, deberá ser una consecuencia directa, entonces, que la responsabilidad civil y del Estado propendan por garantizar la igualdad.

Pero lo anterior no es, ni mucho menos, tarea de fácil asunción, sobretodo cuando se advierten los constantes argumentos y discusiones³⁸ que se presentan en el campo específico de la indemnización de perjuicios inmateriales no solo entre las jurisdicciones civil y de lo contencioso administrativo, sino dentro de las mismas, tal y como se vio en capítulos precedentes³⁹.

3.1.1. La constitucionalización de la responsabilidad civil.

³⁸ Cuando se afirma que se presentan discusiones entre las jurisdicciones en relación con los perjuicios inmateriales se hace referencia a las conclusiones que se derivan de los capítulos anteriores sobre el estado de la categorización de estos perjuicios.

³⁹ Ni qué decir, en relación con las discusiones que se presentan en los mismos escenarios en relación con otros elementos de la responsabilidad civil y del Estado como por ejemplo la teoría de la carga de la prueba a favor o en desfavor de las víctimas, presunciones de culpa o de la falla en la prestación del servicio, etc.

Desde la concepción del Estado de Derecho se permite identificar que la Constitución es una norma, aplicable en forma directa a la vida diaria de los ciudadanos. Ejemplo de ello es que desde la reforma constitucional del año 1910 en Colombia, se instauró el principio de supremacía de la constitución y con el mecanismo de control denominado como la excepción de inconstitucionalidad. (Moreno, 2010, p. 76). Por lo tanto, en el modelo del Estado Social de Derecho, la Constitución ilumina el sistema jurídico y se reconoce la aplicación directa de la misma. Se consagra también una idea de control de constitucionalidad de los actos, así como la idea de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la que se encuentra el objetivo de buscar un bienestar obligado para la sociedad y en manos del Estado.

Para algunos, lo anterior se fundamenta en el hecho de que el Estado Social de Derecho, busca combatir el capitalismo instaurado a partir del Estado de Derecho de corte liberal. Al respecto nos indica Velasco (1989) lo siguiente:

Se trata, pues, de un Estado que intenta compatibilizar el capitalismo como forma de producción y la consecución de un bienestar social general, y todo ello conforme al Derecho. (p. 425) (...)

En definitiva, los derechos sociales son un mecanismo importante para la pacificación del antagonismo de clases, pues mediante esas prestaciones compensatorias se neutraliza ese material explosivo (o por lo menos conflictivo, que en determinadas situaciones ha sido la principal baza de los proyectos revolucionarios) que la situación del asalariado comporta. (p. 427)

Cuando se habla de la responsabilidad civil se hace referencia a la “consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros” (Tamayo, 2006, p. 8). Sus fines primordialmente son los de reparar el daño ocasionado, prevenir la comisión de nuevos daños, garantizar a los individuos en relación a los daños causados por terceros y la eficiencia, en el sentido de disminuir el costo de los daños

(Lorenzetti, 2002). Algunas de estas funciones son compartidas con otros tipos de responsabilidades, como con la penal, pues ésta última también tiene el fin de prevenir la comisión de otras conductas denominadas como delitos. Para ambas, la función preventiva es secundaria, que no menos importante, sin embargo, para la responsabilidad civil la finalidad principal es la de indemnizar (reparar en términos de Lorenzetti) el daño sufrido por la víctima.

Uno de los fines primordiales del Estado Social del Derecho es el de la protección de aquellas personas que se encuentren en una situación de debilidad (Cortés, 2006), lo cual es desarrollo de principios como la equidad y la igualdad. Se ha considerado que la parte débil de la responsabilidad civil es la víctima, por lo que es en este punto en el que ha confluído ésta área de estudio con los fines del Estado Social de Derecho.

Esa protección a la víctima se ha desarrollado a través del establecimiento de menores cargas probatorias en relación con los elementos para que se configure la responsabilidad civil. Así por ejemplo, por vía jurisprudencial en Colombia, se han consagrado diferentes sistemas probatorios como lo son la presunción de culpa y la presunción de responsabilidad, para aminorar los deberes de quien pretenda por vía judicial una indemnización de perjuicios derivada de hechos en los que se involucren las denominadas actividades riesgosas, tales como la conducción de vehículos automotores, la generación y conducción de energía, la fabricación y porte de armas de fuego, entre otras. En otros países, como en España o Francia, por citar solo dos, se impone a través de leyes la obligación de indemnizar los daños causados en accidentes de tránsito sin importar si el mismo ocurrió con culpa por parte de quien conducía el vehículo automotor, en lo que se denomina responsabilidad objetiva.⁴⁰ También se protege a la víctima

⁴⁰ Al respecto, en España, por ejemplo, la Ley 35 de 2015 en su artículo único dispone lo siguiente: El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

creando seguros de responsabilidad civil, como forma de socializar el daño, esto es, de garantizar que el daño pueda ser asumido por quien lo causa o por un tercero contratado por éste para tal fin. De la misma forma se protege a la víctima aumentando las categorías de daños indemnizables a favor de aquellas, buscándose reparar todo atentado a derechos fundamentales y “todas las actividades realizadoras, existenciales, de agrado, hedonísticas de la persona, sin ninguna exclusión de principio” (Cortés, 2006).

De lo anterior puede colegirse que con el gran número de daños que se causan a las personas a diario, la responsabilidad civil es una de las instituciones a través de las cuales el Estado Social de Derecho cumple con las funciones sociales y de bienestar primordiales que le fueron asignadas a través de la Constitución.

3.1.2. La indemnización de los derechos constitucionales como categoría independiente en el derecho civil.

En conexión con lo manifestado al finalizar el acápite anterior se ha visto en la responsabilidad civil moderna una ampliación de las categorías de perjuicios indemnizables, para tratar de abarcar toda la existencia de la persona.

Esta concepción se está presentando en el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencias unificadas proferidas el 28 de agosto de 2014, a través de las cuales se consolidó la jurisprudencia respecto de los perjuicios inmateriales, indicando que en esa jurisdicción se indemnizarán como tales el perjuicio moral, el daño a bienes constitucionales y convencionales y

En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos. (ESPAÑA, 2015)

el daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

Se evidencia cómo en lo contencioso administrativo se indemniza en forma individual cualquier ataque a los bienes o derechos constitucionales o contenidos en tratados internacionales, sin hacer restricción alguna a la naturaleza de dichos bienes o derechos. Por lo anterior cualquier agresión a algún bien o derecho de los indicados será susceptible de reparación en esa jurisdicción, en principio a través de medidas no económicas, pero que podría llegarse a una indemnización por un tope de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pregunta que surge a partir de lo anterior tiene que ver frente a si en la jurisdicción civil esta misma línea interpretativa debe imperar, y así, en daños ocasionados entre particulares puede ser aplicado por los jueces la misma categorización de perjuicios inmateriales, pues la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil es clara en reconocer como tales el perjuicio moral, el perjuicio a la vida de relación y la violación de derechos o bienes constitucionalmente protegidos, tensionándose el derecho a la igualdad.

3.2. Reparación integral y la igualdad.

Se ha planteado que el principio de reparación integral tiene ínsita a la igualdad, considerada tanto como principio, así como derecho. Para ello es fundamental tener en cuenta que a la persona no solo se le deben garantizar y respetar sus derechos subjetivos, sino también los que comúnmente se denominan atributos de la personalidad, tales como el honor, la integridad personal y la salud (Sandoval, 2013).

El mismo Sandoval (2013) reafirma esta posición, cuando dice que los procesos judiciales en los que se persigue la indemnización de perjuicios “el principio de la igualdad es uno de las garantías más importantes que se deben perseguir” (recuperado de la URL <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602/3780>)

Lo anterior nos permite vislumbrar que la reparación integral, que es uno de los pilares principales sobre los cuales se ha basado la jurisprudencia reciente sobre la indemnización de perjuicios inmatrimales en Colombia, contiene a la igualdad, como valor a alcanzar a través de la reparación del daño. De esa misma forma, la reparación integral puede ser el fundamento que utilicen los jueces en sus decisiones sobre la equiparación o no de los perjuicios inmatrimales, claro está, siempre y cuando sea demostrada adecuadamente su existencia, en cada caso concreto.

3.2.1. Reparación integral y equidad.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 impone al juez que en cualquier proceso que tenga que ver con la indemnización por el daño a personas o cosas atienda a los principios de reparación integral y de equidad, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia del 24 de febrero de 1999, expediente D-2158.

Esta regla permite abordar el tema de las relaciones entre derecho y moral debido a que se hace una referencia expresa a la equidad como criterio a tener en cuenta judicialmente a la hora de conceder una indemnización de perjuicios derivados del daño a personas o cosas y así determinar cuál es el alcance que se le da a la expresión equidad en nuestra jurisprudencia y doctrina, brindando la oportunidad de concluir en qué estado se encuentra la discusión sobre si

existen o no relaciones entre derecho y moral y más allá de ello, si esas relaciones deberían o no existir en un ordenamiento jurídico. Aceptado, incluso por los denominados iusnaturalistas, que el derecho es una creación social, se pasa al segundo escenario de la discusión en el cual se plantea si el derecho y la moral son órdenes diferentes y no relacionados entre sí, o si, por el contrario, éstos deben encontrarse en algún punto, esto es, si existen valores morales objetivos que pueden ser tenidos en cuenta por el derecho.

En nuestro país las expresiones contenidas en el artículo 16 referido, específicamente en lo que tiene que ver con el principio de equidad, han dado lugar a que se ordenen indemnizaciones de perjuicios materiales e inmateriales, en procesos judiciales en los cuales la víctima no ha demostrado a través de prueba idónea los elementos que componen cada uno de los perjuicios reparables, bien sea en la jurisdicción civil o en la de lo contencioso administrativo.

Ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia del 4 de agosto de 2014 proferida por la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la magistrada Margarita Cabello Blanco, en virtud de acción instaurada por la demandante para pedir la indemnización de los perjuicios derivados de un tratamiento médico oftalmológico mal practicado. Sobre la equidad indica la providencia, en un apartado en el que reconoce la validez de lo afirmado por el Tribunal en segunda instancia:

Tan fue la equidad el postulado que inspiró la sentencia enjuiciada, que se reconoció, repítase, pese a la improductividad de la afectada al momento de la ocurrencia del hecho, una suma resarcitoria por lucro cesante consolidado acorde con el valor del salario mínimo legal mensual. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2014, p.24)

Asimismo, encontramos en el Consejo de Estado un ejemplo de utilización de la equidad como criterio auxiliar para la indemnización de perjuicios. La sentencia es del 28 de agosto de

2014 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, con ponencia del Consejero Enrique Gil, dentro del proceso cuyos hechos tienen que ver con la violación a derechos humanos por parte de miembros del Ejército Nacional, en ella se manifestó lo siguiente:

Para efectos de la liquidación del lucro cesante se tendrá como referencia el porcentaje de incapacidad laboral decretado, esto es, del 30.17% y comoquiera que no se acreditó adecuadamente el salario que estuviese devengado Luis Ferney Isaza Córdoba, pues las certificaciones allegadas, con las que se pretende acreditar que devengaba \$15.000 pesos diarios o \$450.000 mensuales, no son suficientes para acreditarlo, pues estas indican que realizó unos trabajos en unas fechas determinadas y que durante ese tiempo supuestamente le fue pagada esas sumas de dinero, pero no se allegaron comprobantes de consignación, facturas de prestación de servicios u otro documento que permita establecer con plena certeza que efectivamente esa era la tarifa que él cobraba por su trabajo, es así como atendiendo a razones de equidad, lo procedente será presumir que devengaba como salario el mínimo legal mensual. (p. 25)

3.2.1.1. ¿Es considerada la equidad como valor moral objetivo?

Desde La República romana la equidad ha sido tratada como la justicia aplicada en un caso concreto, “es justicia matizada; radica, pues, en una relación de justicia, cuyo deber atempera o cuyo derecho acomoda, en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso, a causa del bien común o de las leyes generales que regulan las relaciones humanas. Lo equitativo es lo justo reforzado o atemperado. La equidad atempera el deber y acomoda el derecho. (Ibañez, 1992, p. 65)”. Esta era aplicada por los diferentes operadores jurídicos en la Roma republicana cuando no existiera norma que permitiera dar solución a la controversia planteada.

En lo que tiene que ver con el principio de reparación integral, haciendo referencia expresa de éste en el ámbito de la indemnización de perjuicios, bien que éstos devengan del

incumplimiento contractual anterior de las partes o de la violación a la regla general a través de la cual quien dañe a otro tiene la obligación de indemnizarlo, el proceso judicial colombiano contaba con los postulados dictados por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de los cuales la víctima que reclamaba la indemnización de los perjuicios ocasionados debía demostrar todos y cada uno de los elementos que componen la respectiva categoría del perjuicio indemnizable so pena de no ser acogidos por el juez en la sentencia.

A manera de ejemplo, quien pretendiera el pago del lucro cesante generado por la no posibilidad de ejercer la actividad de la cual se generaba un ingreso, debía llevar la prueba al juez acerca de esa actividad, del monto del ingreso, del tiempo durante el cual se dejó de percibir, entre otros aspectos relevantes para el resarcimiento de ese perjuicio. Era constante en los procesos judiciales que debido a la falta de formalización (que no ilegalidad porque se presentaría otro problema) en las actividades de las personas, éstas no lograban demostrar al juez el monto de sus ingresos, por lo que se denegaba la pretensión del lucro cesante por falta de prueba.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha sido reiterada en señalar que en casos como el ejemplificado, es innegable que debe recurrirse a la equidad para que una vez establecido el daño se pueda, en aplicación de ese principio, indemnizar a una persona, así no haya sido demostrada la totalidad de elementos que componen el lucro cesante. Entre otras, resultan de suma importancia las sentencias del 24 de noviembre de 2000⁴¹; 22 de noviembre de 2011⁴²; 5 de octubre de 2004⁴³. En este último fallo se argumenta ampliamente

⁴¹ Basada la acción en el accidente de tránsito ocurrido entre dos vehículos, del cual se derivaron perjuicios en sus modalidades de daño emergente y de lucro cesante.

⁴² Igual que la anterior, se basa en accidente de tránsito entre dos vehículos que produjo la muerte del conductor de uno de ellos.

⁴³ En este caso la muerte que se fundamenta como daño ocurrió en un accidente aéreo.

acerca de la utilización del principio de equidad para decidir casos concretos, indicándose que éste es un criterio teleológico a utilizar por el juez.

Aquí surge entonces el tema central de la discusión en este acápite, esto es, si la equidad es o no un valor moral objetivo, atendiendo al contenido que se le ha dado a la misma en el tema de la indemnización de perjuicios.

El valor moral objetivo, entendido desde la concepción de los constructivistas o anti positivistas implica que existen unos valores intrínsecos que deben ser tenidos en cuenta al momento de decir derecho (cualquiera que sea el operador jurídico, esto es, legislador, juez o litigante), dentro de los cuales encontraríamos la equidad, valores que por ser objetivos, no pueden ser desconocidos en ningún momento por el operador jurídico.

Una posición incluyente⁴⁴ del positivismo permitiría llegar a una conclusión como la anterior, en vista de que ellos indican que puede existir una relación contingente entre el derecho y la moral, debiéndose delimitar hasta qué punto resulta ser la contingencia que se afirma de esa relación y si esa contingencia debe expresarse en forma general (para la formulación de normas de carácter general) o de forma especial (para ser aplicada en casos específicos).

Para el constructivismo kantiano la equidad – que se equipara a la justicia – es entendida como razonabilidad, fundada en la convicción de cooperación entre los miembros de una comunidad y de allí puede partirse para una aplicación en los diferentes modelos de sociedades modernas, como efectivamente se ha venido haciendo en nuestro país.

En virtud de lo anterior, puede concluirse que la asunción del principio de equidad tanto constitucional como legalmente en nuestro país, aplicado éste al tema de la indemnización de

⁴⁴ De acuerdo con La Torre (2013), el denominado positivismo jurídico incluyente “permite la posibilidad de que principios morales sean abarcados o incluidos en las fuentes del Derecho” (p. 9), con mayor énfasis en la denominada regla de reconocimiento.

perjuicios, es una manifestación de la relación que existe entre derecho y moral, relación que más que necesaria es contingente, en virtud de que como expresamente lo consagra la Constitución Política en el artículo 230, la equidad es un criterio auxiliar, esto es, que debe ser usado en caso de vacío legal o de una interpretación poco clara de una norma, como efectivamente se está haciendo en la indemnización del perjuicio denominado lucro cesante cuando la víctima no logra demostrar la cuantificación del mismo y ésta se logra a través de la aplicación del principio de equidad.

Entendido lo anterior puede preguntarse lo siguiente: ¿es la equidad un criterio para determinar la tipología de los perjuicios inmateriales a indemnizar en nuestro país y así garantizar la reparación integral? Además del lucro cesante, la equidad ha sido un criterio determinante para la cuantificación de los perjuicios inmateriales en algunas sentencias, atendiendo a la falta de norma reguladora al respecto y pretendiendo los jueces a través de este criterio dotar de objetividad la fijación de una cuantía para la reparación ordenada. Sobre la equidad, como principio que ayuda a la decisión en este tipo de eventos, ha indicado la Corte Constitucional lo siguiente:

Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias. (Corte Constitucional colombiana, 2012, p. 59⁴⁵)

Pero nada se dice sobre el criterio de equidad para la determinación de qué tipo de perjuicios inmateriales se deben indemnizar. Y en virtud de que el capítulo siguiente tiene como

⁴⁵ Sentencia de tutela proferida dentro de la acción de amparo constitucional presentada por el ICFES en contra del Juzgado 3 Administrativo de Popayán y del Tribunal Administrativo del Cauca, por la supuesta violación del derecho al debido proceso en las decisiones proferidas por los despachos judiciales y con las cuales se decidieron las instancias.

objetivo hacer un análisis sobre las soluciones que se pueden tener, será allí en donde se trate de responder la pregunta realizada.

3.3. Principio de congruencia.

La congruencia ha sido entendida como la obligación que tiene el Juez en la sentencia de decidir solamente aquello que le fue propuesto por los litigantes, es decir, las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito planteadas por el demandado.⁴⁶ Tiene por objeto este principio establecer un límite al juez, pues sus decisiones “deben circunscribirse dentro del ámbito que establecen las pretensiones y excepciones para que de esta manera exista identidad entre lo pedido y lo resuelto”. (Cueva, 2009, p. 36)

Esta obligación la encontramos consagrada en el artículo 281 del Código General del Proceso disponiendo lo siguiente:

“CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual versee el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a

⁴⁶ Aunque no es objeto de este trabajo, es importante advertir que la congruencia en relación con las excepciones de mérito tiene una atenuación en atención a lo que se denominan excepciones de mérito impropias, que son aquellas que el juez puede decidir en la sentencia así no hayan sido propuestas por el demandado, siempre y cuando se encuentren demostrados los hechos que las configuren. (COLOMBIA, Código General del Proceso, artículo 282)

más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”. (Colombia, Código General del Proceso, artículo 281)

El principio de congruencia tiene aplicación tanto en las sentencias dictadas por los jueces civiles como por los jueces de lo contencioso administrativo en virtud de la remisión que hace el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Civil y al Código General del Proceso. Sin embargo, tiene mayor fuerza la aplicación del principio en los procesos de carácter civil en donde es claro que el juez debe obrar de conformidad con los postulados formulados. Por citar solamente un ejemplo, en la sentencia ya referida del 13 de mayo de 2008 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se lee lo siguiente:

En consonancia con lo dicho al resolver el cargo respectivo, si son tenidas en cuenta las condiciones a las que se ha visto sometido Jorge Edic Carvajal Gómez con ocasión del lamentable suceso de que trata este proceso, y que ellas, a no dudarlo, han perturbado y, a buen seguro, seguirán incidiendo negativamente en su vida de relación, por cuanto en los mencionados ámbitos no podrá comportarse en la misma forma en que lo hacía anteriormente, como que ha encontrado dificultades, privaciones, tropiezos y obstáculos en su movilización, en la posibilidad de desplegar ciertas conductas, en el manejo del tiempo para realizar sus actividades, así como en la forma de relacionarse con su compañera permanente, sus hijos, sus amigos y con su entorno en general, por citar apenas algunos aspectos, en orden a imponer la condena correspondiente la Corte fijará la cantidad de \$90'000.000.00, pues, aunque pudiera pensarse razonablemente que las secuelas desencadenadas sobre la vida de relación de la víctima podrían ameritar el reconocimiento de una cifra superior, en todo caso, la Sala, en aplicación del principio de la congruencia, no estaría facultada para hacerlo, en tanto que aquélla se ajusta al límite máximo contenido en la respectiva pretensión. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2008, p. 84)

Cosa diferente sucede en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y específicamente en el Consejo de Estado, en donde en algunos casos se puede dejar de lado la

congruencia, para dar paso a otros principios que se consideran más importantes. Por ejemplo, en la sentencia del 20 de febrero de 2008⁴⁷ proferida por la Sección Tercera de esta Corporación se indicó que el juez contencioso administrativo debería ir más allá de la simple obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados, sino que debe buscar el restablecimiento real del daño, demandando la efectividad del principio de reparación integral. En palabras de Gil (2014), este principio de reparación integral “prevalece sobre otros principios, específicamente frente aquellos de naturaleza procesal como el de congruencia, sin que ello suponga la alteración constitucional al debido proceso” (p. 52).

Pero esta excepción al principio de congruencia se ha presentado en casos en los cuales se consideró que fueron vulnerados Derechos Humanos y por su naturaleza e importancia es que se determinó esta regla excepcional para la congruencia. Ello es importante de cara a determinar las futuras conclusiones a las que se va a llegar en el presente trabajo.

3.4. El precedente judicial.

Debido al avance de la constitucionalización del Derecho es marcada la tendencia en relación con la reformulación de las fuentes del mismo, que en estricto sentido, es el fondo del presente trabajo. Es casi que pacífico el hecho de que la Constitución Política es una fuente en nuestro sistema, esto es, que debe ser aplicada en forma directa por el operador jurídico. Dentro de las consecuencias que se evidencian de esta forma de mirar el fenómeno jurídico se encuentran unos principios constitucionales básicos que deben ser siempre garantizados, estos son la dignidad humana, la libertad y la igualdad. (Gil, 2014) En relación con la responsabilidad

⁴⁷ A través de la cual se puso fin al proceso derivado de la muerte de varios familiares de los accionantes quienes habían sido privados de la libertad por miembros de la policía. Se acusa entonces además de la muerte, de haber torturado a aquellas personas.

civil y del Estado la constitucionalización del Derecho se puede evidenciar en varias instituciones jurídicas propias de la misma, como en la mirada desde el daño, esto es, poniendo a la víctima como eje central de la responsabilidad y no al victimario como lo era anteriormente cuando se estudiaba como elemento principal a la culpa, así como la protección, en sede de responsabilidad civil, de los derechos fundamentales de las personas (Koteich, 2012).

Pero tal vez uno de los mayores cambios que se han derivado de esa mirada desde la Constitución hacia la responsabilidad civil es el asentamiento en la jurisprudencia como fuente de las decisiones judiciales y no simplemente como criterio auxiliar, tal y como se concebía antes. Esta evolución se ha evidenciado con mayor claridad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en donde se tienen normas claras y precisas en relación con la obligación de los jueces de seguir los precedentes marcados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la responsabilidad patrimonial de las entidades estatales. Incluso esta obligación se transmitió a las autoridades administrativas, cuando en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se dispone que “[l]as autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos”⁴⁸.

Sin embargo esta misma obligación no ha sido tan clara en materia de los jueces civiles y en específico en temas de responsabilidad civil entre particulares y por ello cabe preguntarse si el precedente judicial es una máxima que se desprenda de la constitucionalización del Derecho. Ya en el Código General del Proceso expedido a través de la Ley 1564 de 2012 se establecen algunos principios que parecen solucionar este tema a favor del precedente como fuente directa

⁴⁸ Al respecto indica Gutiérrez (2014) lo siguiente: Esta vinculatoriedad va dirigida a los funcionarios judiciales y autoridades administrativas, quienes en virtud a los deberes y facultades otorgadas por la Constitución y la ley, tienen la obligación de observar la jurisprudencia antes de tomar sus decisiones. (p. 30)

de derecho. El inciso segundo del artículo séptimo de la norma en comento dispone que cuando el juez se aparte de la doctrina probable⁴⁹ debe exponer en forma clara y razonada los fundamentos jurídicos que lo llevaron a la decisión que tome. A renglón seguido le impone lo siguiente: “[d]e la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”.

De lo que se ha dicho hasta este momento puede concluirse que la responsabilidad civil entre particulares se encuentra impregnada por la teoría del precedente judicial, del cual se podrían identificar conceptos básicos que permitan incluso una mayor seguridad jurídica. Lo anterior, en virtud de que las indemnizaciones de perjuicios inmateriales, al no estar reguladas legalmente por falta de norma al respecto en el Código Civil y en las normas que regulan la responsabilidad de las entidades públicas, permiten al juez un amplio espectro de movilidad en el cual se observan una cantidad de decisiones disímiles, como se planteó en este capítulo. Pero en el punto específico relacionado con las categorías de perjuicios inmateriales a indemnizar queda la duda del carácter de precedente de las sentencias que sobre este tema se han proferido, especialmente cuando se observa lo sucedido en la sentencia del 5 de agosto de 2014 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que, como se comentó en líneas anteriores, de siete magistrados que componían la sala, tres de ellos salvaron el voto y uno más lo aclaró. Con relación a estas dos últimas piezas, en el capítulo siguiente se hará un análisis sobre las mismas.

Así las cosas, se procederá en el último capítulo a analizar, con fundamento en lo que se ha advertido en los tres capítulos precedentes, si existe o no una vulneración a la igualdad en

⁴⁹ De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, subrogado por el artículo 4 de la Ley 169 de 1889, la doctrina probable se presenta en el siguiente evento: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

contra de las víctimas de daños que son indemnizadas en formas diferentes por perjuicios inmatrimales, en las jurisdicciones civil y de lo contencioso administrativo.

Capítulo 4

¿Existe una vulneración al derecho a la igualdad en la indemnización de perjuicios inmateriales en Colombia?

Una vez realizados los análisis teóricos, doctrinarios y jurisprudenciales sobre las categorías principales y sus derivadas del presente trabajo, corresponde analizar la pregunta que da título al capítulo: ¿existe una vulneración al derecho a la igualdad en la indemnización de perjuicios inmateriales en Colombia? Para ello se realizará un análisis a partir de la metodología empleada por la Corte Constitucional para casos generales en los cuales se presentan situaciones de posible desigualdad y con ella tratar de resolver el cuestionamiento, objeto principal del estudio. Antes de ello, es preciso hacer algunas consideraciones sobre el enfoque que debería darse a la responsabilidad civil, aspecto que sirve de fundamento a lo que más adelante se pasará a desarrollar.

4.1. Una mirada sociológica a la indemnización de perjuicios.

El derecho civil y dentro de éste, la responsabilidad civil, o en forma más concreta, la indemnización de perjuicios, ha sido estudiada desde un punto de vista principalmente dogmático, analizándose sus elementos, sistemas probatorios, entre otras circunstancias, siempre abordadas desde la teoría del Derecho, entendido como un sistema de normas completo, cerrado, autónomo y sin vacíos (López H., 2001). Cuando se estudia la responsabilidad o el derecho de daños, como modernamente se ha denominado, se hace a partir de las normas existentes, sin embargo, la realidad que se genera desde la antigüedad de las disposiciones que sobre la materia

trae el Código Civil colombiano, hace que los jueces se enfrenten a casos no resueltos en forma típica en la norma y por el contrario, muchas de las creaciones actuales en la materia devienen de interpretaciones judiciales.

Debido a esa óptica tradicional desde la que se ha mirado a la responsabilidad, algunos autores han criticado la misma, de cara a las realidades que van marcando los hechos sociales, así como las normas e interpretaciones judiciales sobre lo que es el Derecho. Por ejemplo, Carbonnier, citado por Cavanillas (1986), afirma que “si existe una rama del derecho que haya manifestado una especial incompatibilidad de humor con la sociología es, entre otras, el Derecho civil”.

El texto anterior nos da un enfoque que permite evidenciar que la teoría del derecho civil, en el que podemos encontrar la indemnización de perjuicios (responsabilidad), se ha estudiado desde una óptica fuera de la realidad social. Esto no había escapado tampoco a la denominada responsabilidad del Estado, que como ya hemos indicado, es decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cabeza del Consejo de Estado.

Podría decirse que hay una institución dentro de la responsabilidad civil y del Estado que se ha impregnado de la teoría social, y esta es la culpa. Clásicamente se ha entendido que dentro de los elementos de la responsabilidad se encuentra la culpa, como el elemento estructurador de la misma, el cual permite enfocar la mirada hacia la conducta del supuesto causante del daño, para así concluir si su actuar fue o no culposo y como consecuencia endilgarle la obligación de resarcir el perjuicio irrogado. Al respecto dice (Gherssi, 2013):

El hombre, ser esencialmente libre, debe reparar el daño causado a otro cuando ha violado el deber general y fundamental de no dañar (...) Esta forma de razonar implica

establecer el vértice en el dañador y en su conducta antijurídica y reprochable, tanto en la órbita contractual como en la extracontractual” (p. 19).

Sin embargo esta concepción clásica ha variado para estudiar la responsabilidad ya no desde el causante del daño sino desde el punto de vista de la víctima y es allí cuando se empieza a denominar como derecho de daños, en donde el papel fundamental lo tiene quien sufre el perjuicio. Aquí, prevalece el concepto daño sobre los demás elementos que conforman la institución de la responsabilidad civil. Pero, ¿se ha tenido en cuenta a las personas que sufren daños para valorar si la institución de la responsabilidad civil les es o no conveniente?

Del estudio del estado de la cuestión que se hizo en capítulos anteriores podría llegarse a concluir que poco importa la anterior problemática a los abogados dedicados al tema de la indemnización de perjuicios, pues nos detenemos mejor en los conceptos abstractos sobre la reparación, antes de indicar si las indemnizaciones concedidas por los jueces son verdaderamente reparadoras del perjuicio. Por ello es que normalmente en las demandas se tiene como único objeto de reparación el del equivalente económico, sin solicitarse por los demandantes formas de indemnizar diferentes y que lleven a una verdadera reparación o una reparación integral como se dispone en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Recordemos que esta norma impone al juez que en cualquier proceso que tenga que ver con la indemnización por el daño a personas o cosas atienda a los principios de reparación integral y de equidad, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia del 24 de febrero de 1999⁵⁰.

Quizá en Colombia la institución que mayor avance ha tenido al respecto es el Consejo de Estado en cuanto a la responsabilidad del Estado, cuando ha tomado jurisprudencia de la Corte

⁵⁰ La providencia en comento decidió una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1º, 9, 16, 26, 30, 43, 44, 64, 90 y 100 de la Ley 446 de 1998, considerando el accionante que dichas normas violaban los postulados del Estado Colombiano contenidos en el artículo 1 de la Constitución Política, los fines esenciales del Estado, supremacía de la Constitución, el derecho de acceso a la administración de justicia, mínimos laborales y abuso del poder legislativo.

Interamericana de Derechos Humanos para decir que en el evento en que el daño causado por el Estado sea violador de alguno de estos derechos, deben tenerse presentes otros conceptos indemnizatorios que lleven a la víctima a estados de reparación, garantía de no repetición y a medidas que conduzcan a que este tipo de daños no se vuelvan a causar, permitiéndose conceder indemnizaciones de perjuicios más allá de las pretensiones realizadas por los demandantes y justificadas por la integralidad de la reparación.

Por lo anterior, resulta claro que las críticas que se han realizado por parte de las corrientes derecho y sociedad, *critical legal studies* y *legal consciousness* a la dogmática y en general a la forma clásica como se ha estudiado el derecho, impactan de forma determinante la responsabilidad civil, pues a partir de un análisis sobre cómo percibe la sociedad lo que debe ser objeto de indemnización (daño resarcible), quién debe indemnizar, qué causas pueden modificar o extinguir la obligación de resarcir un perjuicio, se podrá dar una mirada diferente a la responsabilidad civil desde quienes viven el día a día de ella y no simplemente desde las normas o la jurisprudencia de las altas cortes.

4.2. Desarrollo doctrinal sobre la diferencia en la indemnización de perjuicios inmateriales.

La mayoría de autores reseñados en páginas anteriores dejan entrever que la diferencia en las categorías de perjuicios inmateriales que se indemnizan en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo resulta ser violadora del derecho a la igualdad que tienen aquellas personas que resultan perjudicadas por un daño. Esto, ya que, como se dijo, dos personas afectadas por daños similares pueden verse indemnizadas por tipos de perjuicios diferentes atendiendo al juez que decide sus pretensiones, que depende del sujeto a quien se le imputa la

obligación de indemnizar. Sin embargo, en ninguno de los estudios de aquellos autores se encuentra un análisis en relación con la razón por la cual se presenta esa desigualdad determinada, o más bien, sobre por qué razón este hecho resulta transgresor de la igualdad. Basta con mirar algunos de los textos extraídos al respecto. Cortés (2006) manifiesta lo siguiente:

Así, una solución que, partiendo de la aplicación de las reglas de la responsabilidad otorgara un tratamiento diferente a dos víctimas que han sufrido la misma lesión, estaría desconociendo el principio de igualdad (...)
Pero además, el principio de igualdad debería servir para superar el absurdo trato diferencial que reciben las víctimas según la jurisdicción que conoce del asunto. En Colombia, la víctima de un daño que deba acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa se verá resarcida en un monto muy diferente a la víctima de un daño igual que tenga que acudir a la jurisdicción ordinaria, e incluso dentro de esta jurisdicción la reparación será diferente si se trata de una víctima de un accidente laboral, de un delito de lesiones personales o de un ilícito civil. A daño igual reparación igual, parece un postulado lógico, y quizá la vía para hacerlo efectivo sea la Constitución. (p. 177)

Alguna alusión a ello hace también Gil (2014) cuando manifiesta que “a igual lesión correspondería la misma indemnización” (p. 117). Asimismo M'Causland (2008) refiere lo siguiente:

En el futuro, es deseable que los desarrollos de la jurisprudencia, al respecto, se produzca en lo posible de manera acompasada, de modo que pueda evitarse la adopción de decisiones divergentes, en desmedro del derecho a la igualdad de los usuarios de la administración de justicia. (p. 71)

Por lo anterior, se hace necesario analizar a la luz de los mecanismos que ha utilizado la Corte Constitucional y los fundamentos y bases teóricas referidas en el trabajo, para determinar si existe una violación a la igualdad, tanto como derecho y como principio y por ello estar constituyéndose una situación de evidente inconstitucionalidad.

A través de la sentencia del 28 de enero de 2009⁵¹ la Corte Constitucional reiteró la metodología que debe ser usada por el juez para determinar si una situación está violando el derecho a la igualdad, disponiendo que son varios los pasos para ello:

[E]stablecer, en primer lugar, si los supuestos de hecho son asimilables, en segundo lugar, debe indagarse sobre la finalidad del tratamiento diferenciado; a continuación debe determinarse si esa finalidad es razonable y, por consiguiente, constitucionalmente admisible; a reglón seguido debe indagarse sobre la adecuación del medio a los fines perseguidos, para, finalmente, superados los anteriores pasos, establecer si se satisface el criterio de la proporcionalidad. (Corte Constitucional colombiana, 2009, p. 112)

4.3. Análisis de la indemnización de perjuicios inmateriales desde el test de igualdad.

4.3.1. ¿Son asimilables los supuestos de hecho?

En relación con los tipos de perjuicios inmateriales que se indemnizan en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo, este primer paso del test puede proporcionar inconvenientes para continuar con el análisis. Uno de esos problemas consiste en que no se está haciendo el estudio de dos situaciones concretas que se hayan presentado en ambas

⁵¹ Providencia que decidió la demanda de inconstitucionalidad que se presentó en contra de “los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; el artículo 24 - literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; los artículos 411 y 457 del Código Civil; el artículo 4 de la Ley 70 de 1931; los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; el artículo 7 de la Ley 3 de 1991; los artículos 283 - numeral 2 y 286 de la Ley 5 de 1992; el artículo 5 de la Ley 43 de 1993; el artículo 8 - numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; el artículo 244 de la Ley 100 de 1993; los artículos 14 - numerales 2 y 8, y 52 de la Ley 190 de 1995; los artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, el artículo 2 de la Ley 387 de 1997; los artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; los artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; los artículos 34, 104 - numeral 1, 170 - numeral 4, 179 - numerales 1 y 4, 188 b - numeral 3, 229, 233, 236, 245 - numeral 1 y 454 a de la Ley 599 de 2000; los artículos 40, 71 y 84 - numerales 1, 2, 3, 6, 7, y 9 de la Ley 734 de 2002; los artículos 8 - literal b, 282, 303, y 385 de la Ley 906 de 2004; el artículo 3 - numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; los artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; los artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007; los artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 - numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007; y el artículo 18 de la Ley 1153 de 2007”, por la presunta violación al preámbulo de la Constitución Política, así como de los artículos 2, 12, 13, 15, 16, 18, 24, 29, 40, 48, 49, 51, 58, 64, 66, 93, 95, 100, 123, 126, 209, 229, 250 numerales 6 y 7 *ibid.*

jurisdicciones, sino que se hace un análisis de una circunstancia de carácter más general y abstracto. No obstante ello, se considera que no es óbice para someter la situación a la prueba, si se tiene en cuenta que la tipología de perjuicios diferente se presenta en muchos de los casos que son sometidos al conocimiento de estos jueces.

El supuesto de hecho básico tiene que ver con que dos personas sometidas a un mismo tipo de daño, por ejemplo la pérdida de una de sus extremidades, será indemnizada diferente en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta las categorías de perjuicios que en cada una de ellas se han indemnizado. Si se observan con atención las sentencias del Consejo de Estado en las cuales en los últimos cinco años se varió la concepción de las categorías perjuicios inmateriales resarcibles, se encuentra que la mayoría de ellas tienen como base la violación de Derechos Humanos por parte del Estado. Se trataría de una especie de “privilegio” a favor de quienes resultaren afectados con la conducta de una entidad o funcionario del Estado frente a quienes lo son por el hecho de un particular. Sin embargo, alguna doctrina considera que los particulares también son sujetos de las normas sobre Derechos Humanos y por lo tanto pueden ser condenados por la violación a los mismos. Sobre este punto manifiesta Giner (2008) lo siguiente:

Tradicionalmente, los tratados internacionales imponen obligaciones a los Estados, no a las empresas. El Derecho Internacional no presta casi ninguna atención a las empresas transnacionales y cuando lo hace, es en general más para proteger los intereses de las empresas que para imponerles responsabilidades y obligaciones (...)

A raíz de lo anterior, se considera que las empresas asumen responsabilidades internacionales «indirectas» de derechos humanos, es decir, responsabilidades consagradas en el orden jurídico del Estado de origen o del Estado de acogida, de acuerdo con las obligaciones internacionales de este Estado. Esto es el resultado de lo que se llama en la jerga jurídica la «eficacia horizontal» de las normas internacionales de derechos humanos. (p. 73)

Ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en el país. La compañía multinacional denominada Chiquita Brands, que en Colombia operaba bajo el nombre de Banadex, fue acusada de ayudar a grupos paramilitares en la zona de Urabá (Laverde, 2012), zona en la cual esa agrupación al margen de la ley cometía crímenes contra el derecho internacional y era considerada por Estados Unidos de América (EEUU) como grupo terrorista⁵². No obstante lo anterior, ha sido en EEUU donde se ha condenado en forma más drástica las actuaciones de la empresa referida y las víctimas de los actos cometidos por el grupo paramilitar financiado por la compañía multinacional han tenido que acudir a dicho país para buscar su reparación. Esta reclamación se ha fundamentado en la Ley de Responsabilidad por Daños a Extranjeros (*Alien Tort Claims Act o Alien Tort Statute-ATCA*). Sobre la circunstancia referida Fajardo (2012) expresa que:

En este contexto, adquiere relevancia el análisis de esta norma, que se ha constituido como un elemento importante para delimitar la responsabilidad de las empresas multinacionales por implicación en violación de derechos humanos (Martin O., 2008, p. 308). La aplicación del ATCA pone de manifiesto una clara conciencia de que las empresas multinacionales pueden considerarse entre los sujetos susceptibles de violar el derecho internacional y que como tales pueden enfrentarse a procesos para determinar su responsabilidad. En ese sentido, puede decirse que esta jurisprudencia ha contribuido a la consideración de que el derecho internacional impone la obligación a estas empresas de no violar normas de *Ius Cogens* y que dicha violación pueda tener una consecuencia jurídica.

⁵² Entre otras cosas, se lee en la nota periodística denominada “Los ‘pecados’ de Chiquita Brands” lo siguiente: Durante 17 años, Chiquita Brands les dio a guerrillas y paramilitares dinero para que la multinacional pudiera trabajar en Urabá. En algún momento la contribución fue simultánea. Sin embargo, en 1997, después de una reunión con Carlos Castaño y el entonces gerente general de Banadex, se dejó claro que sólo se les pagaría a las autodefensas. Así ocurrió entre 1997 y 2004, y se tiene probado que Chiquita hizo más de 100 pagos, para un total de US\$1,7 millones. Al principio la contribución fue directa a estos ejércitos privados y después se canalizó a través de las Convivir. (Laverde, 2012)

La problemática anterior permite poner de manifiesto que en la actualidad no es tan claro que las normas de los Derechos Humanos sean solamente de forzoso cumplimiento y fuente de obligaciones de resarcimiento para los Estados sino también para los particulares, esta vez en cabeza de compañías multinacionales. Y si ello es así, en el ámbito interno y en otros eventos, podría empezar a valorarse la necesidad de incluir a los privados como violadores de derechos humanos, tales como la vida, la dignidad humana, derechos laborales, entre otros.

Como consecuencia de lo anterior, no habría razón para manifestar que los supuestos de hecho entre particulares y sujetos públicos son diferentes porque serían éstos últimos quienes pueden violar las normas sobre Derechos Humanos, pues éstos, como vimos, también pueden ser violados por los particulares. Por ende, manifestar que la diferencia en la indemnización de perjuicios inmateriales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo se deriva de que es el Estado quien puede violar normas de Derechos Humanos, no es cierta, pues como se ve, dichas normas también pueden ser violadas por los particulares y por ende podrían ser condenados por estos mismos hechos.

4.3.2. ¿Cuál es la finalidad del tratamiento diferenciado?

No es claro que la diferencia en la categorización de los perjuicios inmateriales que se indemnizan en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo contenga un objetivo o fin de Estado. Parece que fuera más bien un tema derivado de la interpretación que cada uno de los jueces tiene sobre este tema. Sin embargo, se tratará de hacer un análisis más profundo para llegar a una conclusión al respecto.

Los tipos de perjuicios inmateriales que se han indemnizado tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado han sido fundamentados en doctrinas y jurisprudencias foráneas, ante la clara ausencia de regulación legal sobre la materia en nuestro país. Para ello es importante recordar la relación que se hizo en el capítulo segundo de este trabajo, sobre las sentencias de cada una de esas corporaciones que de una u otra manera fueron determinantes para la configuración de las categorías indemnizables en sede inmaterial.

Siendo ello así, no podría decirse que el Estado a través de su rama jurisdiccional tenga el objetivo de dar un tratamiento especial a un tipo de afectados y que ese tratamiento devenga de la especialidad del sujeto que causa el daño y la consiguiente especialidad del juez que decide sobre la indemnización en atención a la calidad de ese victimario. Se trata más bien de consideraciones teóricas en virtud de la aplicación del artículo 230 de la Constitución Política⁵³ que impone que el juez en sus providencias solo está sometido al imperio de la ley y define algunos criterios auxiliares de la función judicial, dentro de los que se encuentran la jurisprudencia y la doctrina.

Los jueces en su búsqueda de ordenar indemnizaciones que reparen integralmente a las víctimas de daños, han examinado las formas para que la condena contenga la totalidad de daños irrogados. Al respecto manifiesta Gil (2014):

La perspectiva descrita es lo que desde hace un lustro el Consejo de Estado, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha descrito como el contenido y alcance del principio de reparación integral, que en la materia traduce un auténtico control de convencionalidad en los términos de la convención americana, y sobre el que ha tenido oportunidad de pronunciarse, *in extenso*,

⁵³ Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en sentencias del 21 y 26 de noviembre de 2013 (exps. 29764 y AP 2011-227), respectivamente (p. 47).

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia también hace relación a la búsqueda de nuevas formas de reparar a los afectados para adaptarse a los nuevos contextos y realidades sociales. Sobre este punto, la sentencia del 18 de septiembre de 2009⁵⁴ dispuso:

Las circunstancias que se derivan del orden constitucional vigente, y la preocupación que, desde siempre, ha mostrado la Corte por adecuar su actuación a los cambios jurídicos, sociales y económicos, y garantizar en forma cabal y efectiva la observancia de los derechos fundamentales de las personas; desde aquél momento vislumbró la posibilidad de reconocer en forma prudente y razonada, nuevas clases de perjuicios resarcibles, encaminados a desarrollar el mentado principio de reparación integral y a salvaguardar los derechos de las víctimas, como ahincadamente lo impone el derecho contemporáneo.

En consonancia con lo manifestado, no se encuentra que en los órganos máximos de ambas jurisdicciones haya una política de Estado tendiente a la diferenciación de las categorías de perjuicios inmateriales a indemnizar y por ende, de la posible discriminación o vulneración de la igualdad de quienes acceden a la administración de justicia para que le sean reparados sus daños, sino que esa situación deviene de la dinámica misma de cada Corporación.

El problema se torna más bien en relación con el principio de seguridad jurídica, misma que no se evidencia cuando una persona no puede saber con certeza qué tipo de indemnizaciones pueden ser decretadas, cualquiera que sea la calidad en la que actúe en el respectivo proceso, es decir, como demandante, demandado o garante. Incluso la seguridad jurídica es uno de los

⁵⁴ Los hechos del proceso tienen que ver con la muerte ocasionada a una persona en virtud de una descarga eléctrica generada por una línea de alta tensión de la demandada que tocó el carro en el que se desplazaba el hoy difunto.

fundamentos de normas tales como el artículo 7 de la Ley 1564 de 2012, a través de la cual se expidió el Código General del Proceso.

Al no encontrarse finalidad que sea admisible para la diferenciación advertida, no es necesario seguir agotando las etapas determinadas por la Corte Constitucional para el estudio de la violación a la igualdad. No hay duda de que tanto la ley como la jurisprudencia deben velar por la igualdad de los ciudadanos y, en este caso, de aquellos que utilizan la administración de justicia en busca de una reparación de los perjuicios sufridos por un daño que les han ocasionado.

4.4. Análisis de la aclaración y salvamento del voto en la sentencia del 5 de agosto de 2014 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Como se indicó en el capítulo segundo de este trabajo, la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia del 5 de agosto de 2014 cambió la jurisprudencia que venía aplicando sobre la tipología de perjuicios inmateriales y determinó que los que se indemnizarían a partir de esa providencia serían los denominados perjuicio moral, daño a la salud y el daño a bienes jurídicos de especial protección constitucional. Sin embargo se cuestionó que esta sentencia tenga un verdadero alcance de precedente judicial debido a que hubo tres magistrados que salvaron su voto frente a la ponencia y uno más aclaró su voto precisamente en lo que tiene que ver con la tipología de perjuicio adicionada.

El magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, fue quien aclaró el sentido de su voto, toda vez que no estaba de acuerdo con que se hubiera ampliado al espectro de la categoría de perjuicios inmateriales a indemnizar con el denominado daño a bienes jurídicos

constitucionalmente protegidos. Manifestó estar de acuerdo con la reparación del buen nombre a favor de los demandantes, pero no habiendo sido consagrado dentro de una tercera categoría indemnizadora de perjuicios. Al respecto indicó:

Según he expuesto, a mi juicio, existe como categoría autónoma, la responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales, y entre ellos, el derecho al buen nombre; pero no lo está y no es posible subordinarla, en forma alguna, como una tercera modalidad del daño extrapatrimonial, como lo postula la sentencia (p. 123).

Fundamentó su posición el magistrado en el hecho de que, si bien es loable que de acuerdo con las normas reguladoras de los Derechos Humanos, los jueces deben proteger y ordenar la reparación por la violación a este tipo de derechos, no puede confundirse esa protección con la ampliación de las categorías de perjuicios inmateriales, lo que le parece que es innecesario y que además pondría una gran carga en cabeza de los jueces para determinar en cada caso concreto si existe una violación a uno de estos intereses para fijar una indemnización.

A su parecer, la reparación derivada de la violación de este tipo de derechos, que incluso pueden ser tomadas por el juez civil de oficio, “no es sustitutiva de las formas tradicionales, sino de restablecimiento complementario a la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales atrás señalados” (Tolosa, 2014, p. 108). Y resulta bien claro el magistrado en criticar esa tercera categoría de perjuicios al indicar lo siguiente:

En este punto, surge conceptualmente una discrepancia con la sentencia, porque la decisión debió avanzar al reconocimiento claro de la reparación satisfactiva y/o simbólica y a la toma de medidas de no repetición, las cuales no son de recibo, únicamente cuando hay afectación al derecho a la vida o a la libertad. El derecho al buen nombre es un derecho fundamental, y como tal reclama protección y la condigna sanción ordenada por el fallo; empero, cuando crea la tercera categoría de daño inmaterial, por vulneración al

derecho fundamental al buen nombre, sienta la base para la gestación infinita de especies individuales por cada nuevo derecho que resulte afectado. (p. 105)

Para analizar en forma conjunta las contrariedades presentadas frente a la providencia que se ha referido, se pasará a revisar el contenido del salvamento de voto de quienes se abstuvieron de votar en forma favorable el proyecto de sentencia presentado.

El salvamento de voto propuesto se fundamenta en el hecho de que la Corte procedió a examinar un tipo de perjuicio que no se había solicitado con la demanda, reinterpretando la misma. Se manifiesta que en la demanda lo que se solicitó fue el perjuicio material derivado del daño al buen nombre de los demandantes y no el extrapatrimonial derivado de esa misma lesión. Esa variación de las pretensiones en sede de casación genera una afectación al derecho de defensa y contradicción de los demandados. Además de lo anterior, se aparta de la nueva categorización sobre perjuicios inmateriales, así:

De conformidad con lo transcrito, los tipos de daño extrapatrimonial -diferentes del daño moral- serían entonces:

1. El daño a la salud;
2. El daño a la vida en relación; y
3. El daño a bienes jurídicos de especial protección constitucional dotados del rango de derechos humanos fundamentales, categoría dentro de la cual se incluirían la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre.

Surgen de inmediato dos cuestionamientos sobre esta primera clasificación que plantea el fallo del que nos apartamos. La primera apunta a indagar con qué sustento se afirma que el daño a la salud o a la libertad sean de suyo e inexorablemente formas de daño extrapatrimonial, si, pocas cuartillas atrás, la providencia expresamente ha recogido el postulado de conformidad con el cual “la naturaleza (...) del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial. (Cabello, Giraldo, & Vall de Rutén, 2014, p. 137)

A continuación, manifiestan quienes salvaron su voto, que en la clasificación hecha en páginas posteriores, se obvió en una nueva clasificación, al daño a la salud. Argumentan estos magistrados que la clasificación de perjuicios inmateriales que se realizó en la sentencia del 13 de mayo de 2008, en perjuicio moral y perjuicio a la vida de relación es la clasificación que debe prevalecer, pues el daño denominado como afectación a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos se encuentra dentro de la categoría perjuicio a la vida de relación, pues esa misma sentencia de 2008 había indicado que esa categoría comprendía la vulneración de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales. Y finalizan con lo siguiente:

En síntesis, no aparece aconsejable que en punto de la protección de los derechos fundamentales -y precisamente en reconocimiento a la dignidad de la persona humana que reclama la efectiva realización de estos-, se convierta en opción prioritaria una especie de cumplimiento por equivalente proporcionado por la vía de la responsabilidad civil. (p. 144)

La exposición de argumentos por parte de quien aclaró su voto frente a la sentencia del 5 de agosto de 2014 y de quienes lo salvaron, deja entrever que la clasificación de la tipología de perjuicios inmateriales que se hizo en dicha providencia no tiene carácter de *ratio decidendi*⁵⁵ y por lo tanto carecería de fuerza vinculadora para los jueces.

Siguiendo la exposición que sobre el precedente vinculante y la jurisprudencia indicativa hizo López (2006), pareciera que la providencia del 5 de agosto de 2014 tiene los efectos de una jurisprudencia indicativa y no de una con carácter obligatorio. Ello, toda vez que trata un tema común a otras providencias, no tiene fuerza vinculante frente a nuevos casos y la doctrina fijada

⁵⁵ Que al decir de López (2006) son aquellas “consideraciones sin las cuales el fallo no tendría pleno significado jurídico” (p. 58) y que por lo tanto se recubren del valor de la cosa juzgada implícita.

no tiene peso suficiente como para crear una carga argumentativa para decidir en forma diferente en nuevos casos. (p. 110).

4.5. Planteamiento final.

No es clara la fuerza vinculante de una sentencia, que aunque proferida por el órgano máximo de cierre de una jurisdicción, haya sido tomada por cuatro de los siete magistrados que componen la Sala y uno de los que votó a favor de la misma aclaró su voto precisamente sobre lo que fue objeto de cambio jurisprudencial. Se habla de la sentencia del 5 de agosto de 2014 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la tipología de perjuicios inmateriales que a partir de esa providencia se indemnizarían.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta es cuál es el carácter vinculatorio de las sentencias dictadas por órganos de cierre de otra jurisdicción. Específicamente, es recurrente encontrar sentencias proferidas por jueces civiles en las cuales se toma como base las determinaciones que frente al tema de la categorización de los perjuicios inmateriales y su cuantificación se ha hecho en el Consejo de Estado. ¿Es válido citar ese precedente? Sin ir tan abajo en la escala de organización de la Rama Judicial, la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 13 de mayo de 2008 consideró como base del cambio jurisprudencial surtido en esa ocasión, sentencias del Consejo de Estado a través de las cuales se evidenció el desarrollo jurisprudencial de los perjuicios inmateriales.

Por tanto, si a casos iguales deben existir iguales indemnizaciones, por lo menos en lo que tiene que ver con la categoría de perjuicios inmateriales resarcibles, deberá indicarse que nada obsta para que el juez tome como precedente la jurisprudencia de otro órgano. Sin embargo,

bajo esta perspectiva, dejando al juez la facultad de la determinación, se continúa con la posibilidad de dispersión de los daños indemnizables, a merced del razonamiento que cada juez realice en la sentencia. Tal como lo plantea Rojas (2015), la forma ideal sería que el legislador se encargue de definir los tipos de perjuicios a indemnizar, sin embargo en la iniciativa que aún se encuentra bajo estudio en círculos académicos y empresariales, no resulta ser del todo claro que se pueda solucionar el problema, ya que el objeto de la misma solo toca con la indemnización de perjuicios entre particulares y nada se dice sobre la indemnización frente sujetos de derecho público.

De todas formas, avalados en el principio de igualdad (mirado desde la óptica de la obligación que tiene el Estado de garantizar la igualdad entre los ciudadanos), es posible que el juez proceda a indemnizar perjuicios inmateriales basándose en categorías traídas desde otra jurisdicción, claro está, cuando el respectivo perjuicio se encuentre demostrado en el proceso. El juez civil, en casos en los que conociere sobre violaciones a Derechos Humanos por parte de particulares podría estar excepcionado de aplicar el principio de congruencia de la sentencia y por ende proceder a indemnizar perjuicios que se encuentre demostrada su causacion, así no hayan sido solicitada su indemnización en la demanda, con el objetivo de garantizar la igualdad y la reparación integral de la víctima.

Lo anterior tiene fundamento en el denominado *judicialismo*, entendido como un predominante protagonismo que adquieren los jueces en los ordenamientos jurídicos que son basados en principios (Lopera, 2004). Ese judicialismo debe ser aplicado a partir de la Constitución Política, la cual tiene fuerza vinculante para los jueces, como se ha venido diciendo. Sobre la función del juez dice la autora:

Pero en presencia de constituciones densamente pobladas de principios sustantivos que reclaman aplicación directa e invaden todos los confines del derecho, y, por otra parte, frente a la subrepticia delegación de poder decisorio en los jueces a través de leyes que no cumplen con los postulados de la estricta legalidad, la adjudicación ya no puede ser reconducida al modelo subsuntivo. (p. 63)

Así pues, se encuentra fundamentada la posibilidad de que sea el juez quien se abandere de la posibilidad de aplicar la igualdad en la indemnización de perjuicios inmateriales para, por esta vía, evitar que se sigan presentando discriminaciones basadas en la calidad del sujeto que causa el daño, lo cual, a la luz de la teoría moderna del derecho de daños, no puede ser.

Conclusiones

Como pudo advertirse a lo largo del trabajo, la indemnización de los perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil y en la de lo contencioso administrativo ha sido debatido desde varios puntos de vista, apuntando la mayoría de ellos, a la cuantía de la indemnización a otorgar a las personas afectadas.

Dentro de estos temas encontramos el problema de la seguridad jurídica tanto para demandantes como para demandados, en el sentido de que existiendo claridad sobre las categorías de perjuicios a indemnizar, se pueden prever las consecuencias derivadas de infligir un daño -función preventiva, al decir de Lorenzetti (2002)-, o asimismo, para vislumbrar en forma anticipada el posible resultado de un litigio judicial con ese tipo de pretensiones.

Además de lo anterior, hay algunos puntos específicos derivados del presente estudio que deben resaltarse:

- La caracterización de los tipos de perjuicios inmateriales a indemnizar en Colombia se ha dado principalmente por vía jurisprudencial. Ello ha permitido la multiplicidad de conceptos doctrinarios y jurisprudenciales al respecto.
- A partir del año 1993, ha sido el Consejo de Estado el órgano que ha permitido la discusión sobre el tipo de perjuicios inmateriales a indemnizar. Esto puede concluirse, a partir de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, como la sentencia del 13 de mayo de 2008 proferida por la Sala de Casación Civil, con ponencia del magistrado Valencia Copete, en la que se hizo un recuento sobre el

tratamiento de este tema en el país, haciendo expresa referencia a la evolución en el Consejo de Estado.

- La igualdad no ha servido de base para abordar el estudio del problema de la categorización de los perjuicios inmateriales. Se ha utilizado para discutir el problema de la cuantificación de la indemnización, más no para establecer si con el tratamiento diferente de este tipo de perjuicios en las jurisdicciones civil y de lo contencioso administrativo, se está vulnerando la igualdad, como derecho y como principio.
- En el fondo, de lo que se trata la discusión es de un problema de fuentes del Derecho. Debido a que en la actualidad no se encuentra una norma que consagre el tipo de perjuicios inmateriales que deben ser resarcidos en Colombia, la discusión se ha suscitado a partir de cuáles son las disposiciones sobre las que los jueces basan sus decisiones, en relación con la indemnización de perjuicios inmateriales.
- Al unísono con la conclusión anterior, se ha visto que los últimos años, ha venido ganando terreno la posición que permite dar a la jurisprudencia de las altas cortes el valor de fuente de Derecho, como precedente.
- En la actualidad, el Consejo de Estado reconoce como perjuicios inmateriales el moral, la afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos y el daño a la salud.
- Mientras tanto, la Corte Suprema de Justicia indemniza el perjuicio moral, el daño a la salud, a la vida de relación y la vulneración a bienes jurídicos de especial protección constitucional. Esta conclusión se deriva del contenido de la sentencia del 5 de agosto de 2014, en la página 31.

- En los años en los cuales la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia indemnizaba como perjuicio inmaterial únicamente el perjuicio moral, lo fundamentaba en razón de que el concepto de perjuicio moral incluye todas las afectaciones internas derivadas de una lesión a un bien jurídico. Ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia 10 de junio de 1998.
- Se ha criticado el verdadero carácter de precedente de las sentencias que han pretendido unificar los parámetros para la categorización de los perjuicios inmateriales, pues han sido providencias en las que se han hecho aclaraciones y salvamentos de votos, precisamente sobre los temas objeto de discusión. Así las cosas, se abre un amplio margen de debate en el sentido de si es o no obligatorio para el juez tomar dichas providencias como objeto de sus decisiones, lo cual no es claro.
- El juez puede utilizar el criterio de igualdad para apartarse de las decisiones que su respectiva jurisdicción haya tomado el órgano de cierre, en relación con el perjuicio inmaterial a resarcir. Claro está, en sede civil, debe tener presente el principio de congruencia de la sentencia como limitante para este efecto.
- Aunque se indique que una ley que regule el tema de los perjuicios inmateriales a indemnizar, sería el mecanismo suficiente para la solución del problema, no es claro, a la luz de la constante evolución que esta área tiene, en virtud de los diferentes intereses que pueden resultar afectados con la producción de un daño.

Bibliografía

Agudelo, M. (2007). *El Proceso Jurisdiccional* (Segunda ed.). Bogotá: Comlibros.

Alessandri, A. (1987). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.

Álvarez, A. (2014). Evolución de los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*(2), 131-152.

Andes, D. d. (2013). Recuperado el 11 de Noviembre de 2015, de <https://c-politica.uniandes.edu.co/oec/index.php?ac=rj&main=4&id=1&dat=15#>

Bernal, C. (2002). *Universidad Externado de Colombia*. Recuperado el 23 de Abril de 2015, de http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf

Calderón, J. J. (2006). Los sistemas de constitucionalización del derecho privado en Colombia: a propósito de los casos "el incendio del centro comercial de la 17" y "el avalista ciego". *Revista del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas CIS*, 1(2).

Castillo, L. Biblioteconomía. Segundo Cuatrimestre 2004-2005. Tema 5. Análisis Documental. Valencia. *Universidad de Valencia*. En <http://www.uv.es/macas/T5.pdf> consultado el 19/11/2015.

Cavanillas, S. (1986). Una aproximación sociológica a la responsabilidad civil. (F. d. Mallorca, Ed.) *Cuadernos de la Facultad de Derecho Universidad de las Islas Baleares*(15), 29-82.

Cifuentes, E. (febrero de 1997). La gualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Revista de Derecho Público(7), 37.

Contreras, J. A. (Julio - Diciembre de 2011). El precedente judicial en Colombia: Un análisis

desde la teoría del derecho. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS*

POLÍTICAS, 41(115), 32.

Cortés, E. (2006). Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente. *Revista de*

Derecho Privado(11), 171-179.

Cortés, E. (2009). *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la*

experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina? Bogotá: Universidad Externado

de Colombia.

Cueva, S. (2009). *Aspectos del principio de congruencia en el proceso civil*. Trabajo de grado

maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Área de Derecho, Quito.

Estado, C. d. (5 de Agosto de 2003). Acuerdo 55 de 2003. Bogotá.

Fajardo, L. A. (Enero - Junio de 2012). Los Mercaderes de la Muerte en Colombia:

Multinacionales y Derechos Humanos. *Via Inveniendi Et Iudicandi - Universidad Santo*

Tomás, 7(1).

Gherssi, C. (2013). *Teoría general de la reparación de daños*. Bogotá: Astrea SAS.

Gil, E. (2014). *La constitucionalización del derecho de daños: Nuevo sistema de daños en la*

responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Temis S.A.

- Gil, E. (2015) El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. *Revista Digital de Derecho Administrativo – Universidad Externado de Colombia*, 15, ISSN: 2145-2946.
- Giner, A. (2008). Las empresas transnacionales y los derechos humanos. *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*(19), 67-87.
- Gutiérrez, J. (2014). *El precedente judicial como fuente formal y material del Procedimiento Administrativo Colombiano*. Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de Magíster, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá.
- Gutiérrez, P. (2011). La constitucionalización del derecho civil. *Revista Estudios de Derecho*, 068(151).
- Henao, J. C. (1998). *El Daño. Análisis comparativo en la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ibañez, B. (1992). La equidad: criterio auxiliar de interpretación judicial. *Revista de Derecho Universidad del Norte*(1), 62-69.
- Koteich, M. (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Laverde, J. D. (10 de Diciembre de 2012). Los 'pecados' de Chiquita Brands. *El Espectador*.
- La Torre, M. (2013). Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: “excluyente” versus “incluyente”. *Revista Derecho del Estado*(30), 7-30.

- Lopera, G. (Marzo de 2004). La aplicación del Derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados. *Cuadernos de Investigación - U. EAFIT*, 106.
- López H., J. (2001). El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. *El formalismo en la teoría jurídica estadounidense*(XVIII), 267-300.
- López, D. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.
- López M. (2013). *Exploración conceptual de la responsabilidad patrimonial del Estado frente al desplazamiento forzado* (tesis de maestría). Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia.
- Lorenzetti, R. (2002). El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica? *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*(19), 269-310.
- Martínez, G., & Martínez, C. (2003). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis S.A.
- M'Causland, M. C. (2008). *Tipología y reparación del daño no patrimonial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno, L. (2010) El sistema de control de constitucionalidad en Colombia. *Civilizar 10* (19): 75-92, julio-diciembre de 2010.
- Munar, P. (2011). Visión de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en torno a la responsabilidad civil. En Á. Echeverri, *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico* (Reimpresión 2013 ed., págs. 305-319). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

- Náder, R. (2010). Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. *Advocatus*, 15, 55-71.
- Narváez Bonnet, J. E. (2011). Análisis crítico del principio indemnizatorio en los seguros de daños. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 20(34), 139-174.
- Navia, F. (2000). *Del daño moral al daño fisiológico: una evolución real*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Quintero, B., & Prieto, E. (2008). *Teoría General del Derecho Procesal* (Cuarta ed.). Bogotá: Temis.
- Ramírez, P. A. (enero - junio de 2013). Vindicaciones del principio de igualdad. *Revista Ratio Juris*, 8(16), 53-76.
- Ramos, R. (2010) *La responsabilidad patrimonial del Legislador en Colombia por vulneración del principio de confianza legítima en el tratamiento de exenciones tributarias* (tesis de maestría). Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia.
- Reino, España. (22 de septiembre de 2015) LEY 35 DE 2015 “de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, Madrid, España: Boletín Oficial del Estado número 228.
- República, C. C. (7 de Julio de 1995). LEY 182 DE 1995 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989... Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.

República, C. C. PROYECTO DE LEY 122 DE 2015 SENADO. “por medio de la cual se regula la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad”. Bogotá, GACETA DEL CONGRESO 956, 2015.

Rodríguez Piñeres, E. (1914). *Sobre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo*. Bogotá: Librería Americana.

Rojas, S. (2015). Documento de trabajo anteproyecto de ley para la indemnización de daños a la persona versión 1.8. Bogotá.

Rueda, D. (2014). *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia*. Trabajo de grado maestría, Universidad del Rosario, Bogotá.

Sánchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (14), 317 - 358.

Sandoval, D. (Julio - Diciembre de 2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia* (25), 235 - 271.

Scognamiglio, R. (1962). *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual* (Fernando Hinestrosa, trad.). Bogotá, Edit. Antares.

Serna, J. (Mayo - Agosto de 2010). El bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo. (F. d. A., Ed.) *Diálogos de Derecho y Política*(4), 32.

- Solarte, A. (2011). El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. En Á. Echeverri, *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico* (Reimpresión 2013 ed., págs. 181-207). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Solarte, A. (27 de noviembre de 2014). Estado actual de la jurisprudencia respecto de los perjuicios inmateriales en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. *Seminario: El estado actual de la Jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales*. Medellín, Antioquia, Colombia: IARCE.
- Suárez, M. (2006). *El principio de igualdad en la Constitución y en la Jurisprudencia constitucional*. Bogotá: Díké.
- Tamayo, J. (2006). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. 1). Bogotá: Legis.
- Tenera, L. F. (2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Revista Opinión Jurídica*, 7(13), 97 a 112.
- Uribe, S. (2013). Responsabilidad civil extracontractual: origen, evolución y recepción en el Código Civil colombiano. *Responsabilidad Civil y del Estado*(33), 75-96.
- Velasco, J. C. (1989). Los derechos sociales y la crisis del estado de bienestar. *Anuario de la Facultad de Derecho*(7), 411-429. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/819668.pdf> consultada el 06/01/2016.
- Viney, G. (2007). *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad* (Fernando Montoya, trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencias.

Cabello, M., *et al* (2014). Salvamento de voto sentencia del 5 de agosto de 2015, expediente SC10297-2014, SC10297-2014 (Corte Suprema de Justicia 5 de Agosto de 2014).

Consejo de Estado, Sección Tercera, República de Colombia. (1992). Sentencia del 14 de febrero de 1992. Colombia. C.P. Carlos Betancur Jaramillo, radicado 6477.

Consejo de Estado, Sección Tercera, República de Colombia. (1993). Sentencia del 1 de julio de 1993. Colombia. C.P. Daniel Suárez Hernández, radicado 7772.

Consejo de Estado, Sección Tercera, República de Colombia. (2010). Sentencia del 18 de marzo de 2010. Colombia. C.P. Enrique Gil Botero, radicado 20001-23-31-000-2001-00041-01(32651).

Consejo de Estado, Sección Tercera, República de Colombia. (2010). Sentencia del 11 de agosto de 2010. Colombia. C.P. Ligia López Díaz, radicado 25000-23-26-000-1996-02533-01(18894).

Consejo de Estado, Sección Tercera, República de Colombia. (2011). Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Colombia. C.P. Enrique Gil Botero, expediente 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031).

Corte Constitucional, República de Colombia. (2009). Sentencia C-029 de 2009, expediente D-7290. Colombia.

Corte Constitucional, República de Colombia. (2012). Sentencia T-212 de 2012. Colombia. M.P. Maria Victoria Calle Correa, expediente T-3199440.

Corte Constitucional, República de Colombia. (2015). Sentencia C-621 de 2015, expediente D-10609. Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, República de Colombia. (2014). Sentencia del 5 de agosto de 2014, SC10297-2014. Colombia. M.P. Ariel Salazar Ramírez, expediente 11001310300320030066001.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, República de Colombia. (1998). Sentencia del 10 de junio de 1998. Colombia. M.P. Rafael Romero Sierra, expediente 6083.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, República de Colombia. (2003). Sentencia del 26 de junio de 2003. Colombia. M.P. José Fernando Ramírez Gómez, expediente C-5906.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, República de Colombia. (2004). Sentencia del 15 de octubre de 2004. Colombia. M.P. Cesar Julio Valencia Copete, expediente 6199.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, República de Colombia. (2006). Sentencia del 19 de diciembre de 2006. Colombia. M.P. Manuel. Isidro Ardila Velásquez, expediente 2002-00109-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, República de Colombia. (2008). Sentencia del 13 de mayo de 2008. Colombia. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, radicado 11001-3103-006-1997-09327-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, República de Colombia. (2009) Sentencia del 20 de enero de 2009. Colombia. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, expediente 1993-00215.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, República de Colombia. (2014). Sentencia SC10261-2014 del 4 de agosto de 2014. Colombia. M.P. Margarita Cabello Blanco, expediente No 11001 31 03 003 1998 07770 01.

Tolosa, L. Aclaración al voto sentencia del 5 de agosto de 2015, expediente SC10297-2014 (Corte Suprema de Justicia 5 de Agosto de 2014).