

***“TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO INMATERIAL FISIOLÓGICO, SEGÚN LA
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, ¿PERJUICIO EN OLVIDO O EN
EVOLUCIÓN?”***

RUBÉN DARÍO VALBUENA GARZÓN

Código: 2005101562

Trabajo de grado presentado como requisito para obtener el título de abogado.

Director: Dr. JOSÉ JOAQUÍN CUERVO

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

PROGRAMA DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

NEIVA

2011

Este logro no hubiera sido posible sin la ayuda de Dios, de mis padres a quienes debo agradecerle todo, pues con su sacrificio han forjado en mí, un hombre de sueños, de metas y de aspiraciones.

A mis dos hermanas Dianita y Laurita, personas que son el motor de mi vida, no cabe duda que su compañía vitaliza mi existencia.

A mis bebes, quienes igual que mis hermanitas son las personas que me motivan para crecer y luchar día a día,

Gracias Señor por tener vida, por vivir la experiencia de ser papa.

“Rubencho”.

AGRADECIMIENTOS.

Son muchas las personas a las que debo agradecer, pero especialmente al Dr. JOSÉ JOAQUÍN CUERVO, por su compañía y dirección en el transcurso de este proyecto, al Dr. JOSÉ RICARDO FALLA DUQUE, persona quien con su apoyo y paciencia me brindo la oportunidad de dar mis primeros pasos en el mundo del derecho.

A la Dra. Yuri Saldarriaga, amiga, colega, quien apporto sus apreciaciones sobre el proyecto y dieron luces frente a la consolidación de la presente monografía.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.	6
CAPÍTULO I	8
1- TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.	8
1.1. <i>El daño.</i>	8
1.2. <i>Definición del daño en la responsabilidad estatal.</i>	11
1.3. <i>Elementos del daño</i>	13
1.3.1. <i>Certidumbre del daño</i>	13
1.3.2. <i>Carácter personal del daño</i>	15
1.3.3. <i>Ilicitud o antijuridicidad del daño</i>	16
1.4. <i>Clasificación del daño.</i>	17
CAPITULO II	19
1. DAÑOS MATERIALES.	19
1.1. <i>Daño emergente</i>	19
1.2. <i>Lucro cesante</i>	20
CAPITULO III	25
1. DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES	25
1.1. <i>Nociones generales</i>	25
1.2. <i>Clasificación de los perjuicios inmateriales según la jurisprudencia</i>	26
CAPITULO IV	28
1. PERJUICIO MORAL (PRETIUM DOLORIS)	28
1.1. <i>Noción</i>	28
1.2. <i>Evolución</i>	29
1.2.1. <i>Perjuicios morales subjetivados</i>	30
1.3. <i>Actualidad del perjuicio moral.</i>	34
1.4. <i>El perjuicio moral en la jurisdicción contencioso administrativo</i>	37
CAPITULO V	49
1. PERJUICIO FISIOLÓGICO	49

1.1.	ANTECEDENTES.	50
1.2.	Línea de tiempo (antecedentes del perjuicio fisiológico)	56
1.3.	Nociones y definiciones del perjuicio fisiológico.	57
1.4.	Primera mutación: del daño fisiológico al daño de la vida de relación	63
1.5.	Línea de tiempo (daño de la vida de relación.)	82
1.6.	Segunda Mutación: “del perjuicio de daño de la vida de relación a las alteraciones de las condiciones de existencia.”	82
1.7.	Line de tiempo- alteraciones de las condiciones de existencia.	94
1.8.	Divergencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado.	94
	<i>Podría pensarse que las mutaciones que sufrió el perjuicio fisiológico fueron aprobadas por unanimidad en el ceno del Consejo de Estado, pero no es así, todas estas modificaciones no son compartidas en su totalidad por los Magistrados del máximo Tribunal Contencioso Administrativo.</i>	94
	CAPITULO VI	99
1.	Derecho comparado.	99
1.1.	Caso francés	99
1.2.	Caso italiano	103
1.3.	Caso Corte Interamericana de derechos Humanos. (Daño al proyecto de vida)	104
1.3.	Caso España.	107
	CAPITULO VII	109
	CONCLUSIONES.	109
	CAPITULO VIII	111
	NUESTRA PROPUESTA	111
	BIBLIOGRAFÍA	118

INTRODUCCIÓN.

Muchas son las teorías de indemnización de la víctimas en temas de responsabilidad del Estado, todas ellas giran en torno a la reparación integral del ser humano, es decir, que no puede dejar de desagraviar ningún bien jurídico tutelado y que resulte afectado por la acción u omisión del Estado.

De la anterior tesis jurídica han surgido en la doctrina nacional e internacional corrientes sobre cuáles son los perjuicios que puede padecer un ser humano y cuáles deben ser indemnizados en medio de una acción u omisión de la administración, discusión esta que parece no tener fin alguno debido al carácter pretoriano de esta rama del derecho administrativo, ya que no existe paridad de criterios que con exactitud establezcan los daños a reparar. Esta disyuntiva que se predica en los mal llamados perjuicios extrapatrimoniales, pues tradicionalmente se reconocen y condenan los daños morales y como una nueva tendencia en cuanto a este tipo de perjuicio han surgido los perjuicios denominado daño fisiológico o daño en la vida de relación, hoy, alteraciones de las condiciones de existencia.

Esta nueva clasificación de perjuicios inmateriales, hace que tanto litigantes como Magistrados o jueces permanezcan en la penumbra, pues como se presentara en el cuerpo del presente trabajo son muchos los argumentos que se han expresado frente a la existencia o no de perjuicio distinto a los morales y su vigencia en el tiempo.

La investigación realizada tiene como objetivo el de clarificar la evolución que ha tenido el perjuicio fisiológico en la jurisdicción contenciosa administrativa en casos de responsabilidad extracontractual del Estado, para tal fin se ha dividido en VIII capítulos que buscan dejar un precedente frente a la problemática planteada.

En el capítulo I se desarrolla y conceptúa sobre el daño, sus características, divisiones y demás elementos que permiten que un perjuicio sea resarcido.

Continuando con el objetivo de clarificar la evolución, el capítulo II presenta el análisis de los perjuicios materiales, desarrollando los elementos integradores del lucro cesante, daños materiales como modalidades de este tipo de perjuicio.

El tercer capítulo presenta el sustento normativo y jurisprudencial para el reconocimiento de los perjuicios extrapatrimoniales, mereciendo un capítulo especial el IV y V en donde desatara la pugna frente a la existencia y reconocimiento del perjuicio moral y el surgimiento de un nuevo perjuicio denominado fisiológico y toda la evolución, reseñando las características de la misma.

No podríamos dejar de hacer el parangón del perjuicio fisiológico, con el tratamiento que se le da al mismo en los demás sistemas jurídicos, abarcando el estudio desde el país de origen Francia, pasando luego por Italia, España y guardando un referente jurisprudencial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con su tesis del Daño al proyecto de vida, que toma elementos de las mutaciones que ha sufrido el perjuicio fisiológico en nuestro país y a su vez, la jurisprudencia nacional, toma como fuente jurisprudencial esa creación, para justificar la existencia en nuestro sistema de las alteraciones de las condiciones de existencia.

De esta manera presentar las conclusiones de la investigación, para crear e invitar a la comunidad académica, y jurídica que formen las propias siempre en pro de que las víctimas sean reparadas en su integridad. Pero que sería de una investigación, si no es la de formar nuestra opinión, por ello y como un capítulo especial, presentaremos a la comunidad, no unas conclusiones, si no una propuesta académica de estudio, en donde se reflejarán los conceptos y argumentos que justifiquen la misma.

Es así, que nos embarcamos en lo que un gran profesor y porque no decirlo amigo me manifestó “el bicho de la investigación”.

La igualdad tal vez sea un derecho, pero no hay poder humano que alcance jamás a convertirla en hecho.”(Honoré de Balzac)

CAPÍTULO I

1- TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.

Precisión preliminar

El objetivo de este capítulo es el de desarrollar los diferentes tipos de perjuicios consagrados en la legislación civil colombiana, aunado a los criterios expuestos tanto por la doctrina nacional y la jurisprudencia de las corporaciones de cierre de la jurisdicción civil y administrativa, es decir, la Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil y el Consejo de Estado.

Destacando el desarrollo histórico y la posición doctrinaria mayormente aceptada en nuestro sistema. Igualmente, es de precisar, que antes de desarrollar lo tocante al tema de la tipología del perjuicio o daño, es indispensable identificar que es daño desde la óptica semántica y así correlacionarlo con el objeto de estudio del presente trabajo.

1.1. El daño.

Muchas son las definiciones que han sido asignadas al término daño o perjuicio, desde diferentes ópticas, por esta razón, es menester antes de enfilarnos al avance de la presente investigación, detenernos y conceptualizar sobre el mismo.

El reconocido profesor GUILLERMO CABANELLAS, en su obra “DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL” define los términos daño y perjuicio de la siguiente manera; veamos:

***Daño.** En sentido amplio, toda suerte de mal, sea material o moral, como proceder tal suele afectar a distintas cosas o personas, o diferentes maneras, es habitual también el empleo pluralizado: daños (v) II Mas particularmente, el deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en propia persona o bienes.*

2. Concepto legal. Para el art. 1.068 del Cód. Civ. Arg, “Habrá daño siempre que se causare a otro algún tipo de perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” “El daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también las ganancias de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras perdidas e interés.”¹

De la definición aportada por el profesor Cabanellas, se destaca claramente, que el daño puede reflejarse desde el punto de vista personal, como también de los bienes de la persona, definición que tendrá gran influencia en temas de daños extrapatrimoniales que será tratado en capítulo posterior.

Recurriendo nuevamente al tratadista Cabanellas, definiremos el término perjuicio;

*“**PERJUICIO.** Genéricamente, mal II lesión moral II Daño en los interés patrimoniales II Deterioro II Detrimento II Perdida II En sentido estricto, la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que origina un acción u omisión ajena, culpable o dolosa; a diferencia del daño (v.), o mal efectivamente causado en los bienes existentes y que debe ser reparado.”²*

Como se puede apreciar de la anterior definición, son términos concordantes, el daño y el perjuicio, entonces, no puede presentarse equívocos al usar los mencionados indistintamente.

¹ CABANELLAS G. Diccionario enciclopédico de derecho usual, Heliasta págs. 5 y 6

² Ob. Cit. pág. 213

Hechas las primeras consideraciones frente a la definición del daño y perjuicio, es necesario ilustrar los mismos conceptos partiendo de la definición contenida en la legislación nacional y posteriormente desarrollarla con ayuda de la jurisprudencia y doctrina.

El Código Civil Colombiano, no trae una definición concreta frente a que es un perjuicio o un daño³, lo anterior no es óbice para que no exista en el sistema jurídico colombiano una definición.

El tratadista Fernando Hinestrosa define él mismo como “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”⁴

Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima.⁵

Podemos entonces definir el daño, como aquella disminución o pérdida que afecta patrimonial y extrapatrimonialmente a un individuo.

³ Si bien es cierto, en los artículos 1612, 1613, 1614, 1615,1616 del código Civil, describe una serie de situaciones en donde se regula en parte el tema de los perjuicios, no determina un concepto claro y específico de daño o de perjuicio; Igual sucede en los artículos, 2341, 2342, 2343,2344 y subsiguientes del mismo Código.

⁴ Citado por Juan Carlos Henao “El Daño. Análisis comparativo de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés” pág. 84

⁵ Tamayo Jaramillo J. “*Tratado de responsabilidad civil*” Tomo II 2º reimpresión, Temis- Bogotá Pág. 326.

1.2. Definición del daño en la responsabilidad estatal.⁶

Ya hemos definido el daño en el sistema de responsabilidad civil, es necesario abordar la definición de este elemento de la responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad administrativa. Lo anterior, teniendo en cuenta que estos regímenes, aunque comparten algunos criterios y elementos estructurales, deben ser analizados indistintamente, puesto que en la responsabilidad del Estado, existe una variación sistemática en su definición.

El consejo de Estado, respecto a la definición del daño, dijo:

“El daño, en “su sentido natural y obvio“, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien“, “...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc...” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.” Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico,

⁶ Con ponencia del Consejero de Estado Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, en año de 1993, desarrollo primigeniamente el concepto de daño antijurídico así: “Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

"La ratio legis' verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinado a él la sin un deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúnan las condiciones de injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal, ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encaman el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado por un comportamiento institucional".

"Dentro del mismo universo discurre el profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular enseña:

2. El concepto técnico jurídico de lesión resarcible y sus notas características:

"Al construir la institución de la responsabilidad de la administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada"

calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”. Adviértase como, entendido así el daño antijurídico frente al cual el estatuto superior impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc.), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo que constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento.”⁷

Se desprende de la definición del daño en materia de responsabilidad del Estado un elemento primordial y es que este sea antijurídico, lo que lleva a inferir, que no cualquier daño debe ser reparado en el sistema de responsabilidad administrativa.

Esta cualificación dada, tiene su razón en que todos los ciudadanos estamos obligados a soportar un mínimo de cargas, me explico, las operaciones policivas, las actuaciones administrativas, el pago de impuestos, etc. pero que al momento que dicha carga rompa un equilibrio, y que con dicha desproporción cause un daño, este se tornara antijurídico y debe ser eventualmente reparado por la administración.

Para profundizar en la definición, la misma corporación desarrollo el concepto de daño antijurídico de la siguiente manera:

“La Sala ha definido, acogiendo doctrina y jurisprudencia españolas, que el daño antijurídico consiste en la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho. De acuerdo con el postulado constitucional (Art. 90) el Estado responde por el daño antijurídico, cualificación que se deduce al comprobar que el derecho no le impuso a la víctima el deber de soportar el daño.”⁸

⁷ CE- sección III sentencia de 11 Nov. 1998, e 11499, MP. Dr. A. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

⁸ CE- sección III 2 Mar. de 2000, e 11945, M. Giraldo Gómez.

De las citas jurisprudenciales, tenemos reseñados con claridad la definición del daño en el sistema de responsabilidad del Estado, resaltando entonces el carácter de antijurídico que prevalece en el sistema estudiado, como lo ha caracterizado el Consejo de Estado en las Sentencias citadas.

1.3. Elementos del daño

Todo daño perse no es indemnizable, es decir, que para que el daño sea reparable, debe tener ciertas características, que han sido desarrollados tanto por la jurisprudencia y como por la doctrina nacional.

El profesor Obdulio Velázquez Posada, en su obra Responsabilidad Civil Extracontractual publicado en el año 2009, decanto las características del daño en tres; primero, que el daño sea cierto, segundo, personal y finalmente e ilícito o antijurídico.

Teniendo en cuenta las características exigidas para que un daño sea reparable, desarrollaremos esta hipótesis jurídica, atendiendo a los criterios esbozados por el tratadista en mención.

1.3.1. Certidumbre del daño

Respecto a este elemento, expresó el profesor Velásquez:

“La certeza, considerada como uno de los estados de la mente en la que se tiene algo, como verdadero o real es la condición necesaria para toda sentencia judicial, el juez ha de llegar por medio del acervo probatorio (indicios, testimonios, presunciones, confesiones, inspecciones judiciales, peritazgos, etc.) a la convicción o certeza de que el daño existió o existirá”

El primer requisito, exige entonces al petente o víctima, demostrar la existencia del daño, independientemente sea la clase del mismo, me explico, daño emergente, lucro cesante, morales, etc., lo anterior, entonces, constituye para el lesionado una carga que deberá cumplir, so pena de no llenar de certeza al fallador de la existencia del perjuicio reclamado.

Lo anterior no constituye una camisa de fuerza para que un daño que sea incierto en el presente, obtenga el calificativo de cierto en el futuro.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del año de 1998, sentó posición al respecto, dijo;

“Lo que autoriza a decir que lo cierto del daño futuro está en que dentro de un devenir sin sobresaltos mayúsculos, se presentara; o, lo que es lo mismo, que, traslada hacia adelante la causa (hecho ilícito), casi que es seguro que se producirá el efecto que hoy por hoy se está percibiendo (el perjuicio). No necesariamente, porque o es el derecho una ciencia natura; pero si harto probable << Sin perder de mira la advertencia hecha cerca de la relatividad del vocablo que suele utilizarse, cuando de reparar perjuicios se trata no es tanto de interés de clasificar los perjuicios en presentes y futuros, cuanto en determinar que todos los perjuicios sean ciertos. Para, de ese modo, descartar los hipotéticos, basados en simples conjeturas⁹ o suposiciones y que no son atribuibles más que a desarrollo de la imaginación>>¹⁰

En síntesis, lo que propone el elemento de certeza, no es otra cosa que el daño sea palpable, que pueda reflejarse en una situación concreta y como bien lo desarrolla la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el perjuicio solicitado, no nazca de la imaginación del peticionario.

Para concluir y en aras de clarificar el primer elemento constitutivo del daño, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo propone que *“El daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante”*.

Resulta un imposible abarcar el tema de la certidumbre del daño y no analizar lo correspondiente al daño hipotético o virtual, pues intrínsecamente, es un contenido relacionado con el primer elemento.

⁹ Es indispensable hacer claridad, que la certeza del daño no lo brinda la temporalidad, es decir, si es un daño pasado, presente o futuro, este, esta dado por el grado de certeza o eventualidad que atañe al mismo.

¹⁰ Obdulio Velásquez Posada, Responsabilidad Civil Extracontractual, Edit. Temis 2009

El daño eventual o hipotético, es aquel que carece de probabilidad alguna, es decir, que no existe en los grados de probabilidades, la certeza de su concreción.

Contrario a ello, existe en la jurisprudencia, el denominado daño virtual que involucra la posibilidad que en el curso normal de los acontecimientos, el daño muy seguramente se producirá. Es decir, solo eventos extraordinarios e inesperados harían de cambiar la cadena causal.¹¹

1.3.2. Carácter personal del daño

Este elemento que ha sido tomado por parte de la doctrina nacional e internacional, en esencia, no representa un problema respecto el daño en sí. El carácter personal del daño, toma poca relevancia, pues existe la oportunidad que personas diferente al agente dañado, soliciten reparación o indirectamente se causen a terceros afectaciones patrimoniales o extrapatrimoniales, por el hecho generador del perjuicio.

Como lo expresa el profesor Vásquez Posada, se trata de un problema procesalista, en causado en la legitimidad por activa, en otros términos, que el demandante en un eventual proceso de responsabilidad, debe tener un vínculo jurídico-procesal con los hechos y perjuicios objeto de reclamos.

Para ilustrar de manera didáctica, presentaremos un ejemplo.

A, manejaba su coche en sentido Norte- Sur, acatando las normas de tránsito.

B, que iba en una camioneta, a gran velocidad en sentido Sur-Norte.

De repente B, invade el carril de A causando lesiones que ocasionaron el posterior deceso del señor A.

En una lectura exegética del elemento, solo podría reclamar daños el occiso.

¹¹ Javier Tamayo Jaramillo Ob. Cita Pág. 341.

En la legislación colombiana, en el Código Civil, se regulo la titularidad de la acción indemnizatoria, en el artículo 2342, que indica los legitimados:

- 1- El dueño o poseedor de la cosa sobre la que ha recado el daño
- 2- Sus herederos
- 3- El usufructuario, el habitador, el usuario s el daño le produce perjuicios a su derecho de usufructúo, uso o habitación.
- 4- Y el que tiene la cosa, con la obligación de responder por ella, pero solo en ausencia del dueño.

Frente al segundo elemento los MAZEUD indican *“Tan solo se puede reclamar reparación del daño aquel lo haya sufrido. No existe en ello sino la aplicación pura y simple de un gran principio- del derecho procesal agregamos nosotros-. Donde no hay interés, no hay acción”*¹²

Así las coas, es claro que dependiendo las situaciones que crean el hecho generador de daños, así mismo, se dará aplicabilidad al elemento objeto de estudio.

1.3.3. Ilicitud o antijuridicidad del daño

Etimológicamente antijurídico es la traducción del término latino *inuria* que significa contrario a derecho. Proviene de la fusión del prefijo *in* que significa “contra” de *ius-iura* que significa “derecho”.¹³

¹² Citado, Vásquez Posada Óp. Cit. Pag.238

¹³ Vásquez Posada, óp. Cit., pág. 240

En este orden de idea, el daño tiene que afectar un bien jurídicamente protegido, y que no exista justificación alguna, para causarlo. El profesor Obdulio Vázquez, en su obra citada, al referirse a la justificación del daño, expresa;

“ Hay ciertos casos en que el derecho justifica los daos que se puedan cuásar a terceros y serian las propias víctimas las que deban soportar ese daño, cuando en cumplimiento de una orden judicial, por ejemplo, y con estricto seguimiento de los procedimientos, las autoridades de policía deben allanar un lugar y para ello es forzoso causar rotura de una chapa o de una ventana, en ese caso el daño causado si bien es cierto y personal es totalmente licito; el agente lo ha causado no por imprudencia, si no con intención y hay nexa causal entre la conducta y el daño, pero por ser un daño conforme a derecho (licito), la víctima no tiene derecho a solicitar su reparación”

Desde una perspectiva meramente académica, debemos apartarnos de esta afirmación, teniendo en cuenta, que si bien es cierto estamos en el evento de una actividad licita por parte de un agente del estado, el hecho de que en un operativo policiaco, resulte averiada una casa, una ventana, un vehículo, etc., es una carga que no debe ser soportada por el ciudadano, el está obligado, por así decirlo, a acatar el procedimiento, no obstaculizar el mismo, pero soportar daños en su persona o en sus bienes, por estas consideraciones diferimos totalmente de dicha postura, expresada por el Profesor Obdulio Vázquez.

El daño debe ser ilegal o ir contra derecho, las actividades estatales licitas que rompan el equilibrio de cargas, ha de considerarse como un daño indemnizable.

1.4. Clasificación del daño.

Hecha la definición del daño o perjuicio en materia civil y administrativa, clarificando sus elementos para que el mismo para que se tornen indemnizables, es del caso estudiar las clases de daños que reconocen la legislación colombiana y la jurisprudencia nacional.

En las anteriores definiciones, veíamos como los diferentes autores, hablaban de un menoscabo del patrimonio, otros mencionaban un detrimento de derechos, y finalmente de afectaciones extrapatrimoniales que tuviera objeto el individuo.

Teniendo en cuenta dichas acepciones, en el sistema jurídico colombiano, se reconoce la indemnización de daños materiales e inmateriales.¹⁴, otros autores como el profesor Tamayo Jaramillo proponen otras clasificaciones, como el daño directo, e indirectos, presentadas de manera académica, razón por la cual estudiaremos la clasificación tradicional, es decir, el daño material e inmaterial.

¹⁴ Aclarar que estos últimos, fueron desarrollados a cabalidad por parte de la doctrina y la jurisprudencia, puesto que en un sentir taxativo de la norma, no es preciso en señalar cuáles son los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales que se deben indemnizar.

CAPITULO II

1. DAÑOS MATERIALES.

Para el tratadista Ricardo de Ángel Yaguez,¹⁵ el daño material consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener.

Nuestro Código Civil no es ajeno a tal definición, pues en desarrollo de la misma dispuso la legislación, la creación del daño emergente y lucro cesante como modalidades de los perjuicios materiales.

Los citados perjuicios están contemplados en el artículo 1613 y desarrollados en el artículo siguiente.

Veamos:

“Art. 1613: la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el incumplimiento. ...”

“Art. 1614: Entiéndase por *daño emergente* el perjuicio o la perdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por *lucro cesante*, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardando su cumplimiento”

1.1. Daño emergente

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de la Jurisdicción ordinaria, ha desarrollado de vieja data estos conceptos, de este modo, más que necesario resulta atractivo el análisis de la definición que expresa la Corporación;

¹⁵ Tratado de Responsabilidad Civil Edit. Civitas Madrid 1993

“(…) El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que haya sido menester o que en el futuro sean necesario y el advenimiento de pasivo, causado por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad (…)”¹⁶

1.2. Lucro cesante

Frente al lucro cesante, la extinta Sala de Negocios, en sentencia del 3 de agosto de 1949 LXVI, 589, expreso:

*“Lucro o logro, del latín *lucrum*, encierra la idea de provecho, ganancia o utilidad. Lucrarse de una cosa es sacarle todo provecho que ella es susceptible de dar. De una actividad se dice que es lucrativa cuando produce rendimiento a quien la ejercita. Y como estos, en lo ordinario, se estiman en dinero, ha resultado que en el comercio y en la industria la idea del lucro se confunda con la del interés que produce el capital.”*

Sosteniendo la tesis, de que en la ciencia del derecho nada está escrito, o que todo es inmutable, los tratadistas Vásquez Posada y Tamayo Jaramillo, han desarrollado la idea, de que el lucro cesante va mas allá de todo provecho que dejó de reportarse, según lo indica el artículo 1615 del Código Civil.

Aducen los tratadistas mencionados, que “El provecho que obtenía el propietario al desplazarse en su vehículo es, sin duda, un beneficio amparado por la ley y que es susceptible de una valoración económica”

Tesis que ha sido negada por la Corte Suprema de Justicia, que en fallo de 8 de octubre de 1975, expreso:¹⁷

¹⁶ Corte Suprema de Justicia Sent. Mayo 7 de 1968.

¹⁷ En igual sentido en fallo de fecha Mayo 7 de 1968, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Héctor Roas Gómez.

“En la ocurrencia de autor, el demandante Polanco no demostró otro daño emergente que la avería de su vehículo Volkswagen a consecuencia de la colisión de que habla la demanda, de manera que es este el único que debe tenerse en cuenta para el reconocimiento de perjuicio. Destinando como estaba el vehículo a su servicio particular no acredita una merma patrimonial por el desembolso en gastos de automóvil de servicio público por necesidades de su oficio, de manera que, como tampoco demostró que por sus labores u oficio o empleo usa el vehículo Volkswagen como elemento necesario e indispensable para la producción de un lucro, no puede concluirse en la cesación de este por efecto de tenerlo en un taller de reparaciones. No Hubo, pues, lucro cesante, tomando este como “la ganancia o provecho que deja de reportarse””¹⁸

La crítica que realizan los doctrinantes, desarrollada a profundidad por Tamayo Jaramillo radica, en términos del tratadista:

“No compartimos ninguno de los argumentos de los dos fallos anteriormente transcritos y, por el contrario, anotamos lo peligroso de sus conclusiones, ya que con la misma lógica se puede negar la indemnización por daños causados a bienes diferentes a los automotores.

En primer lugar, se hace necesario precisar que los bienes económicos pueden consistir en dinero, cosas o servicios. Cualquiera de esos bienes que salga del patrimonio de una persona constituye un daño emergente: de igual forma, el no ingreso de bienes o servicios en el patrimonio de la víctima genera para ésta un lucro cesante”¹⁹

En el año de 1999, el Consejo de Estado finalmente acepta la tesis planteada por la doctrina, acogiendo la tesis, sostuvo la Corporación:

¹⁸ C.S.de J. Sentencia 8 de octubre de 1975, Héctor Roa Gómez, Jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia t. II, P. 700, citado por Tamayo Jaramillo, óp. Cit. Pág. 476

¹⁹ Tamayo Jaramillo, óp. Cit. Pág. 476.

“Ahora bien, la privación del uso, por el tiempo de indisponibilidad, ha de resarcirse, independientemente de que el vehículo destruido, fuera un bien productivo, v.gr, por tratarse de un vehículo de transporte público de pasajeros, ora se trate de un vehículo de servicio particular, pues la Sala considera que este perjuicio tiene propia autonomía, al margen de su ubicación en uno cualquiera de los dos rubros- daño emergente o lucro cesante-, pues a más de las certeza que se infiere de la presunción obvia a que alude el texto precitado, es verdad que la falta de disponibilidad de uso y goce vulnera un interés de la víctima; se le priva de la utilización del vehículo, sea con fines lucrativos o puramente profesionales ajenos a toda noción de provecho económico, utilidad o ganancia.”

Respecto a la manera de calcular la posible indemnización, manifestó el Tribunal:

“En esa dirección, la Sala considera que la adopción del sistema de resarcimiento por interés de valor permite un adecuado reconocimiento para la víctima del daño consistente en la privación del uso y goce, el interés comercial que la suma de capital equivalente al valor del automóvil, habría producido durante todo el tiempo que razonablemente presenta la indisponibilidad”

A la tesis defendida por el tratadista en Tamayo Jaramillo, y acogida por el Consejo de Estado, hemos de alejarnos. Pues como bien lo esboza el Tribunal, el lucro nace de la imposibilidad de goce o disponibilidad, ello a nuestro juicio, no encaja en la tipificación del lucro cesante, es más bien un ítem, que debería agregarse al perjuicio moral o en su defecto al daño emergente, dependiendo el caso, o recurriendo a la doctrina foránea a la pérdida de la oportunidad o del chance, como lo manifiesta el tratadista Francios Chabas, pero no como un daño material, ya que trasciende de la esencia del mismo, de las características particularísimas del perjuicio material.

Son razones de la anterior tesis, los mismos argumentos expuestos por el Consejo de Estado, veamos:

“Todo lo anterior sin perjuicio que el demandante víctima del daño acredite un perjuicio de mayor valor por tal concepto, v.gr, porque ha sido privado del uso y goce de un vehículo automotor de determinadas características, porque se desplazaba habitualmente y cómodamente a otras ciudades; en últimas, acreditando un perjuicio de mayor valor que el mero interés comercial que produciría la suma de dinero- bien de capital,”

Son criterios muy subjetivos, que contradicen en nuestro sentir, tanto los elementos configurativos del daño, como la especificidad del perjuicio. El afectar el goce, supongamos que genera en el individuo un placer o facilidad en su vida, esto ha de calificarse como una mejora emocional, psicológica, y no patrimonial, en el entendido de ser un aumento en dinero o patrimonio material.

Ahora bien, en el caso de la disponibilidad, si el afectado por el hecho dañoso, tenía la costumbre de alquilar su vehículo para medio de transporte a terceros, ello si constituirá un lucro cesante, pero no por no tener disponibilidad sobre el mismo, todo lo contrario, porque no podía este direccionar el vehículo a la actividad acostumbrada, si no por ser este una actividad que generaba una ganancia.

Manifiesta el profesor Tamayo Jaramillo, que los verbos orientadores del perjuicio fisiológico son a luz del artículo 1614, a la *ganancia o provecho*, enmarcando esta modalidad de daño, en el provecho que tiene la persona en gozar y disponer de su vehículo en el caso objeto de estudio.

No puede interpretarse de manera aislada dicho artículo, pues el mismo debe entenderse dentro del contexto del daño material y dicha clase de perjuicio, hace referencia a un daño que sufre el patrimonio y como justifica el citado tratadista, se asemeja más a una perturbación psicológica conexas a un perjuicio moral.

Otro sería el caso, insistimos, en el evento, que el propietario del vehículo o bien, tuviera la costumbre de prestar un servicio con él, ello constituiría per se un daño material en la modalidad de lucro cesante.

Distinto sería que la avería sufrida desvalorice el bien, sea inmueble o mueble, pues ello si sería objeto de indemnización.

El ejemplo sería más claro, partiendo del supuesto que el propietario de un automotor, no tendría la obligación de soportar el menoscabo patrimonial, es decir, y aplicando un poco de ilustración:

A tiene un vehículo modelo 2010 que le costó trece millones de pesos y en consecuencia del choque causado por B, este pierde valor comercial más allá del normal, esa disminución es imputable al causante del daño.

En términos prácticos, es una razón de hombre que un carro que sufre una fuerte colisión, tiene afectaciones que comúnmente son conocidas como la pérdida de la línea, torcedura del chasis, cambio de color, etc., estas disminuciones serían indemnizables, como un lucro cesante, pues retomando las palabras del tratadista en mención, esta disminución o desvalorización es un *provecho* que ha dejado de percibir el propietario del bien, pues en normales condiciones podría haber vendido el vehículo en un precio superior al que pudo haberlo vendido después del daño, para nadie es un secreto que un carro accidentado, pierde valor.

CAPITULO III

1. DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES²⁰

Precisión preliminar

Como hemos visto, los perjuicios en el sistema jurídico colombiano en una de sus divisiones, quizás la más genérica, en patrimoniales y extrapatrimoniales.

En el presente capítulo abordaremos los perjuicios extrapatrimoniales que reconoce el sistema jurídico colombiano, acotando desde ya el carácter pretoriano de los mismos, pues no existe una norma que los determine expresamente; de allí, se desprende la gran evolución sufrida por estos, las diferencias e interpretaciones. El plan metodológico a seguir, es la identificación de los mismos, teniendo en cuenta que el objeto de la presente monografía, es la de presentar a la comunidad académica, el estudio detallado del perjuicio fisiológico – como se conocido en sus inicios- su evolución y las variantes en su conceptualización, será abordado en un capítulo diferente, lo que no implica que este haga parte de los perjuicios denominados extrapatrimoniales o inmateriales.

1.1. Nociones generales

Fuera de los bienes patrimoniales, los individuos poseen otros de carácter extrapatrimonial que son garantizados por la Constitución y por las leyes penales y civiles. Entre esos bienes extrapatrimoniales podemos contar la tranquilidad, la libertad, la honra, la buena

²⁰ Frente a esta denominación, gran parte de la doctrina lo cuestionan, pues el patrimonio del ser humano no está conformado únicamente por elementos materiales, la honra, el buen nombre, la paz, la quietud, son elementos integrantes del patrimonio. Propone el tratadista **HENAO** llamar a estos como inmateriales, pues son daños que en esencia no son cuantificables, el objeto de la indemnización es menguar la afectación de los mismos.

imagen y el buen nombre, precisa²¹ Javier Tamayo Jaramillo, a lo que le debemos agregar teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial y teleológica de la reparación integral, el proyecto de vida, la estética, el desarrollo en sociedad y la manera como existe una interrelación personal con la misma, entre otros.

Cualquier perturbación o afectación a estos derechos personalísimos del ser humano, sin importar su gravedad o levedad, deben ser reparadas separadamente.

1.2. Clasificación de los perjuicios inmateriales según la jurisprudencia

Como hemos venido comentando en la precisión preliminar, en el sistema normativo colombiano, no existe norma alguna que consagre en su totalidad o fragmento la clasificación de los perjuicios extrapatrimoniales. Esta tarea ha recaído en la doctrina y la jurisprudencia. La primera mención respecto a una clasificación de perjuicios extrapatrimoniales data de tiempo atrás, pues como lo indica el tratadista Tamayo Jaramillo, en fallo de 21 de julio de 1922, la Corte Suprema de Justicia sentó un precedente, que denominó perjuicio moral subjetivo o de afección.

Posteriormente, también por creación jurisprudencial, nació en el sistema jurídico nacional, el denominado perjuicio moral objetivo, daño, que fue motivo de críticas, por su desnaturalizada concepción. En el año de 1993, y tomando de las fuentes del derecho francés surge en Colombia el denominado perjuicio fisiológico, del cual haremos un análisis especial y profundo, por ser el tema de la investigación.

Teniendo en cuenta las diferentes posturas frente a la existencia reconocimiento e indemnización, se han creado distintos perjuicios categorizados como extrapatrimoniales, tales como el perjuicio estético, el daño corporal, el buen nombre y honra, entre otros, todos ellos que han sido desarrollados por la doctrina, pero que no han tenido aplicación en nuestro sistema jurídico, toda vez que han sintetizado diversos perjuicios en uno solo.

²¹ Tamayo Jaramillo Javier óp. Cit. edición 1996.

Ejemplo de ello y el más usado por la academia, es el típico caso de la mujer que se dedica al modelaje, y en consecuencia de un accidente sufre una lesión en su rostro, causándole una cicatriz o una deformidad de grandes consideraciones, afectando su estética y directamente su patrimonio pues su belleza generaba lucro. Frente esta eventualidad, existen dos sectores, uno de ellos es el que pregonan la existencia de un daño más allá del daño moral y el lucro cesante, un daño estético, en el entendido de una afectación a la estética, a la silueta de la persona dañada, siendo entonces un perjuicio mas que ha de indemnizarse.

La otra postura, que indica que la desestabilización mental, afectación psíquica, no constituye cosa diferente que un perjuicio fisiológico.

Los radicalismos no siempre constituyen el saber, por esa razón, debemos de plantear una teoría intermedia, que radica su fundamento en la apreciación y análisis de cada caso en concreto. Existe en el derecho un principio universal, denominado la menor afectación al deudor, razón por la cual no se podría generalizar y mucho menos simplificar los perjuicios que deben indemnizarse en ocasión a un hecho dañoso.

Puede existir un daño, pero no podemos llegar al extremo de generalizar perjuicios, pues puede ser peligroso, máxime cuando en nuestro país, las Altas Cortes no tienen un criterio estructurado y definido de los diferentes perjuicios. Creemos que el juez en su sana crítica probatoria, y el demandante en su estrategia debe demostrar cada uno de los perjuicios reclamados.

En síntesis, tradicionalmente y con aplicabilidad en Colombia se reconocen como perjuicios extrapatrimoniales los perjuicios morales, el daño fisiológico o daño en la vida de relación.

CAPITULO IV

Precisión temática.

En el presente capítulo, se desarrollara el perjuicio moral, precisando sus momentos históricos, desde su reconocimiento, hasta la aplicación actual. Resaltando los criterios esbozados por la doctrina nacional y la Jurisprudencia de la Corte de cierre de cada jurisdicción.

1. PERJUICIO MORAL (PRETIUM DOLORIS)

1.1. Noción

*“El daño moral es la lesión al patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva de él, los afectos, el amor en la familia, y la parte social, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales”*²²

El perjuicio moral, ha sido definido, como el padecimiento psíquico, afectivo, emocional que sufre la víctima en consecuencia de un hecho dañoso. Todos estos quebrantos de índole no material, han de repararse en una interpretación del artículo 2341 del C.C. pues de la misma, se infiere la existencia o el deber de reparar todo los perjuicios causados a un individuo.

En este sentido interpretativo se desarrolla toda la principalística del perjuicio extrapatrimonial entre ellos en actualmente estudiado perjuicio moral.

El precio del dolor, es otra acepción a la que ha echado mano la doctrina y la jurisprudencia nacional y foránea para conceptualizar el perjuicio moral, ampliando la definición a los padecimientos y afectaciones del ser humano, adelantándonos un poco al plan metodológico, tanto la jurisprudencia colombiana como la francesa han sido restrictivos en

²² *Ibídem*

reconocer el perjuicio moral cuando la acción dañosa recae sobre un bien, o la muerte de un animal.

1.2. Evolución

En el sistema jurídico colombiano, tradicionalmente se reconocía el pago de los perjuicios materiales conforme lo disponía el código civil.

En el año de 1922, en fallo de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Tancredo Nannetti, se reconoció por primera vez el pago de perjuicios extrapatrimoniales en la modalidad de perjuicio moral.

“al demandante Villaveces, por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos que el Tribunal infringió por haber restringido su alcance e interpretado, por tanto, erróneamente”

El tratadista Felipe Navia Arroyo, en su obra del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?, comenta frente al famoso caso Villaveces:

“ Don León de Villaveces, representado por el ilustre jurisconsulto y notable internacionalista Julián Restrepo Hernández, entablo una demanda contra el municipio de Bogotá, para que se le condenada a devolver los restos de su esposa, doña Emilia Santamaría, el ataúd donde reposaban y la bóveda y se le indemnizara todos los perjuicios que se le causaron como consecuencia de la negligencia de los empleados dl municipio, consistente en que, sin autorización, esos restos se exhumaron y depositaron en una fosa común, El Tribunal de Bogotá absolvió al municipio argumentando que, si bien habían lesionado los sentimientos y afectos del señor Villaveces, este no había demostrado perjuicios morales indirectos. Inconforme con la decisión, el actor interpuso el recurso de casación, alegando que el Tribunal, al restringir la indemnización solo a los perjuicios patrimoniales, había violado los artículos 1494, 2341,2356 del Código Civil, que hablan de indemnizar

todos los perjuicios, no solo los patrimoniales. La corte le dio la razón al recurrente...”

Es de resaltar del mencionado fallo, dos elementos importantes para la tipología del daño extrapatrimonial en Colombia.

- 1- El reconocimiento por parte de la jurisprudencia nacional de la existencia de perjuicios o daños distintos a los patrimoniales, daño emergente y lucro cesante.
- 2- La clasificación de los perjuicios extrapatrimoniales en daños morales subjetivos y los morales objetivados.

Tenemos entonces la clasificación de dos novedosos perjuicios extrapatrimoniales, aclarando desde ya, que la mencionada clasificación realizada por la Corte Suprema de Justicia, fue objeto de fuertes críticas que finalmente consiguieron abolirla.

1.2.1. Perjuicios morales subjetivados

A raíz del mencionado caso Villaveces, nace en el mundo jurídico, el perjuicio moral, que inicialmente se dividió en los morales subjetivos y objetivados, acepción que fue abolida años posteriores.

Frente al daño moral subjetivado, la Corte Suprema de Justicia definió "Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada y determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

El daño moral es la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva a él, los afectos, el amor en la familia, y la parte social, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales”.

"La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar << perjuicios morales >> inestimables por su naturaleza, y << perjuicios morales >> objetivados. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, síquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflitivo o depresivo, una merma o disminución en sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecuentemente su patrimonio material. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena síquica por la misma causa, daño inestimable pecuniariamente, y puede también recibir un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida del crédito le trastorna el negocio.²³.

El perjuicio moral subjetivado, es aquel dolor moral, psíquico que sufre una persona en ocasión a un hecho dañoso, que no es equiparable en dinero, es decir, que tal perjuicio, tal dolor, no es cuantificable, si ha de fijarse una suma, esto no debe entenderse como el valor o precio del sufrimiento, me explico, la reparación del perjuicio si bien es cierto se hace con dinero, ello no puede entenderse como bien se menciono en líneas anteriores en darle un precio al dolor, se busca es reparar a la víctima del hecho dañoso y tratar de mitigar tal sufrimiento.

En las nuevas tendencias de reparación integral, la forma de indemnizar a la victima por este perjuicio ha evolucionado al punto que por orden de los Magistrados se ha ordenado la creación de esculturas u otro tipo de obras que representen y reconozcan el sufrimiento de las víctimas.²⁴

²³ G.J. LVI, 672; LXXX, 657; CLIII, 142,

²⁴ Este tipo de reparaciones, son propias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en repetidas ocasiones ha ordenado a los Estados condenados a realizar actividades públicas para reconocer la responsabilidad del mismo. Un caso particular fue el caso de los 19 comerciantes, en donde el Tribunal ordeno además de cancelar sumas en dinero, a esculpir una estatua o monumento en memoria de los comerciantes masacrados.

Varios son los tratadistas han hecho el recuento de los perjuicios morales subjetivados, ejemplo de ello es lo manifestado por el Profesor Javier Tamayo Jaramillo, en su obra De la Responsabilidad Civil Tomo II en la segunda reimpresión escribió:

“La indemnización por perjuicios morales subjetivos, llamados también pretium doloris, busca remediar en parte no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente. En este sentido, debe ser superior la indemnización de la víctima lesionada en su integridad personal, pues que la intensidad de su daño es mayor, no solo en razón del dolor físico, sino también de la angustia y la depresión producidas por el hecho, esto quiere decir que, en tratándose de lesiones personales, la indemnización por perjuicios morales tiene plena aplicación.”

Concluyendo, podemos inferir de los criterios expresados por la Corporación judicial y el tratadista en mención, que los daños morales subjetivados, son aquellos daños que afectan el patrimonio intangible de la víctima, entendiendo este último como los padecimientos psíquicos, emocionales, sentimentales y demás que no sean calculables en pérdidas materiales.

1.2.2. Perjuicios morales objetivados

Existió en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en la Jurisprudencia, el reconocimiento del denominado perjuicio moral objetiva. Reconocimiento que causó grandes críticas por parte de la doctrina quien se opuso al mismo, aduciendo que tal perjuicio, contraria la esencia del perjuicio extrapatrimonial o inmaterial, ya que dicho perjuicio buscaba resarcir el menoscabo del patrimonio de la víctima surgidas de las perturbaciones psíquicas, sentimentales o anímicas que sufriera la víctima

En términos de la jurisprudencia, el daño moral objetivado es aquel que por su misma naturaleza es susceptible de concretarse probatoriamente en perjuicios patrimoniales”²⁵

En otra oportunidad manifestó el tribunal, “(...) El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio, por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decir lo propio del daño moral no objetivado”²⁶

La tesis jurídica desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, fueron ampliamente cuestionadas, teniendo en cuenta, que el perjuicio moral objetivado – como se indicó al inicio del presente aparte- constituían un perjuicio material; uno de los tratadistas que sentó posición en contra de esta tesis jurídica fue el tan mencionado Javier Tamayo Jaramillo, aduciendo que los llamados perjuicios morales objetivados no son más que lo que tradicionalmente han denominado como perjuicios materiales²⁷.

Sumado al criterio determinado por el tratadista, la misma corporación en sentencia de diciembre 13 de 1943 indicó:

“se observa sin embargo, que los perjuicios materiales por lucro cesante quedan comprendidos los morales objetivados que corresponden a la merma de la capacidad de producción económica del lesionado, con origen en la pena síquica que debió producirle el daño físico que sufrió”²⁸

Comenta el autor en comento, la existencia de un pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, en donde en salvamento de voto, el Magistrado Dr. Miguel Lleras Pizarro expresó:

“Todos los daños que puedan evaluarse directamente de modo racional son daños materiales y por tanto no pueden confundirse con la conmoción emocional o perturbación síquica que nuestra ley denomina daño moral. La división entre morales

²⁵ Citado por Tamayo J. De la Responsabilidad Civil. 2ª reimpresión. Legis, Bogotá Pág. 160. C.S de, Sala de Negocios. Gen, 5 noviembre 1942, “G, J” t, LVI, Pág. 487.

²⁶ G.J. LVI, 672; LXXX, 657; CLIII, 142,

²⁷ Óp. cita pág. 160

²⁸ C.S de, Sala de Negocios. Gen, 5 noviembre 1942, “G, J” t, LVI, Pág. 671.

objetivados y subjetivos es arbitraria, es decir, sin fundamento legal, fruto de la imaginación, fantasía jurídica, si es que el derecho admite fantasías, en el sentido propio de los fantasmas, o sea visión quimérica como la que ofrecen los sueños o la imaginación acalorada, según la describe el diccionario, tan bellamente. Los daños morales no son si no los que se pueden avaluar los peritos y todos los demás son materiales, la distinción que acoge el fallo en la parte que disiento conduce a la conclusión injusta y contraria a su primer y gran acierto, de condenar a la mitad. La condena ha debido ser por cuarenta y nueve mil novecientos ochenta pesos, en el supuesto de que el mercado internacional el gramo oro no valga mas”²⁹

Así las cosas, es claro que los extintos perjuicios morales objetivados, no son más que una representación de los perjuicios materiales, no solo por contrariar la esencia del perjuicio extrapatrimonial, sino también, por carecer estos de un sustento normativo, como lo expreso en su tiempo el Magistrado del Consejo de Estado y el Tratadista Javier Tamayo Jaramillo.

1.3. Actualidad del perjuicio moral.

Como se puede observar del recuento histórico realizado hasta el momento respecto al reconocimiento del perjuicio moral, es claro que no fue algo tranquilo, todo lo contrario, el reconocimiento de este fue una fuerte lucha por parte de los doctrinantes y juristas dedicados al estudio de la tipología del daño.

En la actualidad, el manejo del perjuicio moral ha sido constante y tranquilo, toda vez que la doctrina se ha inclinado en el reconocimiento del mismo generalmente en distintos eventos de responsabilidad, ya sea civil o estatal.

Ha creado la jurisprudencia algunos topes en aras de unificar criterios jurisprudenciales, es así como en la jurisdicción contenciosa administrativa, el tope máximo a fijarse en este tipo de perjuicios es de 100 S.M.L.V, que pueden variar respecto a la intensidad del daño. Es decir, que esta cifra varía dependiendo la situación especial del caso objeto de

²⁹ C.de E, 9 de febrero de 1978.

pronunciamiento, pues existen varios pronunciamientos, en donde el Consejo de Estado ha reconocido cifras superiores a los 100 S.M.L.V³⁰; frente este aspecto, ha predominado el *arbitrio juris*, en donde el magistrados, juez, es quien finalmente decide el monto a condenar.

Adicional a ello, se han creado de manera jurisprudencial, presunciones homini, que se aplican en eventos generales, ejemplo de ello, es el reconocimiento directo del perjuicio moral por la pérdida de la madre, o hermanos, también por la pérdida del nacituros, entre otras.

Cabe resaltar además, que si bien es cierto la regla general es que en temas de reclamación de perjuicios, estos deben ser probados y/o solicitados por las partes, regla que ha presentado su excepción, toda vez que en algunos pronunciamientos el Consejo de Estado a variado tal posición recurriendo a las denominadas presunciones homini o interpretaciones de la demanda, lo cual merece un gran reconocimiento, porque no puede verse la victima afectada en cuanto a su reparación por omisiones de su apoderado. Claro está, que dicha variaciones no son el pan de cada día, me refiero a que son contadas las excepciones, sobra decir que estas, son hechos que se evidencian de bulto en el proceso, ejemplo lo conceptualizado por el tribunal en mención en el siguiente proveído:

“Si bien no existen en el proceso pruebas directas sobre la causación de daños morales a los actores, por presunción de hombre, las reglas de la experiencia indican que la imposición y ejecución de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si se tiene en cuenta que es injusta, sumado al hecho de que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional, indiscutiblemente producen en el sujeto pasivo afectado con la medida un daño moral, por ser evidente que la

³⁰ El tratadista Obdulio Velásquez Posada en su Obra Responsabilidad civil extracontractual, Pág. 270 y en tratándose de los topes establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado extrae lo manifestado por el Magistrado Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez en fallo del 7 de septiembre de 2001, con radicado 13.232.15.646 lo siguiente “ Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que se cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

internación de una persona en un centro carcelario de suyo genera angustia y sufrimiento moral, pues, como es apenas natural y obvio, por regla general ese tipo de hechos no son precisamente fuente de alegría, gozo o regocijo espiritual; por el contrario, por corta que sea su duración en el tiempo, causan perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la persona de un derecho fundamental y consustancial al hombre, como lo es la libertad. Sobre el particular, resulta ilustrativa la siguiente valoración del Tribunal Superior Español expuesta en sentencia del 30 de junio de 1999: “A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social, y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar. Asimismo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para una eventual individualización de las consecuencias con el consiguiente reflejo en la cuantía de la compensación económica de aquél.” En el presente asunto, en consideración al prolongado tiempo de la detención, el centro carcelario en donde se cumplió la medida y la gravedad de los hechos que les fueron imputados a los actores, en aplicación del criterio jurisprudencial adoptado por esta Sala en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se considera que la intensidad del sufrimiento padecido debe ser indemnizado, a cada uno de los demandantes, con una suma equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sentencia.³¹”

Adicional a las anteriores presunciones, el Consejo de Estado ha extendido el reconocimiento de los perjuicios inmateriales a las personas que no son parientes de la víctima y también a los denominados hijos de crianza³², atendiendo a los criterios que fundamentan la teoría del daño moral.

³¹ C.E. Sec. III, sentencia de 14 de Marzo de 2002, MP. Dr. Consejero ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, radicado: Radicación No. 25000-23-26-000-1993-9097-01(12076)

³² Ver entre otra sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera de 26 de marzo de 2008 exp. 18846.

Frente a esa nueva tesis, el profesor Obdulio Velásquez Posada, manifiesta que ” *toda persona pariente o no tiene derecho a la indemnización de daño moral si prueba haberlo sufrido, se ha discutido en la doctrina si la reparación del daño moral debe ser restrictiva, es decir, que solo cubra las víctimas directas y a sus herederos o parientes cercanos (padres, abuelos cónyuges, consanguíneos, y parientes por afinidad) la pregunta se hace por el infundado temor de la expansión infinita de los perjudicados que puedan solicitar la indemnización por daño moral por el fallecimiento de terceras personas. Piénsese, por ejemplo, en los magnicidios de Luis Carlos Galán o de Kennedy, en los que pueblos enteros lloraron su muerte.* ”³³

Para dar solución al interrogante, se vale el tratadista por lo resuelto por el Consejo de Estado quien indico “no cabe duda entonces sino rechazar las teorías restrictivas; todas ellas proceden de una confusión entre el perjuicio material y el moral. Así como no cabe reservar la acción de indemnización tan solo a parientes consanguíneos y afines que sean acreedores de alimentos, no se podría reservarla para los parientes consanguíneos y por afinidad muy próximos (cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos, hermanas, suegros, suegras, yernos y nueras, cuñados o cuñadas), a los parientes en grado a suceder, o también a los que tengan vinculo de parentesco consanguíneo o por afinidad reconocido por la ley. El pesar experimentado, cura reparación se asegura, no se limita a unas u otras de estas categorías, rebasa el circulo mismo de la familia, y es susceptible de afectar a cualquier persona...”³⁴

1.4. El perjuicio moral en la jurisdicción contencioso administrativo

El tratamiento del daño moral en el Consejo de Estado ha sido de constate movimiento, partiendo de la hipótesis de la independencia del perjuicio fisiológico es necesario realizar el estudio del mencionado perjuicio, para aclarar y demostrar el viraje y el tratamiento del mismo en la Corporación.

³³ Ob. Cit. pág. 274

³⁴ C.de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sent. 6 de julio de 1998 exp. 10916.

Inicialmente- como en las otras jurisdicciones- “El daño moral está concebido con fundamento en la naturaleza del bien jurídico menoscabado (espiritual). En una primera etapa se consideró que no era objeto de indemnización bajo el entendimiento textual “*de que las lágrimas no se monetizan*”³⁵; luego de una serie de pronunciamientos, el Consejo de Estado modifica su línea jurisprudencial indemnizando el perjuicio moral “en los eventos en que el daño trascendía al campo puramente espiritual, siendo reparable sólo cuando lesionaba un bien material;”³⁶ finalmente se aceptó el daño moral en su existencia autónoma, exigiendo para su indemnización únicamente el lleno de los requisitos comunes a toda clase de daños, es decir que el daño moral sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual, y que recaiga sobre un bien jurídicamente tutelado..

Creo la jurisprudencia de de esta Corporación³⁷ la inclusión del daño moral dentro de los daños indemnizables, reconociendo en principio al proveniente de la muerte o de las lesiones causadas a personas cercanas a la víctima directa - a aquellas que por su inmediatez, ha señalado la doctrina, sufren un perjuicio reflejo - y posteriormente al daño derivado de la avería o pérdida de cosas.

En cuanto al aspecto probatorio y la existencia de presunciones de los mismos, la Magistrada Elena Gómez, en sentencia del 10 de julio de 1993, (la cual se transcribe in extenso) sintetiza la evolución sobre el tema en desarrollo de la siguiente manera:

b.1 Generalidades sobre la prueba del daño moral:

*La afirmación definida de existencia de “daño o menoscabo” mirada como **hecho procesal** está sujeta en los juicios seguidos ante la justicia de lo contencioso administrativo como*

³⁵ C. de E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sent. 10 de julio de 1993 exp. 14083 MP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Sentencias del 8 de marzo, 7 de junio de 1984, y del 21 de febrero de 1985; exp. Nos. 2846, 3152 y 3253; actores: Gilberto Díaz Vélez; Armando Emilio Ángel Londoño y Otros y Joel Flórez Villada y Otros, respectivamente.*

cualquiera otro hecho al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, por lo general, debido a que el artículo 168 del C. C. A. remite a dicha codificación.

El C. P. C. enseña que corresponde a las partes la prueba del supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido por ellas y que en principio son admisibles todos los medios de prueba (declaración de parte, testimonio de terceros, dictamen pericial, documentos, indicios) siempre y cuando sean útiles para la formación del convencimiento del juez (arts. 175 y 177).

*Y la jurisprudencia en la actualidad en lo que atañe particularmente con el DAÑO MORAL tiene en cuenta dicha base legal sobre la regulación probatoria de los hechos procesales y por ello en lo que concierne con **el daño moral de parientes** (padres, hijos, hermanos y abuelos) lo ve indicado mediante prueba lógica indirecta, cuando se demuestra plenamente el hecho del parentesco, pues la experiencia humana y las relaciones sociales enseñan que entre esos parientes existe afecto.*

Para el caso que se decide, si bien en la jurisprudencia en un primer momento y en relación con el dolor moral entre hermanos se infirió sólo para los hermanos menores, tal posición se rectificó para extenderla a los mayores.

Resulta ilustrativo en el aspecto de la determinación del daño moral mediante prueba indiciaria las anotaciones de Friedrich Stein cuando destaca que una de las funciones de las reglas de la experiencia es la de indicar hechos que están fuera del proceso, por medio de la comprobación de otros hechos.

A su vez la doctrina nacional define a los indicios como los” () acontecimientos o circunstancias, a partir de los cuales y por medio de la experiencia, se pueden concluir en otros hechos que están fuera del proceso y constituyen el objeto de la prueba ().

Cabe precisar que el juez en su proceso intelectual de inferencia, parte del reconocimiento constitucional dado a la familia como núcleo fundamental de la Sociedad, constituida tanto

por vínculos naturales como jurídicos, de su protección integral, del deber ser de las relaciones familiares, de igualdad de derechos y respeto recíproco de sus integrantes (art 42), así como de las reglas que aporta la experiencia las cuales informan que es propio de la naturaleza humana que se formen vínculos de efecto, de ayuda mutua entre los miembros de una misma familia, tratándose de abuelos, padres, hijos y hermanos.

Si bien en la actualidad no hay espacio para albergar duda en torno al tema de la prueba del daño moral en el caso de la muerte de un ser querido, en el pasado tal tema si fue objeto de fluctuación jurisprudencial tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Suprema de Justicia; dicho cambio jurisprudencial está sintetizado en la sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación el día 27 de enero de 2000:

“() Sobre la prueba de los perjuicios morales - subjetivos, no ha existido uniformidad jurisprudencial.

Mientras la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estima que se presumen en tratándose de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores y exige que, respecto de los hermanos mayores, se pruebe la relación afectiva, la Sección Tercera, en un primer momento, consideró que la base indiscutible del perjuicio moral subjetivo, solo podían ser el amor y el afecto que sentían los demandantes por la víctima, sentimientos que, unidos al parentesco, hacían presumir el dolor que les causó su desaparición. En relación con los hermanos, independientemente de la edad, se dijo que debían acreditar las condiciones de convivencia y familiaridad con el occiso, mientras que el daño moral subjetivo, se presumía con la sola prueba del parentesco cuando se trataba de padres, hijos y cónyuge. En sentencia del 17 de julio de 1992, la Sección modificó la tesis respecto de los hermanos de la víctima, consagrando en su favor la presunción del perjuicio moral, pues resultaba injusto aceptarla, en unos casos, con fundamento en el vínculo familiar y a

renglón seguido exigir, para otros, una prueba específica de lazos afectivos.

Posteriormente, se dijo que la presunción del daño moral operaba respecto de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, pero, si no se demostraba el parentesco y la legitimación se sustentaba en la condición de damnificado del demandante. Éste tenía la carga de demostrarlo.

*En la **Corte Suprema de Justicia**, tampoco ha existido uniformidad en cuanto a la prueba de este tipo de perjuicios, pues inicialmente se estableció que por regla general el perjuicio no se presumía, 'de manera que cuando la ley establece la obligación de indemnizarlo, no por ello exonera del deber de comprobarlo a quien pide que se le resarza afirmando haberlos sufrido' Posteriormente, se dijo que ante la privación de la vida de una persona, las víctimas mediatas o indirectas con el hecho, podían reclamar perjuicios de orden moral, los cuales se encuentran reservados para aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima directa del hecho dañoso, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo.*

Este criterio fue rectificado por la Corte Suprema, cuando estableció que no es suficiente demostrar un vínculo determinado con la persona de quien se dependía económicamente, por ejemplo cónyuge, compañero permanente, padres e hijos, sino que es necesario probar por lo menos con hechos indiciarios que realmente existía una situación afectiva, sentimental, moral, de tal magnitud, que al producirse la muerte esa situación resulta gravemente afectada

Para 1997, la Corte siguió manejando el mismo criterio, pues consideró que el denominado 'arbitrium iudicis', opera únicamente en relación con la estimación cuantitativa del perjuicio moral, mas no así con su existencia, la cual, como acontece igualmente con cualquier clase de daño y dejando a salvo situaciones de excepción previstas explícitamente por el legislador, requiere ser demostrado aun valiéndose de la prueba por indicios...

*Posteriormente, en **sentencia del 26 de agosto de 1997**, se dijo que: 'para efectos de la indemnización de perjuicios no patrimoniales por la pérdida de una persona allegada, al demostrar el cercano parentesco entre el actor y esta última, se acredita sin duda la existencia de una relación que en guarda del postulado de razonabilidad en las inferencias jurisdiccionales, permite construir la presunción del daño moral o afectivo, que por lo mismo puede ser desvirtuada por la parte interesada'. Sin embargo, en la misma oportunidad se dejó en claro que, 'si bien es cierto que no basta con invocar sin más la existencia de un agravio moral, también es verdad que no...se exige una prueba irrefragable de su real ocurrencia, prueba está del todo imposible por la naturaleza de esta clase de daños, pero que a pesar de esta circunstancia, bien puede deducírsela de signos exteriores cuya verificación la ley difiere al discreto arbitrio judicial, luego corresponde por norma general al prudente juicio de los sentenciadores, en cada caso, reconocerlo como daño indemnizable, atendiendo al hecho generador de responsabilidad y a las circunstancias particulares que rodean dicho caso que, a su vez, han de suministrar las bases de cálculo adecuadas para fijar el monto de la satisfacción pecuniaria debido por este concepto'.*

En el presente caso, no hay problema, pues se trata de la relación padre (demandante) - hijo (fallecido), frente a la cual, tanto en Sala Plena como esta Sección han coincidido en aceptar la presunción de daño moral ().

Sin embargo, es conveniente precisar la tesis de la Sala reiterando el criterio jurisprudencial según el cual la presunción del dolor moral sólo opera en relación con los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, pero cuando no se demuestra el parentesco, sino que se tiene en cuenta la condición de tercero damnificado, la parte actora corre con la carga de demostrar que efectivamente la muerte de una persona le ha causado perjuicios de orden moral.

En esta oportunidad, la Sala reitera el último de los criterios expuestos, aplicación que le permite presumir los perjuicios morales que sufrió el señor JUAN CARLOS GONZÁLEZ CASTRO (demandante) en su condición de padre del menor LUIS CARLOS GONZÁLEZ COLLANTE (fallecido).

Lo anterior es óbice para colegir que tratándose del daño moral por la muerte de un pariente la jurisprudencia lo ha inferido entre ciertos grados de parentesco partiendo de la demostración del estado civil entre padres, hijos, hermanos (mayores y menores) y abuelos y teniendo en cuenta la experiencia humana y las relaciones sociales; que a tales inferencias lógicas se les ha denominado “presunciones judiciales” y en ellas el operador jurídico parte o de los hechos sociales o de los hechos plenamente probados, para deducir otros, mediante un proceso lógico que proviene de él, y no de la indicación imperativa del legislador. Puede decirse entonces que el daño moral cuando no existen elementos probatorios directos de convicción se infiere de esa manera indiciaria.

b.2 La Sala observa que particularmente, en el caso, sí se demostró que los demandantes son padres y hermanos de la víctima directa, y que todos aquellos sufren daño moral a consecuencia del fallecimiento de su hijo y hermano pues se

probaron plenamente el hecho del parentesco y de defunción del pariente, y además judicialmente se infiere de esos dos hechos el dolor moral.

*Los dos primeros **hechos indicadores**, estado civil de los demandantes en relación con la víctima directa y el fallecimiento de ésta, se estableció mediante prueba documental pública como lo exige el decreto ley 1.260 de 1970, como son las copias auténticas de los registros civiles de matrimonio - entre Jorge Enrique Rengifo Lozano y María Manzano de Rengifo - y de nacimiento de los hijos habidos en este matrimonio - Efraín, María Eugenia, Martha Cecilia, Paulina, Daniel Humberto, Noelby, Jorge Enrique y Albeiro Javier Rengifo Manzano - y del certificado de defunción de Jorge Enrique Rengifo Manzano (Documentos públicos en copia auténtica; fols 4 y 4 vuelto, 10 a 14 vuelto c. ppal y 15 a 17 c.1).*

Por lo tanto a partir de las pruebas del vínculo de parentesco y del fallecimiento del hijo y hermano de los demandantes (hecho indicador), teniendo en cuenta la protección constitucional a la familia, y aplicando las reglas de la experiencia humana que indican que entre los seres normales existe afecto entre los padres e hijos y entre los hermanos y por lo tanto padecen daño moral cuando alguno de ellos fallece, se concluye al igual que el Tribunal que sí se configura el daño moral en mayor intensidad para los padres, como es obvio en las relaciones sociales, como uno de los elementos de la responsabilidad. De esta manera se le responden al demandado los reproches que hizo a la sentencia de primera instancia, para desestimarlos. Cabe anotar que el demandado no alegó ni tampoco demostró hechos con los cuales no habría lugar a aplicar las reglas de la experiencia humana sobre el afecto entre padres e hijos y entre hermanos, pues se limitó en el recurso de apelación a negar su existencia.”

Se presencia entonces, una evolución marcada del perjuicio moral en la jurisdicción contenciosa administrativa, que no es ajena a las modificaciones que ha sufrido un

perjuicio “del dolor” como también la creación por vía jurisprudencial de presunciones que se emplean en pro de una reparación integral del ser humano.

Adicional a lo anterior, no es contraria la posición mayoritaria del Consejo de Estado en establecer montos o cuantías determinadas para pago de perjuicios morales, lo que no impide que el juez o magistrado dependiendo el caso particular pueda aumentar el valor de la condena.

En cuanto al tope máximo establecidos por las diferentes corporaciones (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado) la tratadista María Cristina Isaza Posse³⁸ presenta un resumen de la evolución, de la siguiente manera:

“En cuanto hace referencia a la cuantía de la indemnización de los perjuicios morales, en el derecho nacional el valor del perjuicio moral tiene un límite diferente en materia civil, penal y en materia contencioso administrativa.

a) En materia civil

En la sentencia de casación de 5 de mayo de 1999, la Corte Suprema de Justicia modificó el criterio que hasta esa fecha había utilizado para la cuantificación de los perjuicios morales. Luego de aclarar que la cuantificación del perjuicio moral no era asunto que la ley hubiese atribuido al antojo judicial, procedió a señalar en diez millones de pesos (\$ 10.000.000) la cantidad máxima que se ofrecía como justa para paliar en alguna forma el dolor sufrido.

El 7 de septiembre de 2001, la misma Corporación condenó al pago de quince millones de pesos (\$ 15.000.000) por concepto de perjuicios morales.

En sentencia de 30 de junio de 2005, la Corte Suprema reconoce a una hija una indemnización por concepto de perjuicio moral sufrido con ocasión de la muerte de la madre, de \$ 20.000.000⁴.

³⁸ Isaza Posse María C. *DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MANUAL TEÓRICO-PRACTICO*, Temis, Bogotá 2009.

En sentencia de enero 20 de 2009, la Corte Suprema de Justicia establece un nuevo límite de cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000) por concepto de indemnización del daño moral. Dice así la sentencia: "Así las cosas, resulta patente que el actor sufrió un perjuicio moral y, por ende, su indemnización se tasará en la suma de cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000) mlcte., pero como la apreciación del daño aquí está sujeta a una reducción del 30%, el demandado solo será condenado a pagar, por tal concepto, la suma de veintiocho millones de pesos (\$ 28.000.000) m/cte.",

b) En materia contencioso-administrativa

De manera reiterada el Consejo de Estado aplicó hasta 2001 el mismo criterio consagrado en el artículo 106 del Código Penal vigente en esa época, de acuerdo con el cual, si el perjuicio moral no era susceptible de evaluación económica, el juez podía fijar la indemnización hasta el equivalente en moneda nacional, de mil gramos oro.

El Consejo de Estado en sentencia de 6 de septiembre de 2001 afirmó:

"Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

"Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin

embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, solo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

"Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el quantum de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera [sic] que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, que en la fecha de esta sentencia corresponde a veintiocho millones seiscientos mil pesos (\$ 28.600.000), cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción".

Resulta pertinente aclarar que para el año 2009, el valor del salario mínimo mensual fijado por el gobierno nacional es de \$ 496.900. En consecuencia, el valor máximo probable de la indemnización de los perjuicios morales por persona, sería de \$ 49.690.000.

e) En materia penal

En cuanto se refiere a la indemnización de los daños derivados del delito, establece el artículo 97 del Código Penal:

"En relación con el daño derivado de la conducta punible, el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales.

"Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

"Los daños materiales deben tasarse en el proceso".

La Corte Constitucional", en sentencia relacionada con la interpretación de este artículo, define que la aplicación del límite de mil salarios mínimos mensuales legales resulta ajustada a la Carta Política solo cuando se aplica a los daños morales que no pueden ser objetivamente estimados, pues en ese caso no se afecta de manera desproporcionada el derecho de la parte civil a la reparación integral, ni impone cargas irrazonables o desproporcionadas a los derechos del debido proceso y a la libertad personal del procesado. Establece que el tope fijado no impide la reparación integral de los daños cuya existencia y cuantía hayan sido debidamente acreditadas dentro del proceso penal, ni vulnera los intereses del Estado.

Conforme a lo dicho por la Corte Constitucional en esta sentencia que resolvió la exequibilidad del artículo 97 del nuevo Código Penal, ley 599 de 2000, el tope de 1.000 SMMLV V establecido por la norma, se aplica únicamente en cuanto se refiere al perjuicio extrapatrimonial.

En consecuencia, para el año 2009, la indemnización del perjuicio moral derivado del delito puede ascender a la suma de cuatrocientos noventa y seis millones novecientos mil pesos (\$ 496.900.000), tomando en consideración que el salario mínimo mensual legal vigente es de \$ 496.900.

Corroborar lo afirmado, en cuanto a la existencia de topes que si bien son fijados por los Tribunales de cierre de cada jurisdicción, no maniatan a los jueces o magistrados a superarlos, pues bien en la actividad judicial todo ha de determinarse según las características propias de cada litigio.

CAPITULO V

1. PERJUICIO FISIOLÓGICO

Introducción del capítulo.

En este aparte de la investigación, se desarrollara lo concerniente al perjuicio fisiológico, su evolución, las mutaciones a las que ha sido sometido el mencionado perjuicio.

Primero se presentara los antecedentes en el sistema jurídico colombiano, apoyándonos en la doctrina y la jurisprudencia, especialmente del profesor Javier Tamayo Jaramillo, como también de los autores nacionales Obdulio Posada y Juan Carlos Henao.

No podemos dejar atrás los aportes de la jurisprudencia que ha marcado en este “nuevo” perjuicio bastantes discusiones, desde el surgimiento del mismo hasta la actualidad. Seguidamente se determinaran las evoluciones, reseñando en cada momento histórico la postura mayoritaria, realizando el paralelo con el estado anterior, señalando diferencias y similitudes.

Finalmente y haciendo referencia al derecho comparado ha de abordarse el tema, desde la óptica internacional, recurriendo a la doctrina francesa y a los pronunciamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, equiparando similitudes o diferencias con la situación en nuestro sistema, como también a las referencias en el derecho Italiano realizadas por autores nacionales.

1.1. ANTECEDENTES.

Como se indico en el capitulo anterior, transcurrieron varios años antes que en nuestro sistema jurídico se reconociera los daños extrapatrimoniales, primigenia manifestación en los denominados perjuicios morales subjetivados y su posterior evolución.

Nace entonces en la tipología del daño nacional el denominado perjuicio fisiológico, que para un gran sector de la doctrina ha de nacer con la sentencia de 1993 proveniente del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Dr. Julio Cesar Uribe Acosta exp. 7428 tesis que ha sido complementada por parte de la doctrina y así lo expone el tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su obra Tratado de Responsabilidad Civil, quien indica frente a los antecedentes del perjuicio lo siguiente:

<<

a) Negocios Generales (5 noviembre 1942): En este fallo se reitera una clásica pero equivocada clasificación que de los perjuicios morales ha hecho la jurisprudencia nacional. En efecto, nuestros tribunales sostienen, y este fallo lo repite, que las consecuencias patrimoniales que se derivan del perjuicio moral subjetivo constituyen lo que se ha denominado perjuicio moral objetivado, el cual, y allí está el error, puede coexistir perfectamente con los perjuicios materiales. Por lo pronto, no nos interesa detenernos en la validez de la clasificación... Solo queremos mostrar cómo su inconsistencia lleva a la Corte sin proponérselo a la aplicación de la teoría del perjuicio fisiológico. En ese punto, pues, mucho antes de que la doctrina extranjera pensara en el asunto, ya nuestros tribunales lo habían tratado, si bien con otras denominaciones.

En el caso sub judice se trataba de una incapacidad permanente acompañada de cicatrices faciales producidas por quemaduras, que, obviamente, suprimió la capacidad laboral de la víctima y le ocasionó los consiguientes dolores físicos y las angustias propias de este tipo de lesiones. Por lo tanto, se condenó a indemnizar

perjuicios materiales por concepto de lucro cesante, derivado de la incapacidad laboral. En cuanto a los perjuicios morales subjetivos, se concedió la indemnización máxima, de dos mil pesos (\$ 2.000.00) que establecía el art. 95 del C. P. de 1936.

Por otro lado, se otorgó indemnización por perjuicios morales objetivados, los cuales fueron definidos por el fallo, en los siguientes términos:

"Algunas veces ese daño moral permanece en el orden subjetivo, lesionando o quebrantando aquellos intereses morales. En otros casos la lesión llega a materializarse por sus manifestaciones exteriores. Esa objetivación del daño moral, en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal jurídica, constituye daño moral y no material, porque el perjuicio moral se forma por la afectación de los intereses no económicos ya enunciados, aunque la lesión tenga manifestaciones objetivas. De acuerdo con este principio, es daño moral objetivado la enfermedad proveniente de un ataque al sentimiento de afectación y la depresión síquica, con el mismo origen, que produce inhibición para el trabajo, y que consecuencialmente se refleja en el patrimonio material".

*Con ello quiere decir la Corte que si la angustia o el dolor físico le impiden a la víctima continuar trabajando, nos hallaríamos frente al daño moral objetivado. Hasta allí no habría mayor problema, si la incapacidad laboral proviniera únicamente del daño moral. Sin embargo, como lo dijimos anteriormente, **fueron también lesiones corporales las que mermaron toda capacidad laboral a la víctima.** Pero, a pesar de que intervinieron dos causas en la pérdida de esa capacidad laboral, solo hubo un lucro cesante, el cual ya fue imputado al rubro de los perjuicios materiales. En ese sentido, pues, los perjuicios materiales y los perjuicios morales objetivados son exactamente la misma cosa, y pretender indemnizar los dos a la vez constituiría la doble indemnización de un mismo daño.*

Tan evidente es la exclusión de los dos perjuicios, que la Corte, al justificar en el caso sub judice la indemnización de los perjuicios morales objetivados y subjetivos, expresa:

*"En el caso de que se trata, uno y otro se han producido: **el primero, representado por el estado de inferioridad en que socialmente ha venido a quedar el señor Rodríguez Lloreda en razón de las cicatrices visibles en las manos y en el rostro, que constituyen una deformidad física permanente e irreparable, al decir de los señores médicos legistas, según lo observado en otro lugar. Y el segundo, por el sentimiento de dolor o pesar que para él le significa la consideración de ese estado de inferioridad. No se justipreció en los autos el monto de la indemnización que pueda corresponderle por concepto del perjuicio moral objetivado, y por ello la condena solo puede hacerse en abstracto, para que en incidente separado se haga la correspondiente regulación**"³⁹. (Negrillas fuera de texto original)*

Queda claro como la Sala de negocios reconoció e indemnizó un perjuicio distinto al moral subjetivado, al moral objetivado y en esencia reconoció lo que en nuestro sentir ha de catalogarse como un perjuicio fisiológico, pues al reparar a la víctima por “el estado de inferioridad” en el cual quedó la víctima en razón **de las cicatrices en sus manos y cara**, desborda los conceptos de daño moral ya sea objetiva o subjetivo,⁴⁰ es decir, percato el fallador que las lesiones, no solo afectaron elementos internos como el espíritu, la psiquis del afectado, si no que todas estas perturbaciones se exteriorizaron al punto que afectaron su normal desarrollo.

³⁹ Tamayo J. De la responsabilidad Civil- Tomo II (2º reimpresión), Bogotá 1996, editorial Temis.

⁴⁰ Frente a la sentencia el Profesor Tamayo Jaramillo manifiesta “En esta forma, la sentencia, en buen derecho, advierte que hay tres perjuicios diferentes, cada uno de ellos con entidad propia: los perjuicios materiales provenientes de la incapacidad laboral; los perjuicios morales subjetivos consistentes en el dolor y la angustia de la víctima; finalmente, el estado de inferioridad en que quedó el demandante en razón de las cicatrices visibles en las manos y en el rostro.

En conclusión, bajo el nombre de perjuicio moral objetivado, el fallo comentado acepta indemnizar el perjuicio fisiológico.”

Insiste el tratadista en mención la tesis del reconocimiento del otrora perjuicio fisiológico desde antes que la doctrina internacional hiciera referencia al perjuicio estudiado, es así que cita nuevamente a la Sala de Negocios de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 3 de noviembre de 1942 de la siguiente manera:

"El daño moral irrogado al señor Miranda es incuestionable. En el presente caso ese daño se presenta con entidad propia y autónoma de los daños propiamente materiales u objetivados, como quiera que consiste sustancialmente *en la depresión síquica* a que estará en adelante sometido siempre por causa de las cicatrices visibles de la cara, que le deforman el rostro; y *más aún por causa de la incapacidad relativa pero permanente de la mano derecha, que le ha mermado su integridad física, de hombre sano y robusto, que le servía y él aprovechaba en actividades atléticas*. Lo cual naturalmente constituye en el señor Miranda, causa de preocupación y de pesar en su ser interior"⁴¹.

Guarda paridad de criterio con la anterior sentencia toda vez que se reconoce una merma no solo en su capacidad física, psíquica sino que reprocha la Corporación la condición de "*hombre sano y robusto, que le servía y él aprovechaba en actividades atléticas*", siendo más clara la presente sentencia, en cuanto a la definición que en principio se le asigno al perjuicio fisiológico.

Finalmente y como el mayor precedente del perjuicio fisiológico en el sistema jurídico colombiano, el Tribunal de Medellín en sentencia del 22 de mayo de 1985, con ponencia de la doctora Beatriz Quintero⁴², realiza una serie de juicios que a criterio del tratadista en mención configura los elementos propios del perjuicio arriba señalado, por esta razón y en aras de no limitar o tergiversar las ideas, se hace necesario citar in extenso el contenido del proveído judicial.

⁴¹ Ob. Cit. Pág. 152...

⁴² Ob. Cit. pág. 155

“Pero viene también hablando la doctrina de un daño moral que se presenta como perjuicio fisiológico, con entidad propia y autónomamente indemnizable como clase específica del género: perjuicio moral: es el atentado a la integridad personal; ¡ese perder para siempre un ojo! Daño fisiológico o por desagrado un daño a la vida de relación. Es esa privación definitiva de satisfacciones normales a quien se reduce, cual minúsculo a la víctima y 10 que significa esa definitiva disminución. No poder ver. .. No poder aparecer ante los semejantes como persona normal. Este es el renglón en relación con el que, consciente o inconscientemente, el a quo condenó in genere, en el literal B de la sentencia Y que se verá confirmado pero con la adición de que todo el daño moral no puede exceder la suma pedida de S 300.000.00. (Negritas fuera del texto original)

“Se ha hablado en doctrina Y jurisprudencia colombianas de un tercer genus de perjuicio moral: el moral objetivado que reflejaría una indemnización por la pérdida de poder adquisitivo que la víctima experimentase a causa de la lesión que se le inflige, como consecuencia de ello y porque golpearía de manera inminente su personalidad: el hombre extrovertido y sociable que a causa de la desfiguración facial se torna huraño Y desagradable y por lo mismo no obtiene ya rendimiento económico, ese que venía consiguiendo como vendedor de seguros, por ejemplo ... Véase entonces cómo no es ese tampoco el significado Y esencia del perjuicio fisiológico que no apunta a ningún rendimiento económico sino a bienes de naturaleza totalmente no patrimoniales. Son entonces dos géneros de posibles perjuicios: materiales y morales cada uno diversificado en especies: daño emergente”

Se aprecia del fallo citado, la autonomía de un perjuicio nuevo, que si bien es cierto no tuvo fuerza, se presenta como los primeros reconocimientos y posterior indemnización del

perjuicio fisiológico, en su acepción original, como aquella limitación personal, social a causa de una afectación física.⁴³

Frente al surgimiento del perjuicio fisiológico en la jurisdicción contenciosa administrativo, el tratadista Juan Carlos Henao⁴⁴ relata;

“Un primer antecedente de la evolución en la jurisdicción contencioso administrativa se dio en el fallo del 14 de febrero de 1992, en donde se otorgó una reparación de 1.800 gramos oro por daño moral, con lo cual se superaba por primera vez, inusitadamente, el límite tradicional de 1.000 que hasta entonces se había otorgado por el juez administrativo para reparar este daño. Si bien sólo se habló de indemnización de daño moral, los considerandos del fallo permiten suponer que el juez estaba indemnizando un nuevo rubro del daño extrapatrimonial, y que por ello superaba la indemnización máxima para resarcir el daño moral. En efecto, se indemnizaban "los perjuicios morales en su más amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no solo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora Barazutti por lo que en la demanda se denomina 'daños fisiológicos', los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo”⁴⁵

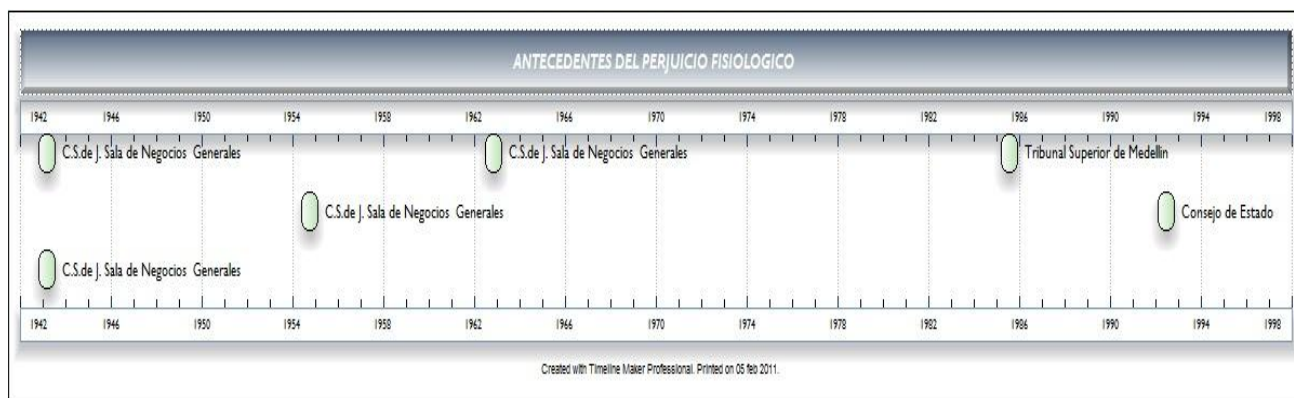
⁴³ Asombra que las primeras manifestaciones del perjuicio fisiológico se haya dado en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entidad que en la actualidad fijo postura en cuanto el reconocimiento del daño a la vida de relación en los años 2008 y 2009 mediante sentencias de 13 de mayo de 2008 con ponencia del Magistrado Dr. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE exp. 11001-3103-006-1997-09327-01 y sentencia del 20 de enero de 2009 con ponencia del Magistrado Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, exp. 170013103005 1993 1993 00215 0.

⁴⁴ Henao Juan C. El daño, Análisis Comparativo de la responsabilidad del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-1998.

⁴⁵ Antecedente igualmente resaltado por el tratadista Jesús Alberto Buitrago Duque, quien afirma “ La jurisprudencia Contenciosa Administrativa por vía del reconocimiento del daño fisiológico, según la cual a partir del año 1992 acepto la posibilidad de este nuevo tipo incluyéndolo como perjuicio moral al reconocer 1.800 gr., de oro excediendo notablemente el límite máximo de 1000 por concepto de daño moral que imperaba para dicha época en la práctica jurisprudencial para el daño moral, pero ante la evidencia de la magnitud y modalidad del daño dejaban advertir que el Consejo de Estado se condolía de las víctimas que al

Tenemos entonces que desde el año de 1942 se presentaron en el sistema jurídico colombiano las primeras manifestaciones e indemnizaciones del perjuicio fisiológico, haciendo la salvedad que si bien es cierto el *nomen iuris*, no fue tal, pero la esencia de lo indemnizado corresponde a lo que actualmente se denomina por parte de la doctrina y la jurisprudencia como daño fisiológico.

1.2. Línea de tiempo (antecedentes del perjuicio fisiológico)



Event Name	Start Date	Notes
Consejo de Estado	14 feb 1992	El Consejo de Estado reconoce una indemnización por perjuicio fisiológico.
Tribunal Superior de Medellín	22 mar 1985	Primera aparición en el mundo jurídico nacional del perjuicio fisiológico, empleando el <i>nomen iuris</i>
C.S.de J. Sala de Negocios Generales	30 jun 1962	Reconoce la Corte la existencia de una limitación social, de una actividad diaria en razón de lesiones físicas.
C.S.de J. Sala de Negocios Generales	28 may 1954	En esta sentencia la Corte no precisa con nombre propio el perjuicio fisiológico, pero en su parte considerativa indemniza el daño moral objetivado en consecuencia de una afectación del rostro (daño estetico-fisiologico)
C.S.de J. Sala de Negocios Generales	05 nov 1942	La Corte decide sobre unas lesiones personales del demandante. Al analizar la consistencia del daño moral, la Corte describe claramente tanto lo que tradicionalmente se denomina perjuicio moral subjetivo, como lo que se denomina perjuicio fisiológico
C.S.de J. Sala de Negocios Generales	03 nov 1942	Primera sentencia en donde se introdujo en el sistema jurídico colombiano la idea de una reparación partiendo de las lesiones físicas y el impedimento que causa esta.

perder un órgano o función vital, entendía que el daño no solo era moral, pues la pérdida o mutilación del cuerpo cuando afectaba proyectos de la vida del damnificado o más precisamente hacían desagradable su existencia, reconociendo una nueva categoría de daño, el que fue denominado “daño fisiológico”. (Daño corporal, biológico, fisiológico o a la salud, en Revista Responsabilidad civil y del Estado, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado No. 25, Comlibros, Medellín, 2010)

1.3. Nociones y definiciones del perjuicio fisiológico.

Necesariamente debemos referirnos al perjuicio fisiológico como un perjuicio que pertenece al mundo de los daños denominados extrapatrimoniales, de origen Francés, y que ha tenido desarrollo en la jurisprudencia Contenciosa Administrativa. Pero ¿qué debemos entender por perjuicio fisiológico?, la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁶ los definió de la siguiente manera:

“POR LOS PERJUICIOS FISIOLÓGICOS, llamados por la jurisprudencia y la Doctrina y la Jurisprudencia Francesa "Préjudice d'agrément y por la Doctrina Italiana "perjuicio a la vida de relación" y por TOGER DALQ "La Disminución del goce de vivir", por cuanto el afectado no podrá realizar algunas actividades vitales que hacen agradable la existencia de cualquier ser humano, pues indiscutiblemente y a manera de ejemplo como lo cita el autor ya nombrado "...la pérdida de los órganos genitales afectará una de las funciones más importantes que tiene el desarrollo psicológico y fisiológico del individuo".

Tamayo Jaramillo⁴⁷ propone la siguiente definición:

“Además del menoscabo económico (daños patrimoniales) y emocional (daños morales) que pueda sufrir la víctima de un atentado a su integridad física, podemos hallar otra alteración en sus condiciones de existencia. En efecto, la incapacidad física o psicológica del lesionado va a producirle no solo pérdida de actividades pecuniarias (daño material) o la de la estabilidad emocional, o dolor físico (perjuicios morales subjetivos), sino que en adelante no podrá realizar otras actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Así, la pérdida de los ojos privará a la víctima del placer de dedicarse a la observación de un paisaje, a la lectura, o asistir a un espectáculo; de igual forma, la lesión en un pie privará al deportista de la práctica de su deporte

⁴⁶ C de E. Secc. III, MP. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, 6 de mayo de 1993 exp. 7428

⁴⁷ Tamayo Jaramillo J., *Tratado de responsabilidad civil Tomo II*, 4ª reimpresión, Legis, Bogotá, 2009.

preferido; finalmente, la pérdida de los órganos genitales afectará una de las funciones más importantes que tiene el desarrollo psicológico y fisiológico del individuo. Se habla entonces, de daños fisiológicos, de daños por alteración de las condiciones de existencia, o de daños a la vida de relación. Para nosotros, los términos son sinónimos”⁴⁸

En la segunda reimpresión de la obra del profesor Tamayo, presenta una reflexión que en nuestro criterio fue el razonamiento inicial para el posterior reconocimiento del perjuicio objeto de estudio, tanto ello fue así, que la sentencia que abrió al mundo jurídico nacional la existencia del perjuicio fue citado y transcrito en integridad la mencionada reflexión,

"Podría argumentarse que en caso similares ya la víctima fue indemnizada, cuando recibió reparación de los perjuicios morales subjetivos o de los perjuicios materiales, y que en tal virtud se estaría cobrando doble indemnización por un mismo daño. Sin embargo, tal apreciación es inexacta.

Veamos:

"A causa de la lesión física o síquica la víctima pierde SU CAPACIDAD LABORAL, es decir, no podrá seguir desplegando una actividad que le produzca un ingreso periódico.

"Fuera de lo anterior, la lesión le produjo a la víctima DOLORES FÍSICOS Y DESCOMPOSICIÓN EMOCIONAL, por lo cual surge la obligación de indemnizar perjuicios morales subjetivos. Suponiendo que la víctima reciba la indemnización de esos daños, SEGUIRÁ EXISTIENDO EL FISIOLÓGICO que también debe ser reparado. En realidad, la víctima se podría hacer esta reflexión: mi integridad personal me concedía TRES BENEFICIOS: ingresos periódicos, estabilidad emocional y actividades placenteras. Si las dos

⁴⁸ Discrepamos de la anterior afirmación del tratadista en mención, por cuanto el denominado perjuicio fisiológico- como más adelante se desarrollara- tiene autonomía propia, contrario a lo sostenido por el autor.

primeras han sido satisfechas con la indemnización, quedaría por reparar la tercera, que es la que da lugar precisamente a la indemnización por perjuicios fisiológicos. Si, por ejemplo la víctima queda reducida a silla de ruedas por una incapacidad permanente total, no se podrá decir que al habersele indemnizado los perjuicios materiales y los perjuicios naturales subjetivos, ya todo el daño ha sido reparado. De qué vale a la víctima seguir recibiendo el valor del salario u obtener una satisfacción equivalente a un perjuicio moral subjetivo, si para el resto de actividades vitales no dispone de la más mínima capacidad? Sigamos con el ejemplo: supongamos que la víctima, después de la indemnizada de los daños materiales y morales subjetivos, queda con dinero y tranquila. Sin embargo, seguirá estando muy lejos de la situación privilegiada en cine se encontraba antes del hecho dañino, pues no podrá seguir DISFRUTANDO DE LOS PLACERES DE LA VIDA. ESTO NOS INDICA QUE EL DAÑO MORAL SUBJETIVO Y EL FISIOLÓGICO SON DIFERENTES... Repetimos: la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción síquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO FISIOLÓGICO REPARA LA SUPRESIÓN DE LAS ACTIVIDADES VITALES. Casi podríamos decir que el daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la vida, mientras que el daño fisiológico consiste en el atentado a sus facultades para hacer cosas, independientemente de que estas tengan rendimiento pecuniario." ⁴⁹

Resulta importante, traer la referencia que hacen los magistrados del Consejo de Estado para dar firmeza al perjuicio fisiológico y así proceder a su indemnización:

“La Sala encuentra de total recibo el planteamiento anterior, en un momento de la vida nacional en que los atentados contra la existencia y dignidad de la persona humana se han generalizado, unas veces por la acción de la delincuencia común, y otras como resultado del enfrentamiento de las fuerzas del orden con las del

⁴⁹ Ob. Cit. pág. 144 ss.

desorden. Es lamentable que niños, jóvenes, hombres maduros y ancianos tengan que culminar su existencia privados de la alegría de vivir por que perdieron sus ojos, sus piernas, sus brazos, o la capacidad de procreación por la intolerancia de los demás hombres. A quienes sufren esas pérdidas irremediabiles es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO (Mazeud y Tunc). Así, el que ha perdido su capacidad de locomoción, debe tener la posibilidad de desplazarse en una cómoda silla de ruedas y ayudado por otra persona; a quien perdió su capacidad de practicar un deporte, debe procurársela un sustituto que le haga agradable la vida (equipo de música, libros, proyector de películas, etc.). La filosofía de todo lo que se deja expuesto aparece recogida en esta bella página de GIOVANNI PAPI NI:

"Me maravilla que otros se maravillen de mi sosiego y paz, en el estado lastimoso al que me ha reducido la enfermedad, no puedo usar mis piernas, brazos, manos, estoy casi ciego y mudo. Así ni puedo andar, ni estrechar la mano de un amigo, ni escribir un nombre, ni el mío. No puedo leer y me es casi imposible conversar, dictar. Son pérdidas irremediabiles y renunciias terribles, sobre todo para quien tenía la pasión de caminar rápido, leer sin parar, escribir todo por sí mismo: cartas, notas, pensamientos, artículos, libros. Pero no es cuestión de subestimar el resto que me queda, que es mucho y que es lo que en verdad vale más ... Libro, a pesar de todo, gozar de un alegre chorro de sol, de las manchas coloreadas de las flores, de los rasgos de un rostro. Tengo la alegría siempre de poder escuchar las palabras de un amigo, la lectura de un buen poema; puedo escuchar el canto melodioso o una sinfonía que llena de nuevo calor a todo mí ser... He podido conservar el afecto de mi familia, la amistad de mis amigos, la facultad de amar... Puede ser que aparezca como delirio de risa lo que he dicho, pero tengo la temeridad de afirmar que me siento hoy emergiendo del mar inmenso de la vida por una gigantesca marea de juventud."

Al logro de este renacimiento, de esta especie de resurrección del hombre, abatido por los males del cuerpo, y también por los que atacan el espíritu, se orienta la indemnización del DAÑO FISIOLÓGICO o A LA VIDA DE RELACIÓN.”

De las anteriores propuestas jurídicas podemos establecer como elementos integrantes del perjuicio fisiológico los siguientes:

- 1- Una afección de orden físico o fisiológico (pérdida del órgano o su funcionalidad)
- 2- Que resultado de lo anterior se prive al damnificado de ejecutar actividad que realice y cause placer.
- 3- Además cause pérdida de posibilidad de vivir en igual de condiciones que los congéneres.⁵⁰

Cabe resaltar lo dicho por Dr. Navia Arroyo en cuanto la noción del perjuicio fisiológico;

“El consejo de Estado colombiano, siguiendo la pauta doctrinaria del Javier Tamayo, encontró que al lado de los perjuicios morales subjetivos, existía el llamado perjuicio fisiológico, o, como lo llama la doctrina francesa, perjudice d’agrement, literalmente perjuicio del agrado, al cual, por la realidad de las cosas, sería mejor llamarlo de desagrado. Tiene su punto de partida en una lesión física, es decir, se da solo en la hipótesis de atentado a la integridad física que no desemboca en la muerte de la víctima, y en razón de la cual ésta no podrá, en lo sucesivo, dedicarse a las actividades placenteras de la vida en la forma como lo hacía antes del accidente. Por ejemplo, la pérdida de capacidad auditiva para quien tiene el pasatiempo de oír música, o la pérdida de la capacidad motriz, para quien dedica su tiempo libre a la práctica de deportes, o la pérdida de la vista, que impide

⁵⁰ Henao Juan C. Ob. Cit. pág. 271.

disfrutar de un paisaje. En otras palabras se trata de un daño físico que “priva a la víctima de la alegría de vivir”. Siendo independiente del daño moral, ósea de los dolores y padecimientos afectivos que sufre la víctima de la lesión física, debe ser reconocido e indemnizado también en forma independiente”. (Negrillas fuera del texto original)

Podemos observar que la postura de los tratadistas y la jurisprudencia del Consejo de Estado son similares en cuanto a la noción, elementos y autonomía del perjuicio fisiológico, ahora queda el análisis de cuanto corresponde a la indemnización del perjuicio en estudio y otros aspectos creados por la jurisprudencia.

En temas del quantum o tope de indemnización, reina el principio del arbitrio judicis, es decir, el arbitrio judicial, en otros términos que el juez es quien determina el valor final de la indemnización, lo que no impide que el fallador supere los topes jurisprudenciales. Al no existir una norma, ley que determine a ciencia cierta el monto a indemnizar por este perjuicio debemos recurrir a la jurisprudencia para realizar el análisis del valor que se fija por el perjuicio.

En la sentencia que reconoció abiertamente el perjuicio fisiológico, el Consejo de Estado fijo como monto a cancelar a favor del actor la suma de \$8.000.000 “habida *consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en el que quedo*”⁵¹

En fallo de 5 de marzo de 1998 en el que habiéndose producido una lesión que, al disminuirle a la víctima el 86% de su capacidad “le genero un perjuicio fisiológico que debe ser reparado en la medida en que no podrá volver a realizar actividades que hacían

⁵¹ C. E. Sec. III MP. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta exp. 7428

agradable la existencia, por lo tanto condeno a pagar a título de perjuicio fisiológico, 4.000 gramos oro, resalta Navia.⁵²

No existió en su primigenia acepción un tope único o establecido para fijar, pues en los tres fallos referenciados, se condenaron a valores dispares, adicional a lo anterior y como se desarrollara posteriormente, hasta el año 1997 aproximadamente se eliminó el nombre del perjuicio fisiológico del mundo jurídico nacional, razón por la cual los topes indemnizatorios del perjuicio son indeterminables dependiendo la trascendencia del caso en estudio.

1.4. Primera mutación: del daño fisiológico al daño de la vida de relación.

Muchos nos acostumbramos a emplear el término fisiológico para referirnos a ese nuevo perjuicio de origen Galo, y que constituía un hito en temas de reparación en el sistema jurídico nacional.

Fue hasta la sentencia de 19 de julio de 2000⁵³, cuando se olvidó el término perjuicio fisiológico por el daño en la vida de relación. Daño de origen italiano como lo resalta el tratadista **Rozo Sordini** y resalta el Consejero Ponente Dr. **ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ**, que resultaría ser la primera mutación del aludido perjuicio.

En términos del Consejero “la expresión “perjuicio fisiológico”, y parece considerarse más adecuado el concepto de perjuicio de placer. No obstante, es claro que no se renuncia finalmente a la utilización de aquélla. Por lo demás, la Sala ha seguido usando la expresión citada, asimilándola a la de daño a la vida de relación, en fallos posteriores. Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión *perjuicio fisiológico*, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en

⁵² Navia Arroyo F. *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Externado de Colombia, Bogotá 2000 pág.

⁵³ C. de E. Sec. III, exp. 11842

que este daño extrapatrimonial – distinto del moral – es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización.”

Desecha entonces en el fallo en mención el Consejo de Estado el uso del término perjuicio fisiológico, para referirse a las consecuencias que derivan de una lesión física o biológica. Tesis que fue tomando fuerza en la Corporación de tal forma que poco a poco los fallos fueron decantando los elementos y la estructura del perjuicio, así:

“A partir de la sentencia proferida el 6 de mayo de 1993, el Consejo de Estado ha reconocido la existencia de una forma de perjuicio extrapatrimonial, distinto del moral, denominado – en éste y en otros fallos posteriores – perjuicio fisiológico o a la vida de relación. Se dijo, en aquella ocasión, citando al profesor Javier Tamayo Jaramillo, que dicho perjuicio estaba referido a la “pérdida de la posibilidad de realizar... otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”.

El 25 de septiembre de 1997, se precisó, con más claridad, el alcance del concepto mencionado, mediante reflexiones que vale la pena citar in extenso:

“1. El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (prejudice d’agrément), loss of amenity of the life (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano.

La jurisprudencia francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la resolución No. 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en caso de lesión corporal, adoptada el 14 de marzo de 1975, según la cual la víctima debe ser indemnizada de “diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras”.

2. *La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la “privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada” y los “problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida”. El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer.*

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.).

3. *El perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (pretium doloris o Schmerzgeld) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 del C.C.).*

4. *De ahí que no sea exacto considerar como perjuicio de placer el deterioro o destrucción de instrumentos como gafas, prótesis, sillas de ruedas, bastones, muletas, etc., mediante las cuales algunas personas suplen sus deficiencias orgánicas, ya que no hay duda que aquí se trataría de un perjuicio material bajo la modalidad de daño emergente, en cuanto la víctima tendrá que efectuar una erogación para sustituir el elemento perdido.*

5. *Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, “a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida”, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral*

objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”.

Se critica, entonces, en esta providencia, la expresión “perjuicio fisiológico”, y parece considerarse más adecuado el concepto de perjuicio de placer. No obstante, es claro que no se renuncia finalmente a la utilización de aquélla; así se desprende de la lectura de uno de los párrafos finales del texto jurisprudencial, donde se expresa, al descender a la situación concreta por decidir:

“...en el presente caso puede hablarse de la existencia del perjuicio fisiológico, ya que se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida afectó el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo”.

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

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

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

De otra parte, se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física. Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que – al margen del perjuicio material que en sí misma implica – produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.

Debe decirse, además, que este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que –además del perjuicio patrimonial y moral– puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales

condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles.

*Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión *préjudice d'agrément* (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo. Es por esto que, como se anota en el fallo del 25 de septiembre de 1997, algunos autores prefieren no hablar de un perjuicio de agrado, sino de desagrado. Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento, que, para una persona normal, resulta muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente.*

En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima – daño moral –, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión – daño material –, “sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”.

*Para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión *alteración de las condiciones de existencia*, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No*

obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él. Tal vez por esta razón se explica la confusión que se ha presentado en el derecho francés, en algunos eventos, entre este tipo de perjuicio y el perjuicio material, tema al que se refiere ampliamente el profesor Henao Pérez, en el texto citado.

*De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada **la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana**, la cual acoge plenamente esta Corporación.*

Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.

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

Lo anterior debe entenderse, claro está, sin perjuicio de que, en algunos eventos, dadas las circunstancias especiales del caso concreto, el juez pueda construir presunciones, con fundamento en indicios, esto es, en hechos debidamente

acreditados dentro del proceso, que resulten suficientes para tener por demostrado el perjuicio sufrido. Un ejemplo claro de esta situación podría presentarse en el caso que nos ocupa, en el que si bien el perjuicio extrapatrimonial a la vida de relación... se encuentra perfectamente acreditado, con base en los dictámenes periciales practicados, como se verá en seguida, su existencia e incluso su intensidad habrían podido establecerse a partir de la sola demostración de la naturaleza de la lesión física sufrida y las secuelas de la misma, a más de las condiciones en que se desarrollaba, según los testimonios recibidos, su vida familiar y laboral, antes del accidente.

*Respecto de la cuantía de la indemnización, su determinación corresponderá al juez, en cada caso, conforme a su prudente arbitrio, lo que implica que deberá tener en cuenta las diferentes pruebas practicadas en relación con la intensidad del perjuicio, de modo que la suma establecida para compensarlo resulte equitativa. Y es obvio que debe hablarse de compensación, en estos eventos, y no de reparación, dado que, por la naturaleza del perjuicio, será imposible, o al menos muy difícil, en la mayor parte de los casos, encontrar un mecanismo que permita su reparación in natura o con el subrogado pecuniario”.*⁵⁴

Se refleja entonces, un cambio no solo en el nomen iuris, si no en los atributos, características y objeto a indemnizar que se resumen de la siguiente manera:

- El daño no adolece única y exclusivamente a una lesión física o alteración biológica.⁵⁵, puede materializarse en eventos como torturas, afectaciones económicas entre otras.⁵⁶

⁵⁴ CE Sec. III, sentencia 27 de septiembre de 1997, exp. 10.421

⁵⁵ **Vázquez Posada**, manifiesta “el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.) en, “*del daño moral y el perjuicio a la vida de relación hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales*” responsabilidad Civil y del Estado No. 16 Febrero de 2004, editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2004.

⁵⁶ Frente a este nuevo elemento, debemos referirnos a la crítica que hace el Profesor Tamayo Jaramillo quien se opone a alegando que esta expansión solo debe darse en casos muy excepcionales cuando se prueba que la víctima fallecida tenía un proyecto de vida íntimamente ligado a la vida de otra persona, pues podría presentarse un desfase peligroso, por los costos que para las arcas del Estado significaba el tener que pagar

- La víctima no es solo la persona que directamente sufre el hecho dañoso, sino también las personas a su alrededor.
- Por ende se resarce todas las limitantes que padece la víctima directa como también las que sufren sus allegados.⁵⁷

Como se observa de los elementos del nuevo perjuicio, es claro que con gran exactitud aplica el uso del término mutar, puesto que se vario la esencia del perjuicio fisiológico y toda su estructura primigenia resquebrajada y en total olvido.

Otra novedad en este perjuicio, es la extensión del mismo a elementos no biológicos o corporales, como por ejemplo afectaciones económicas, injurias y otras. En términos de **VÁSQUEZ POSADA** *“Incluso, el Consejo de Estado ha aceptado que el perjuicio fisiológico puede provenir de una afectación al patrimonio. En este sentido, expresó esa Corporación: “aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización*

siempre tanto el daño moral subjetivo como el daño fisiológico ahora llamado a la vida de relación, en Vásquez Posada O. ob. Cit. pág. 293.

⁵⁷ Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que – al margen del perjuicio material que en sí misma implica – produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.

Debe decirse, además, que este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que –además del perjuicio patrimonial y moral– puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles. CE. Sec. III Sent. 21 de febrero de 2002 C.P.: Alier Eduardo Hernández exp. 5615

de este por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el art. 4º del decr. 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que -al margen del perjuicio material que en sí misma implica- produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas”⁵⁸

Causa extrañeza que en plena vigencia del perjuicio de daño en la vida de relación, intento el Consejo de Estado en mutar el daño, al perjuicio civilista francés alteraciones de las condiciones de existencia, que no prospero en ese momento⁵⁹ por las siguientes razones:

En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima – daño moral -, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión – daño material –, “sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”.⁶⁰

Para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él. Tal vez por esta razón se explica la

⁵⁸ *Ibídem*

⁵⁹ Debemos acotar que posteriormente el mismo Tribunal accedió a tal mutación, es decir, dejó de lado el perjuicio de daño en la vida de relación, para finalmente tomar el de las alteraciones de las condiciones existencia, perjuicio que será desarrollado en acápite posterior.

⁶⁰ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, expediente 11.652. Actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros.

confusión que se ha presentado en el derecho francés, en algunos eventos, entre este tipo de perjuicio y el perjuicio material, tema al que se refiere ampliamente el profesor Henao Pérez, en el texto citado.

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

Determinados los elementos constitutivos del “nuevo” perjuicio, analizaremos otras características del daño en mención, como la necesidad de probarlos, los topes establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la autonomía del perjuicio frente al daño moral. Tradicionalmente ha enseñado la doctrina y la jurisprudencia que los perjuicios pretendidos deben ser demostrados y solicitados en el libelo, esta regla general, ha sido excepcionalmente aplicada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que, recurriendo a principios como el de interpretación de la demanda y las presunciones rompen el esquema del sistema creado por la ley y la jurisprudencia de antaño.

En sentencia de fecha 19 de agosto de 2004, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo afirmó:

“La parte actora en el recurso de apelación pidió incluir en la sentencia impugnada una condena al pago de 4000 gramos oro por concepto de la pérdida del goce fisiológico; sin embargo, la Sala observa que esta clase de perjuicios no fueron pedidos en las pretensiones de la demanda, ni en el capítulo de los hechos se adujo alguno que condujera a inferir que el señor JAIME ARTURO PEÑA MUÑOZ haya sufrido daños a la vida de relación, que como tampoco se allegaron pruebas tendientes a acreditar tal afección.

Si bien es cierto hoy en día la ley exige la reparación integral del daño (artículo 16 de la Ley 446 de 1998), lo cual se logra no sólo con la indemnización del perjuicio

moral y el perjuicio material sino que también pertenece a esta categoría y debe tenerse en cuenta el mencionado daño a la vida de relación, consistente en la pérdida o disminución de la capacidad de relacionarse con el mundo exterior en la forma en que podía hacerlo el damnificado antes de recibir el daño y como consecuencia de éste, también es cierto que los daños no se presumen y en la medida en que se pretenda una indemnización de perjuicios, éstos deben estar plenamente acreditados en el proceso⁶¹.

En el presente caso, como ya se dijo, se echa de menos la prueba de esta clase de perjuicios, por lo cual no procede tampoco ningún reconocimiento por este concepto.⁶²

Apartándose de la regla general y aplicando criterios como la razón de hombre, concedió el Consejo de Estado la indemnización en los siguientes términos:

⁶¹ En igual sentido se pronunció el Consejero Alier Eduardo Hernández en sentencia de 21 de febrero de 2002 exp. 5615 quien manifestó:

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

Lo anterior debe entenderse, claro está, sin perjuicio de que, en algunos eventos, dadas las circunstancias especiales del caso concreto, el juez pueda construir presunciones, con fundamento en indicios, esto es, en hechos debidamente acreditados dentro del proceso, que resulten suficientes para tener por demostrado el perjuicio sufrido. Un ejemplo claro de esta situación podría presentarse en el caso que nos ocupa, en el que si bien el perjuicio extrapatrimonial a la vida de relación... se encuentra perfectamente acreditado, con base en los dictámenes periciales practicados, como se verá enseguida, su existencia e incluso su intensidad habrían podido establecerse a partir de la sola demostración de la naturaleza de la lesión física sufrida y las secuelas de la misma, a más de las condiciones en que se desarrollaba, según los testimonios recibidos, su vida familiar y laboral, antes del accidente.”

⁶² CE. Sec. III, MP. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, exp.15791

“La Sala considera importante observar, adicionalmente, que si bien en la demanda no se solicitó expresamente la indemnización de los perjuicios a la vida de relación sufridos por la señora Montoya de Botero -en cuanto al formular las pretensiones, únicamente se hizo referencia a los perjuicios morales y materiales-, se observa que en, en el acápite de hechos, se alude a la alteración de la vida exterior de la paciente, concretamente en lo que respecta a las molestias que implica el manejo de la bolsa de colostomía que le fue implantada en una de las cirugías practicadas, así como a la afectación que, por la presencia del mismo elemento, se produjo en sus relaciones íntimas. Estas circunstancias hacen referencia, sin duda, a la alteración de la vida exterior de la demandante, que da lugar a la configuración de un perjuicio extrapatrimonial diferente del moral. Podría, entonces, interpretarse la demanda, entendiendo que la petición relativa a la indemnización de los perjuicios morales se refiere no sólo a la reparación de las afectaciones sufridas por la paciente en sus sentimientos, sino también de aquéllas que se manifiestan en su relación con los demás y con las cosas del mundo.

No obstante lo anterior, es claro que, aun efectuando la interpretación de la demanda, en la forma indicada, la cuantía de la condena por concepto del perjuicio extrapatrimonial sufrido por la demandante -incluidos en esta categoría el perjuicio moral y el perjuicio a la vida de relación- no podría exceder la suma equivalente a mil gramos de oro, dado que es ése el valor de la pretensión formulada. De otra manera, como se ha advertido, se vulneraría el principio de la congruencia. Así las cosas y dado que se impondrá, por concepto del perjuicio moral sufrido por la actora, el valor total solicitado en la demanda, carece de sentido evaluar la intensidad del perjuicio a la vida de relación, para establecer la cuantía de la indemnización que por tal concepto pudiera ordenarse.

Se advierte, finalmente, que lo que se acaba de expresar no obsta para que la determinación de la existencia del perjuicio a la vida de relación pueda servir como elemento para inferir la existencia de un perjuicio moral, como ocurre en este caso, en cuanto se plantea que la alteración de las condiciones de vida de la señora

Montoya, causadas especialmente por el manejo de la bolsa de colostomía que tuvo durante algún tiempo, permite inferir que sufrió, a su vez, una afectación de su vida interior, manifestada en sufrimiento, depresión y desánimo, entre otros sentimientos negativos. A ello parece referirse el apelante cuando expresa que debe elevarse la condena impuesta por el Tribunal, por concepto de perjuicios morales, “ya que no se tuvo en cuenta el daño fisiológico como generador del perjuicio”. (Subrayas y negrillas fuera del texto original) ⁶³

Con similares argumentos, el Consejero de Estado Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, reitero la tesis de la siguiente manera:

*“De otro lado, en el presente caso, para la Sala es claro que el demandante sufrió, a más de un daño moral, un **daño a la vida de relación**, cuya pretensión bien puede encontrarse en la demanda, haciendo uso de las facultades interpretativas del juez. En efecto, aunque en el acápite de pretensiones de la demanda sólo se refiere a la indemnización del daño de carácter moral, al presentarse los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, se alude no sólo al estado de zozobra, angustia y temor generado en el señor Germán Barberi⁶⁴ Perdomo y su familia (que supone la existencia de padecimientos que constituyen, sin duda, afecciones directas a los sentimientos y consideraciones íntimos del ser humano, y que generan un típico daño moral), sino la afectación del buen nombre de una persona que dedica gran parte de su actividad profesional a la vida pública, que desarrolla una profesión liberal que le permite desplazarse fácilmente por los diferentes municipios del Departamento de Ibagué y que está sometido a las críticas y al “escarnio público... colocando en la picota pública como delincuente común o de cuello blanco, a sabiendas de su inocencia y por inobjetable circunstancias de índole político”, esto es, la afectación de los derechos de las víctimas en su contexto social o exterior.*

Sobre el contenido y alcance del daño a la vida de relación, esta Sección ha tenido la oportunidad de precisar las diferencias existentes entre este concepto y el daño moral. Respecto del primero, dijo:

⁶³ CE. Sec. III M.P. Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ exp. 12287

“...aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4° del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que - al margen del perjuicio material que en sí misma implica - produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas...”

En el caso que ocupa a la Sala, resulta evidente que el demandante sufrió tanto daño moral como daño a la vida de relación. Las afectaciones que constituyen el primero han sido explicadas y, se refieren, especialmente, a la preocupación y la angustia que le produjo el hecho de ser privado de su libertad. Pero, además, es evidente que el señor Germán Barberi Perdomo y su familia se vieron afectados por el escándalo social y el despliegue publicitario que originó la detención del Presidente del Concejo de Ibagué, por la presunta comisión de delitos tan graves para la administración pública como son la falsedad ideológica en documento público, el fraude procesal y el uso de documento público falso (folios 38 a 47 del cuaderno 2).

En consecuencia, como se pretende la indemnización por la grave afectación extrapatrimonial en la vida exterior del señor Germán Barberi Perdomo y su familia, la cual se demostró pero aún no se ha reparado, la Sala condenará a pagar a favor del señor Germán Barberi Perdomo, la suma de \$30.520.320, equivalente en pesos a 80 salarios mínimos legales vigentes; a favor de la señora Argelia Perdomo de Barberi y los menores Andrés Ricardo Barberi González y Julián

Barberi Ortiz, la suma de \$15.260.160, equivalente en pesos a 40 salarios mínimos legales vigentes; y a favor de los señores Carlos Alberto Barberi Perdomo y María Mercedes Barberi de Londoño, la suma de \$7.630.080, equivalente a 20 salarios mínimos legales vigentes.”⁶⁵

Debe precisarse que en los fallos anteriores se recurrieron a la aplicación de principios generales del derecho procesal, situación que aplaudimos, pero como novedad y aplicación de principio del derecho de reparación, la misma corporación reconoció los perjuicios aferrándose al principio de reparación integral del artículo 16 de la ley 446 de 1998, muestra de ello es la sentencia de septiembre de 2001, en donde el Consejo de estado aplicando el principio en mención indico:

*“De otra parte, y respecto de los perjuicios de la vida de relación, se procede a felicitar al ad quem, por cuanto resalta la real dimensión del perjuicio de la vida de relación, señalando entre otros autores al profesor Henao, Hinestrosa y Tamayo Jaramillo, para concluir la importancia del principio de reparación integral respecto a aquellos perjuicios que si bien es cierto no son solicitados taxativamente al interior de la demanda, el operador judicial deberá ir más allá de los denominados perjuicios materiales y morales en aras de la salvaguarda no solo de este principio, sino del principio de equidad”*⁶⁶

Criterio que fuera reafirmado por la misma Corporación en fallo del 10 de agosto de 2000, comentado por el tratadista Obdulio Vásquez “en otro fallo reitero este criterio diciendo: “conforme al artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual impone el deber de reparación integral, afirmando que este deberá ser << indemnizado cuando el mismo se encuentre debidamente acreditado, aunque no haya sido pedido en la demanda>>”⁶⁷

⁶⁵ CE. Sec. III 12 sentencia de diciembre de 2005 rad. No. 73001-23-31-000-1995-02809-01(13558)

⁶⁶ CE. Sec. III 12 sentencia de 6 septiembre de 2001 exp. 13.474 C.P.: Jesús Mario Carrillo Ballesteros, en Vásquez Posada Ob. Cit. Pág. 295.

⁶⁷ Ídem

De la anterior jurisprudencia, es dificultoso concluir que tesis predomina, es decir, si se hace necesaria la petición determinada del perjuicio reclamado o si en los hechos y las pruebas recaudadas se presumen.

Creemos que se deben solicitar y demás probarlos, so pena de no tener en las condenas fijado monto alguno por concepto del perjuicio en mención.

El tema del tope máximo a indemnizar por concepto de daño a la vida de relación no ha sido determinado por la jurisprudencia, pues como hemos indica en el transcurso de la investigación, prima el arbitrio judicis⁶⁸ para tazar el valor de la indemnización pero han existido pronunciamientos que han fijado topes, otras que han condenado al Estado a asombrosas cifra de dinero.

VÁSQUEZ POSADA⁶⁹, indica los movimientos que ha tenido la jurisprudencia así:

“En el 2002 el Consejo de Estado condeno al pago de \$ 30.000.000 en compensación por los daños a la vida de relación a un soldado que sufrió fractura de costilla, trauma del páncreas, luxación de clavícula derecha, estallido de riñón derecho que debió ser amputado. Consideró la Sala que: "En efecto, dicho tratamiento generó a Neri Florencio Hurtado, sin duda, incomodidades y limitaciones temporales, y las secuelas definitivas de la lesión implican para él tilla importante alteración en su posibilidad de realizar, en el futuro, ciertas actividades que antes le resultaban fáciles o posibles. Por otra parte, la incapacidad laboral parcial que deberá soportar alterará, seguramente, sus expectativas vitales, dado

⁶⁸ Así lo afirmó el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 21 de febrero de 2002, con ponencia del Dr. Hernández Enríquez, exp. 5615 en los siguientes términos:

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

⁶⁹ Vásquez Posada O. “del daño moral y el perjuicio a la vida de relación hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales”, Responsabilidad civil y del Estado No. 16 Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2004.

que no tendrá la misma posibilidad de producir que puede tener una persona de su misma edad, lo que -a más del perjuicio material, que ya ha sido cuantificado-, causará una limitación evidente de sus posibilidades de realización personal.

El Consejo de Estado para los perjuicios a la vida de relación emplea los mismos criterios y límite que ha establecido para los daños morales. 69 No obstante en aplicación de principio de que los límites máximos pueden ser excepcionalmente rebasados, ha llegado a condenar hasta 2000 gramos oro (cuando regia el límite de 1000 gramos oro) en favor de un menor que quedó inválido y perdió sus órganos genitales en un accidente.”

TAMAYO JARAMILLO⁷⁰, represente un sector de la doctrina que ha demostrado su inconformismo con las exageradas indemnizaciones que por concepto de daños extrapatrimoniales ha cancelado el Estado, aun así, comenta la evolución en cuanto el quantum del perjuicio por daño a la vida de relación de la siguiente manera:

“

1- Sentencia de 26 de abril de 2002. Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros. Expediente 13675

- Tipo de daño: lesiones de tipo estético en un testículo
- Demandante: el lesionado
- Cuantificación: 21.77 SMLMV por daño a la vida de relación

2- Sentencia de tres de octubre de 2002. Consejero Ponente María Elena Giraldo Gómez. Expediente 14207.

- Tipo de daño: lesiones en accidente de tránsito (incapacidad permanente)
- Demandantes: el lesionado, su madre y su hermana.
- Cuantificación: \$20.000.000 por daño a la vida de relación para el lesionado.

3- Sentencia de diciembre 4 de 2003. Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar. Expediente 13875.

⁷⁰ Tamayo Jaramillo J. *Tratado de responsabilidad civil* Tomo II, editorial Legis, Bogotá, 2009 pág. 971

- Tipo de lesión: Lesiones sufridas por un menor al manipular un objeto de uso privativo de las fuerzas militares
- Demandantes: el lesionado, sus padres, sus hermanos y sus abuelos
- Cuantificación: 30 SMLMV para el lesionado por daño a la vida de relación.

4- *Sentencia de enero 29 de 2004. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández E. expediente 18273.*

- Tipo de daño: lesiones (transfusión de sangre contaminada con VIH)
- Demandantes: la lesionada, su compañero permanente, su hija, sus padres y sus hermanos.
- Cuantificación: 200 SMLMV por daño a la vida de relación para la lesionada. El Consejo de Estado tiene especial consideración en la “ gravedad de las afectaciones inmateriales sufridas por la víctima directa del daño”

Como podemos observar del anterior análisis presentado por el tratadista en mención, es claro que existe un criterio para el monto del perjuicio de la vida de relación y quizás es el criterio aplicable a los demás perjuicios inmateriales, y es la gravedad, afectación del bien jurídico tutelado.

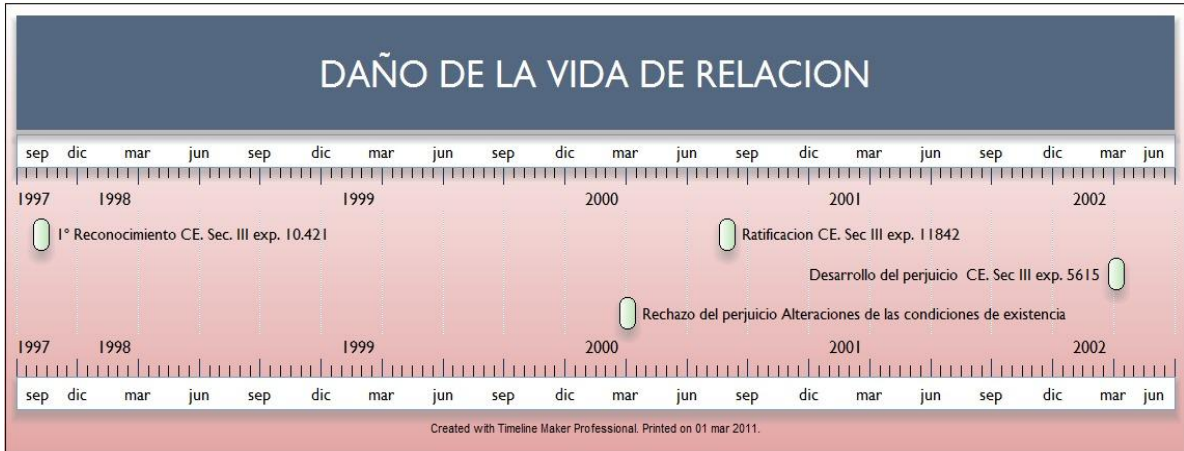
Palpable, este criterio, en el caso de la mujer afectada por el VIH en donde el Consejo de Estado impone una condena considerable, partiendo del que VIH es una enfermedad de alto costo, además las limitaciones en que incurre el afectado y sus familiares. Además de la connotación emocional y psicológico del portador.

Concatenante al criterio establecido por el Consejo de Estado⁷¹, deberíamos aplicar los topes fijados por la jurisprudencia en los perjuicios morales al daño de vida de relación como propone el tratadista **VÁSQUEZ POSADA**⁷², tesis que compartimos toda vez que independientemente de su atomía, su característica principal es la de ser un daño extrapatrimonial y acogiéndonos a la teoría de unificación de estos perjuicios expuesta por el tratadista dichos criterios cumplen los fines de la reparación integral de la víctima.

⁷¹ Consejo de Estado, Sección III C.P.: Alier Eduardo Hernández exp. 13232-15646

⁷² Vásquez Posada Obdulio. Ob. Cit.

1.5. Línea de tiempo (daño de la vida de relación.)



Event Name	Start Date	Notes
1° Reconocimiento CE. Sec. III exp. 10.421	25 sep 1997	Primer reconocimiento del Consejo de Estado del Daño de la vida de relación, cuestionando el concepto de perjuicio fisiológico
Ratificación CE. Sec. III exp. 11842	21 feb 2000	Desecha definitivamente el nomen iuris de perjuicio fisiológico y crea los nuevos elementos constitutivos del perjuicio daño de la vida de relación
Desarrollo del perjuicio CE. Sec. III exp. 5615	19 jul 2000	Reconoce el Consejo de Estado que el perjuicio debe repararse a la victima directa e indirectas del hecho dañoso.
Rechazo del perjuicio Alteraciones de las condiciones de existencia	21 feb 2002	Se Plantea por parte de los Magistrados la existencia del perjuicio denominado Alteraciones de las condiciones de existencia que es rechazado por considerar que el daño a la vida de relación contiene dicho daño

1.6. Segunda Mutación: “del perjuicio de daño de la vida de relación a las alteraciones de las condiciones de existencia.”

Se puede apreciar hasta este momento de la investigación, como la Jurisprudencia del Consejo de Estado, abole por completo el perjuicio Fisiológico, como aquella afectación física o biológica que priva a la victima directa del hecho dañoso de ejercer de los placeres de la vida y reemplaza esta, con el daño de la vida de relación, que en términos del mismo tribunal “es un concepto más extenso” del perjuicio fisiológico, que comprende no solo los daños físicos o biológicos, si no también alteraciones graves al desarrollo cotidiano de una personas como también a su grupo familiar o personas allegadas. Además de las mutaciones anotadas, puede observarse el ánimo por parte de algún sector del máximo Juez

Administrativo de ingresar en el sistema jurídico el perjuicio de las alteraciones de las condiciones de existencia en plena aplicación y furor del daño a la vida de relación.

Todas estas variaciones concluyeron finalmente con la imposición por parte del Tribunal en el reconocimiento del denominado perjuicio ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA, como nuevo daño extrapatrimonial, que integraron el fisiológico y al daño de la vida de relación.

Pero ¿cuál es el origen del perjuicio y los elementos constitutivos?, ¿Que se repara y que diferencias tiene con la mutación anterior? debemos preguntarnos.

Obligadamente tenemos que ubicar al perjuicio de alteración de las condiciones de existencia en Francia, creación jurisprudencial y que ha sido definido por la misma doctrina “por **alteración de las condiciones de existencia** (*les troubles dans les conditions d’existence*), el sufrimiento padecido por las víctimas de un daño, consistente en la modificación anormal del curso de su existencia, es decir de sus ocupaciones, sus hábitos y sus proyectos. Un daño puede entonces producir perjuicios, que desbordan la lógica de aquellos materiales, e incluso de los morales, cuando logra alterar el devenir cotidiano del comportamiento humano, no por comprometer su integridad física, ni sus sentimientos, sino por alterar sus condiciones de existencia, que no son otra cosa, que sus costumbres relacionadas con su proyección de vida.”⁷³

El profesor **CHAPUS**, define el mismo como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandantes, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”⁷⁴

Ya en nuestro sistema jurídico, la Jurisprudencia del Consejo de Estado se ha encargado de dar la interpretación y alcance de este nuevo perjuicio, así lo hizo la corporación con ponencia del Consejero Dr. Mauricio Fajardo Gómez- se citara in extenso los argumentos

⁷³ C.E. Sec. III, sentencia de 18 de octubre de 2007 MP.: Dr. Enrique Gil Botero, Expediente No. AG-00029. Radicación: 25000-23-27-000-2001-00029-01

⁷⁴ Chapus. *Responsabilite publique*, cit, p. 414 en Heno Juan C. *EL daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia ,1998 pág. 252.

del magistrado toda vez que en esta sentencia se presenta los racionamientos de la mutación-

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política (se subrayan) .

*En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a **la expresión alteración de las condiciones de existencia**, que, en principio y por lo expresado anteriormente, **parecería más afortunada**. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, **cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia** de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.”*

*Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a **la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más compresiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante** (se resalta).*

*Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que “para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues **no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio**, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”⁷⁵.*

*Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados troubles dans les conditions d’existence pueden entenderse como “una **modificación anormal** del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos” o “las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”*

*El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.*

En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario. (Se subraya)

⁷⁵ Parecería entonces, que el perjuicio al daño a la vida de relación tuviere autonomía propia frente al perjuicio de las alteraciones de las condiciones de existencia.

*En el caso que ocupa la atención de la Sala, se destaca que al describir las características de la población desplazada y el impacto que para ella trae consigo el desplazamiento, es decir, los efectos sobre las condiciones de existencia, el profesor William C. Lartridge señala que “se trata de personas provenientes en su gran mayoría de zonas rurales, con bajo o ningún nivel de escolaridad, familias sin ahorros, familias sin ingresos, productores deudores, familias sin título de propiedad, hogares encabezados por mujeres, niños sin padres. Es una población que además de ser pobre está sujeta a condiciones muy particulares: fueron campesinos productores, dignos, autosuficientes, trabajadores, características que hoy no les son reconocidas; son socialmente marginados y estigmatizados como ‘ladrones’, ‘prostitutas’, ‘guerrilleros’, ‘coccaleros’, ‘mendigos’ – estigmas que descargan la culpa del criminal sobre la víctima del crimen-”.*⁷⁶

Se infiere de lo anterior que los elementos que constituyen el perjuicio denominado alteraciones de las condiciones de existencia los siguientes:

- 1- El daño a las alteraciones de condiciones de existencia, es un perjuicio autónomo, que recoge la esencia del daño a la vida de relación y el perjuicio fisiológico.
- 2- El nuevo perjuicio, se aplica tanto a la víctima del hecho dañoso como también a las personas que lo rodean o que se ven afectadas con el trastorno de su vida cotidiana.
- 3- No toda alteración a la vida debe ser indemnizada, esta debe tener tal talante que modifique el estilo de vida, el proyecto, el trabajo, el entorno familiar, entre otros.
- 4- Su origen no es de índole fisiológico o biológico, guardando paridad con el daño a la vida de relación.
- 5- La variación de las condiciones deben ser negativas.

⁷⁶ C.E. Sec. III sentencia de 15 de agosto de 2007. MP. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 190012331000200300385-01

Siendo consecuente con este pensamiento, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo afirmó:

“En el presente caso, para la Sala es claro que la víctima sufrió, a más de un daño moral, que se refleja en el estado de zozobra, angustia y temor padecido, una alteración a las condiciones de existencia, que en la demanda se solicita como “perjuicio fisiológico”, el cual rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida exterior.

*La Sala ha considerado que cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran las condiciones habituales o de existencia de las personas.*⁷⁷ (Se subraya).

Tenemos entonces en nuestro sistema jurídico, un nuevo perjuicio, denominado alteración de las condiciones de existencia, con los elementos estructurales ya anotados y que subsume los anteriores perjuicios, es decir, los fisiológicos, el daño a la vida de relación, como bien lo indica la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Siguiendo, los lineamientos de la investigación, abordaremos a continuación, las demás características que ha dado el Consejo de Estado al perjuicio precitado. Así que frente a la obligatoriedad de probarlos, expreso el H. Consejo de Estado:

“Tal perjuicio, como los demás, puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio e incluso, puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le hubiere dejado y la alteración de

⁷⁷ C.E. Sec III, sentencia de 4 de junio de 2008 MP. Dra. Myriam Guerrero De Escobar, exp. 15657

las condiciones en que se desarrollaba su vida cotidiana en lo social, familiar, laboral, placentera, o de cualquier otra índole”⁷⁸

Leyendo detenidamente la cita jurisprudencial, es claro que en ciertos casos, no cabe duda que los daños a las condiciones de existencia, puedan observarse o palpase de bulto, razón por la cual no puede el juez alejarse de tales situaciones para abstenerse de reconocerlos y ordenar el pago de una suma determinada de dinero a consecuencia de estos daños; se llega a esta conclusión, teniendo en cuenta los principios del derecho que en hemos reseñado en acápite anteriores.

El tema de la cuantía determinada, es un tema no menos complicado, debido a que si bien es cierto en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado ha establecido topes máximos en cuanto perjuicios inmateriales se trate, estos han sido superados, cuando las condiciones del caso los estimen pertinentes.

Ejemplo de ello, es lo consignado en la sentencia que resolvió la acción de grupo de los residentes de un barrio de la ciudad de Bogotá que por fallas estructurales vieron como sus viviendas se derrumbaban, en esta oportunidad, el Magistrado Enrique Gil Botero, resolvió:

*“CUARTO.- Como desarrollo de lo anterior **CONDÉNESE** a la parte demandada a pagar a título de indemnización de perjuicios materiales y de alteración de las condiciones de existencia, la suma de DIEZ Y NUEVE MIL CIENTO VENTADOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA MIL QUINIENTOS PESOS Moneda Legal Colombiana (\$19.122.460.500.00 MLC) a los integrantes del grupo que se hayan constituido como parte en el proceso que da lugar a esta sentencia, y los que lo hagan después, en los términos señalados en la parte motiva. La suma de dinero constitutiva de esta condena se deberá pagar al Fondo para la protección de los derechos e intereses colectivos, administrado en los términos de ley, por el Defensor del Pueblo”*⁷⁹

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ C.E. Sec. III. Sentencia de 18 de octubre de 2007. MP. Dr. Enrique Gil Botero, rad. 25000-23-27-000-2001-00029-01

En contraste del pronunciamiento arriba referenciado, la misma corporación en fallo de 15 de agosto de 2007, en tratándose del perjuicio de alteraciones de las condiciones de existencia, y su quantum índico:

*“QUINTO: Condénase a La NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL a pagar, por concepto de **daño por alteración grave de las condiciones de existencia** la suma equivalente a DOS MIL CINCUENTA (2.050) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual estará destinada a cubrir las indemnizaciones individuales de los integrantes del grupo que no concurrieron al proceso pero que, de manera oportuna y debida, se acojan a los efectos del presente fallo. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos a favor, exclusivamente, de quienes acrediten, de manera fehaciente y concurrente, mediante la aportación del correspondiente certificado de inscripción en el Registro Único de Población Desplazada creado mediante el Decreto 2569 de 2000, las tres (3) condiciones siguientes: i).- haber tendido domicilio, para la época de la incursión armada ocurrida en el mes de abril del año 2001 en la región del Naya, en alguno de los lugares de las siguientes veredas o corregimientos: El Ceral, La Silvia, Patio Bonito, Las Minas, Aguadepanela, Palo Solo, Alto Sereno, Río Mina, Las Vegas, El Playón, La Playa, La Paz, Río Azul, Pitalito o el Placer del Municipio de Buenos Aires en el Departamento del Cauca; ii).- que a consecuencia de la referida incursión armada se hubiesen visto obligados a desplazarse de su lugar de domicilio, y iii).- que el desplazamiento forzoso se hubiese iniciado antes de la presentación de la demanda, esto es antes del día 10 de marzo de 2003”⁸⁰.*

Debemos aclarar, que dichas sumas se deben dividir entre el numero de accionantes, por tratarse de acciones de grupo; lo que queremos resaltar de dichas citas, es la manera como el Máximo Tribunal de los Contencioso Administrativo, reconoce la indemnización

⁸⁰ CE. Sec III. Sentencia de 15 de agosto de 2007. MP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 190012331000200300385-01

conforme a los hechos y situaciones de la demanda y continua con el criterio de salarios mínimo como derrotero de la condena.

En apelación del año 2009 y tratando de realizar un análisis de la evolución que ha surgido frente al daño alteración grave de las condición de existencia el Consejo de Estado, condeno a la entidad demandada al pago de 70 SMMLV por el perjuicio en mención, así:

“En el presente asunto resulta evidente que la víctima sufrió tanto un daño moral como una alteración grave a las condiciones de existencia. Las afectaciones que constituyen el primero han sido explicadas y se refieren, especialmente, a la preocupación y a la angustia que le produjo la gravedad de la lesión; pero además resulta incuestionable que la demandante se vio afectada como consecuencia de la referida lesión y, por ende, una alteración a su integridad física, la cual aunque no repercute directamente en el desarrollo de su vida normal, sí afecta indirectamente su estado psicológico y autoestima, todo lo cual lleva indiscutiblemente una alteración grave de sus condiciones de existencia, pues incluso el referido concepto laboral No. 96 dictaminó: “Las lesiones que presenta la paciente en su pie derecho la limitan para realizar funciones que demandan gran actividad a nivel de los pies como correr, bailar, etc.” (fl. 52 c 1).

En consecuencia, la Sala revocará la decisión de primera instancia en cuanto denegó la indemnización de este perjuicio y, por consiguiente, le reconocerá a la lesionada, por este concepto, una suma equivalente a setenta (70) S.M.L.M.V.”⁸¹

Vemos como inicialmente se denominó al nuevo perjuicio, alteraciones de las condiciones de existencia, para definir y delimitar el perjuicio, la nueva jurisprudencia (2009-2010) del Consejo de Estado agregó un calificativo más y es que las alteraciones sufridas por las víctimas deben ser graves y no simples modificaciones, por tal razón “rebautizo” si se puede indicar, al perjuicio como alteraciones **graves** a las condiciones de existencia como se puede apreciar en las siguientes sentencias:

⁸¹ C.E. Sec. III. Sentencia de 2 de septiembre de 2009, MP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, rad. 05001-23-31-000-1995-01547-01(17827)

*“2.4.- Perjuicio por la alteración **grave** de las condiciones de existencia*

Respecto del perjuicio solicitado en la demanda, denominado “perjuicio fisiológico”, estima la Sala necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000 se reformuló dicho concepto por el de daño a la vida de relación; al respecto, se dijo:

“[E]l daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre”

(...)

En el presente caso, para la Sala resulta claro que la lesionada, señora Carmen Cecilia padilla Borja sufrió, a más del daño moral que le produjo su incapacidad laboral permanente (equivalente a un 50.8%), también ha debido padecer una alteración grave a sus condiciones de existencia, cuya indemnización depreca como “perjuicio fisiológico”, el cual rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida exterior.

Tal como se analizó anteriormente, la Sala ha considerado que cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen

alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas

Dicho perjuicio, como los demás, puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la naturaleza o el alcance de la lesión sufrida por la víctima, las secuelas que le hubiere dejado y la alteración de las condiciones en que se desarrollaba su vida cotidiana en lo social, en lo familiar, en lo laboral, en su ámbito placentero o de otra índole.

En el presente asunto resulta evidente que la víctima sufrió tanto un daño moral como una alteración grave a sus condiciones de existencia. Las afectaciones que constituyen el primero han sido explicadas y se refieren, especialmente, a la preocupación y a la angustia que le produjo la gravedad de la lesión. Pero además resulta incuestionable que la señora Carmen Cecilia Padilla Borja se vio afectada por la imposibilidad que le ocasionó el daño para realizar en el futuro aquellas actividades que cotidiana y normalmente desarrollaba. Así pues, como resulta apenas natural, una persona que padece de una incapacidad laboral equivalente a la dictaminada a la señora Padilla Borja a raíz de su invalidez –esto es en un 50.8%-, queda impedida para desarrollar a plenitud (100%) las actividades que normalmente desplegaba, las cuales le producían placer, como lo puede ser desarrollar actividades físicas sin dificultades y en general cualesquier actividad que desarrolla una persona con la integralidad de sus facultades psicofísicas. En consecuencia, la Sala modificará en este aspecto la sentencia dictada por el Tribunal a quo y reconocerá dicho perjuicio en la cuantía equivalente a 60 SMLMV.”⁸²

Calificativo, que compartimos, pues no pueden ser catalogadas cualquier modificación como un perjuicio indemnizable, es decir, las perturbaciones (no físicas, fisiológicas o

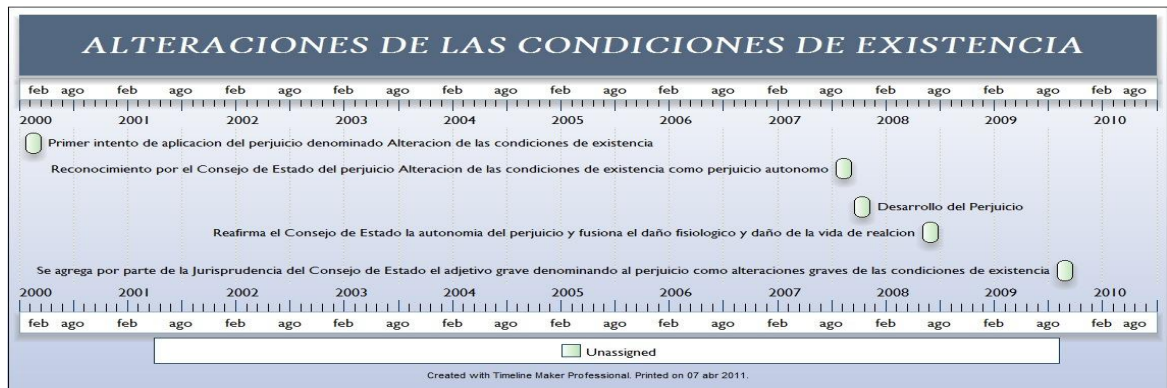
⁸² C.E. Sec. III. Sentencia de 11 de agosto de 2010, MP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, exp. 18894

anatómicas) en diversas formas no alteran condiciones de vida, un ejemplo de ello y traído de los cabellos, y que se planteara de manera de pregunta ¿ qué afectación de las normales condiciones de existencia, puede sufrir una persona que ha mantenido recluido durante los 20 años de su vida en un establecimiento penitenciario, si por un error judicial es privado de su libertad un mes llevando 2 días de libertad? Creeríamos, que las afectaciones en este tipo de perjuicio deben ser graves, como las que se desarrollan en las sentencias hito que se han citado para determinar los elementos del perjuicio, el caso de los desplazados, el caso de las familias de la urbanización del distrito capital, personas, familias, que tenían hecho un proyecto de vida, habían creado en su entorno un modelo de vida, afianzando sus costumbres, creado un ambiente de crianza, esos fenómenos si son graves y alteran las condiciones de existencia.

Apartándonos un poco de la jurisprudencia del Consejo de Estado, un ejemplo vivo de tal afirmación, es la posición tomada por la Juez Cuarta Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, que en un reciente fallo, absolvió al municipio de rivera al pago de los perjuicios inmateriales de alteraciones de las condiciones de existencia, teniendo en cuenta que el simple accidente del automóvil, no contrarresto en el normal desempeño de la familia, no se afectaron sus proyectos, no hubo modificación de su estándar de vida, por tal razón, repetimos, absolvió de pagar a la entidad demandada por este tipo de perjuicio.

Por esta razón y sin ser una mutación, pues desde el inicio del perjuicio de las alteraciones de las condiciones de existencia, se reflexiono por parte de los Magistrados, que dichos daños deberían ser graves y excepcionales, no calificamos como una nueva etapa del perjuicio al adjetivo **grave**, pues esta constituye un reflejo de la intención del Magistrado y no una variante, insistimos, del perjuicio en desarrollo.

1.7. Line de tiempo- alteraciones de las condiciones de existencia.



Event Name	Start Date	Notes
Primer intento de aplicación del perjuicio denominado Alteración de las condiciones de existencia	21 feb 2000	Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, expediente 11.652. Actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros.
Reconocimiento por el Consejo de Estado del perjuicio Alteración de las condiciones de existencia como perjuicio autónomo	15 ago 2007	C.E. Sec. III sentencia de 15 de agosto de 2007. MP. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 190012331000200300385-01
Desarrollo del Perjuicio	18 oct 2007	C.E. Sec. III. Sentencia de 18 de octubre de 2007. MP. Dr. Enrique Gil Botero, rad. 25000-23-27-000-2001-00029-01
Reafirma el Consejo de Estado la autonomía del perjuicio y fusiona el daño fisiológico y daño de la vida de relación	04 jun 2008	C.E. Sec III, sentencia de 4 de junio de 2008 MP. Dra. Myriam Guerrero De Escobar, exp. 15657
Se agrega por parte de la Jurisprudencia del Consejo de Estado el adjetivo grave denominando al perjuicio como alteraciones graves de las condiciones de existencia	02 sep 2009	C.E. Sec. III. Sentencia de 2 de septiembre de 2009, MP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, rad. 05001-23-31-000-1995-01547-01(17827

1.8. Divergencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Podría pensarse que las mutaciones que sufrió el perjuicio fisiológico fueron aprobadas por unanimidad en el seno del Consejo de Estado, pero no es así, todas estas modificaciones no son compartidas en su totalidad por los Magistrados del máximo Tribunal Contencioso Administrativo.

Ejemplo de esa divergencia son las aclaraciones de voto que hace el actual magistrado del Consejo de Estado Enrique Gil Botero quien critica la forma como la Corporación abandono conceptos de antaño y realizo una mixtura entre los perjuicios fisiológicos, daño a la vida de relación y las alteraciones de condiciones de existencia.

El Consejero de Estado⁸³ explica sus razones centrándose de la teoría del daño corporal o biológico, de la siguiente manera:

“2.1. La Sala consideró en este caso de manera explícita, que el daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio de alteración a las condiciones de existencia.

La posición mayoritaria se basamenta en dos providencias proferidas en el año 2007, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente, sin embargo se da a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia que origina la presente aclaración, es a que el daño a la vida de relación adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de alteración a las condiciones de existencia, circunstancia que es a todas luces incorrecta.

2.2. En relación con el daño corporal, en un inicio, la jurisprudencia de la Sala se orientó por indemnizar, en algunos casos, el perjuicio causado a partir de la lesión física que padecía el demandante, a causa de un hecho imputable a la administración pública, detrimento éste que era autónomo e independiente frente al daño moral, como quiera que se refería a la trasgresión de la integridad psicofísica, y se le denominó perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación.

Ahora bien, de manera equivocada –en mi criterio–, la Sala en una providencia del 19 de julio del año 2000, abandonó supuestamente la expresión perjuicio fisiológico, para adoptar la de daño a la vida de relación, de tal forma que se

replanteó la reparación del perjuicio con base en la lesión en sí misma, para adoptar un criterio de resarcimiento fundamentado en las consecuencias que se derivan del hecho dañoso, lo cual posibilitaría así cubrir la reparación de daños que no sólo se limitan a la lesión corporal o biológica del ser humano como integridad, sino que, de paso, permitiría –de forma aparente – el restablecimiento de otros bienes jurídicos como la honra, el honor, el buen nombre, las condiciones

⁸³ Debe resaltarse que el Consejero en sentencia de 1 de octubre de 2008, siendo el ponente, hace las mismas consideraciones ya reseñadas, frente a la complejidad y yerro cometido – en su criterio- por la línea jurisprudencial del Consejo de Estado. Expediente 2500023-26-000-1999-01145-01(27268). Véase entre otros, C.E. Sec. III, sentencia de 4 de junio de 2008 MP Dra. Myriam Guerrero De Escobar exp. 19001-23-31-000-1997-02006-01(15657)

de existencia, el placer de disfrutar de determinada actividad, entre otros, de naturaleza inmaterial.

2.3. En esa perspectiva, el mencionado proveído fue recibido en la comunidad jurídica como un gran avance, en tanto, a diferencia de la jurisprudencia civil, trazada por la Corte Suprema de Justicia, la contencioso administrativo permitía el reconocimiento y la protección de distintos bienes jurídicos, a partir de la constatación de las consecuencias que el daño antijurídico desencadenaba en los seres humanos que lo padecían. Lo que no se advirtió, es que la identidad e individualidad de cada uno de esos bienes jurídicos no se podía diluir para reconducirlos mutando su esencia hacia el daño a la vida de relación.

De allí que, con miras a la delimitación de un perjuicio más amplio, se trastocó el universo de los bienes jurídicos inmateriales para comprimirlo en uno solo, sin establecer y definir los perjuicios que pueden ser objeto de indemnización a partir de la constatación de la existencia de un daño antijurídico y su correlativa imputación.

2.3. En efecto, el daño antijurídico como primer elemento configurativo de la responsabilidad extracontractual del Estado, constituye la lesión a uno o varios derechos, bienes o intereses jurídicos, que la persona no está obligada a soportar.

Así las cosas, el perjuicio se traduce en la delimitación, clasificación y cuantificación económica de los bienes jurídicos lesionados o trasgredidos, con miras a que se produzca su efectiva reparación integral.

2.4. Definido lo anterior, es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo cual se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que el mismo produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos?

Como se observa, existe toda una serie de cuestionamientos que el operador jurídico debe formularse, con el fin de establecer una posición sobre la materia, lo cual implica, a todas luces, un ejercicio hermenéutico e interpretativo a partir del

análisis de las normas constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado, para con fundamento en ello, arribar a las conclusiones que más consulten los parámetros efectivos de justicia material, en lo que concierne a la reparación integral.

2.5. En consecuencia, de acuerdo con el criterio jurídico que se asuma, se podrá definir en un determinado evento, si es posible indemnizar económicamente la lesión a varios derechos, bienes o intereses de la persona o, si por el contrario, se debe fijar una tipología del perjuicio inmaterial restringida, en donde a diferencia del daño moral, se permita la reparación de las demás consecuencias del hecho dañoso a través de una categoría genérica (v.gr. daño a la vida de relación) en la cual, se subsuman todos los bienes jurídicos de naturaleza inmaterial, diferentes al moral, y se permita así el resarcimiento del daño antijurídico.

2.6. En relación con lo anterior, debo reafirmar lo que desde el ámbito doctrinal he sostenido desde hace muchos años, en relación con la ductibilidad que le otorga el Consejo de Estado al concepto daño a la vida de relación, que le hace invadir esferas que son consecuencia de la lesión de otros bienes jurídicos, y que en una u otra forma, alteran las condiciones de quienes lo padecen, pues cualquier daño sin importar su naturaleza inexorablemente alterará el estado de cosas de quien lo sufre. De allí que, la configuración no sólo lingüística, que semánticamente delimita un marco conceptual, sino también desde el punto de vista estructural del daño a la vida de relación en sus fuentes doctrinaria y jurisprudencial apuntan a señalar que: “el concepto de daño a la vida de relación sólo tiene derecho de ciudadanía en el campo de la responsabilidad civil y concretamente en el área de las lesiones personales, las cuales no inciden únicamente en la capacidad laboral de la persona (Eje.: la pérdida de un miembro particularmente usado en la actividad propia del lesionado) sino que también disminuir al sujeto pasivo en su vida social, haciéndole penosas y difíciles sus relaciones con otras personas o el desenvolvimiento de actividades colaterales recreativas y voluntarias o aún trastornándole otras posibilidades importantes como la de contraer matrimonio, cultivar amistades, hablar en público, etc.”

En esa medida, en mi concepto, el daño a la vida de relación pertenece al campo del daño corporal, al daño biológico (fisiológico) en el entendido ya descrito, como quiera que las afectaciones a terceros diferentes al propio lesionado en su órbita psicofísica, pueden padecer perjuicios distintos tales como: i) la afectación al honor, a la honra o al buen nombre derivada de acusaciones calumniosas o injuriosas, ii) el daño sexual que puede ser reparado en forma simultánea con el perjuicio biológico siempre y cuando se den las condiciones para ello, iii) la

alteración a las condiciones de existencia por circunstancias que generan modificaciones en el entorno social o económico de la persona (v.gr. la indemnización a que tiene derecho el hijo póstumo, o la permanencia en determinados círculos sociales), iv) el perjuicio estético, siempre que el juez verifique que éste reviste una entidad de tal magnitud que desborde el marco del perjuicio biológico o fisiológico (v.gr. la cicatriz permanente que queda en el rostro de una modelo profesional), v) el dolor físico, en tanto no refleja la congoja o aflicción moral sino el padecimiento de intensos sufrimientos corporales (v.gr. la tortura, o una persona que sufre un accidente que inflige un dolor muy alto), vi) el daño existencial, reconocido en la actualidad en el derecho italiano, que puede estar relacionado, en determinados eventos con aspectos tales como la tranquilidad y la serenidad.

2.7. En ese orden de ideas, me aparto de la línea jurisprudencial trazada desde el año 2000, y que se ratifica en la actualidad, dirigida a concentrar, en un mismo concepto –denomínese daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia–, la reparación de los distintos bienes o intereses jurídicos, que se derivan del daño antijurídico⁸⁴

Sostiene entonces, que el Consejo de Estado incurre en una grave confusión, pues asimila y agrupa diversas clases de perjuicios, bajo una misma denominación, evitando con ello una real reparación integral de la víctima. Señala además, que el problema data de tiempo atrás, no solo en las sentencias 2007, a las que se ha hecho referencia en este escrito, si no desde el año 2000, cuando se asimilo, o mejor, se incluyo dentro del perjuicio denominado daño a la vida de relación, el perjuicio fisiológico, concluye Elizabeth Villa Mesa.⁸⁵

⁸⁴ C.E. Sec. III, aclaración de voto, sentencia de 1º de diciembre de dos mil ocho (2008) rad. 190012331000200300385-01

⁸⁵ Óp. Cit. Pág. 196

CAPITULO VI

Precisión preliminar

Hasta ahora hemos visto como se ha desarrollado y evolucionado el perjuicio fisiológico en Colombia, cuáles fueron sus mutaciones, claro advirtiendo algunas fuentes foráneas, como el caso de Francia con el origen del perjuicio fisiológico en su esencia pura, la influencia de Italia con su teoría del daño de la vida de relación y repite el país galo con las alteraciones de las condiciones de existencia.

En este acápite haremos un alto en el camino en cuanto al desarrollo nacional y miraremos los fundamentos y aspectos esenciales del perjuicio objeto de estudio.

1. Derecho comparado.

El nacimiento del perjuicio fisiológico y sus mutaciones, como se reseñó en acápites anteriores, no fue una creación reconocida en el mundo jurídico nacional, si no que el surgimiento del mismo data del derecho Francés y algunas variaciones que fueron adoptadas de la literatura o jurisprudencia italiana.

De esta manera y con el ánimo de conculcar el núcleo o esencia del perjuicio fisiológico estudiaremos el caso francés, y su aporte al cambio de las alteraciones de las condiciones de existencia, y después la fundamentación Italiana para su modificación al daño de la vida de relación, sin alejarnos de otras fuentes de derecho como es el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien en sus sentencias ha desarrollado el tema de las alteraciones de las condiciones de existencia.

1.1. Caso francés

Francia es uno de los países más influyentes en el sistema jurídico colombiano, ya sea en el derecho administrativo, en el sistema de responsabilidad civil, etc., afirmación que no es lejana, toda vez que autores como el Profesor Tamayo Jaramillo, Juan Carlos Henao, Enrique Gil Botero, citan a autores del país en mención para desarrollar sus obras.

Quizás de esta interacción académico-cultural, es que se aplican en nuestro país las tesis que en el momento predominan en el país galo, razón por la cual, sería una decisión dejar por fuera de la investigación al “padre” del perjuicio fisiológico.

Yves Chartier frente a la existencia del perjuicio fisiológico expresa:

“Así parece que la noción de incapacidad permanente parcial engloba dos ideas que pueden concluir a la reparación de dos perjuicios de naturaleza diferente, tal y conforme ya se ha dejado dicho, para la incapacidad temporal. De una parte la incapacidad permanente implica eventualmente un *perjuicio económico*, es decir, una disminución de ganancias presente o futura de la víctima. De otra parte, y esta vez necesariamente, un perjuicio fisiológico, resultante para la víctima de un atentado a su integridad física y a sus condiciones de existencia.”⁸⁶

Este perjuicio, no solo radica su esencia en la hipótesis de la integridad corporal, “inclusive, la resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha puesto a los países integrantes la introducción en los ordenamientos respectivos de una norma tendiente a indemnizar diferentes perturbaciones y desagrados tales como malestar, insomnios, un sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida, causados concretamente por la imposibilidad de entregarse a ciertas actividades agradables”⁸⁷

Continuando la exposición de **CHARTIER**, quien desarrolla la evolución del *perjudice d'agrément*, en su país escribe:

“Algunos autores han sugerido llamarlo, las exactamente, el perjuicio por desagrado. Como lo ha observado el señor GEORGE DURRY, esta indemnización “promete” el más bello porvenir: la explicación de esta evolución desemboca en la ley de diciembre 27 de 1973- lo que no significa entre otras cosas que la noción gane en simplicidad-, porque ella comporta al contrario no solo dificultades de terminología, sino de fondo.

Hasta esta reforma, los tribunales lo confundían con la incapacidad temporal o permanente. No lo indemnizaban, pues, especialmente, no so cuando era particularmente caracterizado por la pérdida para la víctima, de la facultad de beneficiarse de ciertos placeres de la vida, a condición de que esa víctima demostrase que antes del accidente ya se dedicaba a esas actividades placenteras. Prácticamente un fallo de la Corte de Apelaciones de París, del 25 de mayo de 1961 lo habían definido como “la privación de las satisfacciones diversas de orden

⁸⁶ CHARTIER. Y. La réparation du préjudice, Dalloz, Paris, 1996, citado por Tamayo Jaramillo J. *tratado de responsabilidad civil*, tomo II. Legis, Bogotá 2009.

⁸⁷ Ídem.

social, mundano y deportivo de los que está en derecho de disfrutar normalmente un hombre de la edad y de la cultura de la víctima”. La noción era, pues, estrecha, en el sentido de que, de una parte, tenía un matiz elitista- puesto que las actividades así definida son en principio el hecho de las clases más favorecidas de la sociedad- y en el sentido de que, de otra parte, implicaba una concepción un poco restrictiva del agrado de la vida.

Pero la jurisprudencia reciente ha extendido el concepto. Esa jurisprudencia ha sido entusiasmada por la Resolución 78-7 artículo 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que recomienda indemnizar diversas perturbaciones y desagradados tales como los malestares, el insomnio, un sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada concretamente por la imposibilidad de entregarse a ciertas actividades placenteras”

Frente a la posición reflejada por **CHARTIER** comenta el tratadista **TAMAYO JARAMILLO**:

“La Corte de Casación- dice CHARTIER- ha considerado que los jueces de fondo habían fundado legalmente su decisión desde el instante en que habían constatado que el estado de la víctima (solamente apta para pasar algunas horas durante el día en una silla de ruedas) la privaba de la casi totalidad de las actividades placenteras y de las distracciones reservadas a un hombre normal, y precisa que ese perjuicio es diferente a la pérdida de capacidad de trabajo.

Posteriormente, cuando CHARTIER clasifica los diferentes perjuicios extrapatrimoniales, incluye, además del prejudice d’agrement, el fisiológico, el sexual, el estético y el juvenil. Sin embargo, como lo han hecho notar algunos autores, todos estos perjuicios no son más que especies de prejudice d’agrement. En realidad, cada una de esas lesiones no hace más que caracterizar los diferentes placeres o actividades de las que puede verse privada la víctima. El mismo autor (refiriéndose a CHARTIER) cuando analiza el llamado de atención sobre esa confusión hace la jurisprudencia francesa, expresa:

“Es cierto que el prejudice d’agrement en una tal concepción superpone, e inclusive, se identifica con el perjuicio fisiológico. En consecuencia, es necesario que los tribunales vigilen, para no indemnizar dos veces el mismo daño bajo dos nombres diferentes”. ”⁸⁸

⁸⁸ Tamayo Jaramillo J. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II. Legis, Bogotá 2009.

A diferencia del caso colombiano, existe un compendio normativo que trata de regular lo concerniente a la reparación de las víctimas, en especial los daños extrapatrimoniales, en su vertiente corporal, pero insiste el tratadista galo, que el perjuicio fisiológico no puede ser confundido con el estético, el juvenil, entre otros, por ser estas modalidades del perjuicio de desagrado, conclusión que respetamos, pero no compartimos por cuanto son derechos y bienes tutelados indistintamente por la Constitución y la ley nacional.

La evolución francesa en cuanto al perjuicio patrimonial, siguió al punto de que la jurisprudencia gala reconoció como perjuicio autónomo la denominada alteración de las condiciones de existencia, noción que definida por el profesor CHAPUS como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos, que como precisa HENAO⁸⁹ es bastante utilizada por los fallos franceses.

Esta evolución es reseñada por el tratadista Juan Carlos Henao en su muy destacada obra EL DAÑO, por esa razón tomaremos sus definiciones y conceptos con el fin de presentar el desarrollo de este perjuicio en Francia.

“En primer lugar se debe anotar que la “alteración en las condiciones de existencia” se presenta a raíz del deceso de una persona cercana, pues la muerte puede alterar la vida familiar. El fallo consortes Vimart muestra como el juez se preocupa de indemnizar las alteraciones que se han producido a la vida familiar. El fallo Letisseand también permite comprobar que el juez ordena reparar “las alteraciones de toda naturaleza que la desaparición del jefe de familia crea en la vida familiar, especialmente en la educación de los tres menores hijos, o dicho por el fallo consortes Alonzo Hofman, la reparación por las alteraciones que causa “la desaparición del esposo padre” puede anotar que el fallo de la comuna de Plonisy retoma los mismos términos del fallo Letisserand, al afirmar que “ las alteraciones de toda naturaleza que la desaparición del jefe de familia crea en la vida familiar, especialmente para la educación de las tres hijas menores”

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, este perjuicio no solo se aplica a los casos en los cuales fallece un familiar, tiene aplicación en mismo, en los casos en que las alteraciones cambian el modelo de vida de una persona, en sus ámbitos relacionales, como en el fallo Pol, en el cual un juez condeno a indemnizar por las alteración de las condiciones de existencia que se presentan para un padre cuya hija quedo paralitica. Por supuesto si la enfermedad produce alteraciones en las condiciones de existencia a la

⁸⁹ Henao, J. (1998). El daño análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 252

persona directamente afectada el juez no duda en reconocer tal rubro del perjuicio, y ha llegado a sumas considerables, por ejemplo en el evento de la contaminación del sida.⁹⁰

1.2. Caso italiano

Como reseñamos en el contexto nacional, el desarrollo del perjuicio fisiológico, en el sistema jurídico italiano, no corresponde al propio, toda vez que en dicho sistema, se ha reconocido el daño a la vida de relación (aplicado en Colombia) que tiene su sustento en la tesis del daño biológico, con el fin de eludir la limitación contenida en el Código Civil Italiano, artículo 2059, de que el daño moral es resarcible únicamente en el caso de delito penal, el jurista italiano Guido Alpa, propuso la tesis de que el daño biológico o a la salud tenía autonomía e identidad propia respecto del daño moral y debía reconocerse en los procesos de responsabilidad civil. El citado artículo 2059⁹¹ establece que “el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley”; y tales casos se limitan a aquellos en que el daño tiene origen en un hecho de naturaleza delictual al tenor del artículo 185.2° del código penal italiano, expone **POSADA VELÁZQUEZ**.⁹²

El tribunal de Génova, tomando la tesis expuesta por Guido Alpa, tomando prestado de la medicina legal el concepto de daño biológico dio impulso al reconocimiento como daño extrapatrimonial autónomo e independiente del daño moral, al tenor del artículo 2043⁹³ del Código Civil italiano. Así entonces, el daño biológico en el fallo de la Corte de Casación italiana se creó para comprender todas las lesiones de integridad psicofísica y de la salud en el ámbito del daño no patrimonial.⁹⁴

Contrario a lo afirmado por la Corte de Casación, la Corte Constitucional en fallo 184 de 14 de julio de 1986 que declaró la exequibilidad del artículo 2059 del Código Civil optó por considerar que el daño biológico tiene carácter de patrimonial, citereó diferente del de la

⁹⁰ *Ibidem*

⁹¹ El citado artículo reza: Art. 2059 Danni non patrimoniali : Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).

⁹² Posada Vásquez J. *Responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Temis, Bogotá 2009

⁹³ **Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito**

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cód. Pen. 185).

⁹⁴ Paolo Emanuele Rozo Sordini, *El daño biológico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, págs.113 y ss. En Posada Vásquez J. *Responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Temis, Bogotá 2009

Corte de Casación, que lo ubica dentro de los daños extrapatrimoniales (fallo 130 de 1985)⁹⁵

Como en nuestro sistema, la pugna está viva, pues algunos sectores de la doctrina y del Consejo de Estado colombiano, creen en la autonomía del perjuicio fisiológico, y la mayoría de la doctrina y de jueces persisten en la subsunción del mencionado perjuicio en las alteraciones de las condiciones de existencia.

Finalmente hemos de destacar que si bien en cierto en Italia no hay paridad de criterios, lo cierto es que han tratado de reglamentar el reconocimiento de perjuicios diferentes al moral en una ley, que corresponde a la 57 del 5 de marzo de 2001, que regula el perjuicio biológico de la siguiente manera:

“El daño biológico es la lesión de la integridad, psicofísica de la persona, susceptible de comprobación médico-legal” “el daño biológico es resarcible independientemente de su incidencia sobre la capacidad de producir renta”⁹⁶

1.3. Caso Corte Interamericana de derechos Humanos. (Daño al proyecto de vida)

La jurisprudencia del Tribunal, no desarrolla directamente en tema del perjuicio fisiológico o el daño biológico, pero para referirse al proyecto de vida como un perjuicio a resarcir en el sistema interamericano de derechos humanos, toma como referencias las apreciaciones de las alteraciones de las condiciones de existencia, constituyéndose así, este pronunciamiento en un referente foráneo, digno de analizar.

Sobre este perjuicio, es preciso además señalar la perspectiva del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en la sentencia del 27 de septiembre de 1998 en el caso de María Elena Loayza Tamayo Vs. Ecuador, puntualiza lo siguiente en su voto parcialmente disidente⁹⁷:

“Como lo dice la sentencia, la cuestión del daño al proyecto de vida no tiene aun arraigo en la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, vale afirmar que no es del todo ajena a ellas. Tribunales judiciales de diversa naturaleza, en diferentes latitudes, se han ocupado ya de las alteraciones de las condiciones de existencia de

⁹⁵ Ídem

⁹⁶ Ibíd. Pág. 321

⁹⁷ Villa, E. (2009). La alteración de las condiciones de existencia en Colombia, *Responsabilidad Civil y del Estado*, 25, 185-200

la víctima como un tipo de daño que merece ser reparado y han evaluado esas condiciones, de alguna manera, en un sentido, dinámico, que involucra las perspectivas y proyectos de damnificado.

Continúa el Juez, realizando su exposición frente a los elementos del daño al proyecto de vida y su similitud en el caso del perjuicio denominado alteraciones de las condiciones de existencia:

“ las alteraciones de las condiciones de existencia pueden guardar relación con muy diversos hechos y circunstancias: con la muerte de un ser querido, con la invalidez propia o de una pariente inmediato, con la interrupción de la carrera profesional... bien entendidas las cosas, esas alteraciones no hacen relación, en cuanto formas específicas al daño, al sufrimiento o a la aflicción subjetivos de la víctima, que son indemnizados, como perjuicios morales, mediante el reconocimiento del pretium doloris. Las alteraciones de que se habla son modificaciones del entorno objetivo de la víctima y de la relación de ésta con aquel, que suelen prologarse en el tiempo mucho más allá del momento en que cesan la aflicción o la congoja ocasionadas por el hecho dañino, privando al damnificado de afectos, de satisfacciones o placeres que le permiten disfrutar la vida o la dotan de sentido. Estamos en rigor en el campo de una daño inmaterial, pero distinto del perjuicio moral (por eso la Corte hizo bien en tratar la cuestión del proyecto de vida, en el presente caso por separado del daño material y el daño moral).

Vale la pena, empero, hacer un par de advertencias, por vía general.

No toda modificación de las condiciones de existencia merece ser indemnizada. Debe tratarse de cambio s de mucha entidad, que trastocuen a fondo por ejemplo, el marco afectivo, espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunquen una evolución profesional que ha consumido grandes esfuerzos y empeños.

Por otra parte, al estimar la alteración de las aludidas condiciones de existencia y, más en particular, el daño al proyecto personal de vida, deben evitarse ciertos extremos, como creer que la victima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna. Este aspecto de la cuestión debe ser especialmente tenido en cuenta al momento de fijar, en equidad el monto de la respectiva indemnización ”⁹⁸

Siguiendo la línea conceptual, la misma Corporación haciendo referencia a la reparación integral del ser humano, desarrolla el concepto del daño al proyecto de vida, creando una

⁹⁸ Ídem

relación sinérgica entre el proyecto de vida y las alteraciones de las condiciones de existencia, así:

“12. Hay que reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones con el enfoque y el aporte propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De ahí la importancia que atribuimos al reconocimiento, en la presente sentencia de la Corte Interamericana, del daño al proyecto de vida de la víctima, como un primer paso en esa dirección y propósito. Si no hubiera una determinación de la ocurrencia del daño al proyecto de vida, cómo se lograría la restitutio in integrum como forma de reparación? Cómo se procedería a la rehabilitación de la víctima como forma de reparación? Cómo se afirmaría de modo convincente la garantía de no-repetición de los hechos lesivos en el marco de las reparaciones?”

13. No se podría dar respuesta a estas interrogantes sin determinar la ocurrencia de un daño al proyecto de vida y fijar sus consecuencias. Pensamos que estas consideraciones alcanzan mayor relieve en un caso paradigmático como el presente, en el que la víctima se encuentra viva y, por lo tanto, la restitutio in integrum, como forma par excellence de reparación, es posible.

14. Como las consecuencias jurídicas de las violaciones de las obligaciones convencionales de protección no han sido suficientemente examinadas o desarrolladas en la doctrina, hay que tener siempre presente un principio básico del derecho internacional en materia de reparaciones: los Estados tienen la obligación de hacer cesar aquellas violaciones y de remover sus consecuencias. De ahí la importancia de la restitutio in integrum, particularmente apta para este propósito, frente a las insuficiencias de las indemnizaciones.

15. Entendemos que el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino. Así lo ha conceptualizado correctamente la Corte en la presente Sentencia, al advertir que "difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte".

16. El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. El daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia.

Cuando esto ocurre, un perjuicio es causado a lo más íntimo del ser humano: tratase de un daño dotado de autonomía propia, que afecta el sentido espiritual de la vida.

17. *Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad. La presente Sentencia de reparaciones en el caso Loayza Tamayo, al reconocer la existencia del daño al proyecto de vida vinculado a la satisfacción, entre otras medidas de reparación, da un paso acertado y alentador en esta dirección, que, confiamos, será objeto de mayor desarrollo jurisprudencial en el futuro”⁹⁹.*

1.3. Caso España.

Presenta España una particularidad, no se habla en el sistema jurídico de daño fisiológico, alteración de las condiciones de existencia o daño a la vida de relación. Se indemniza el daño moral y se acrecienta el sector de la doctrina que presenta como nuevo perjuicio inmaterial el daño corporal o biológico.

La valoración del daño corporal constituye un gravísimo problema en la práctica, pues la discrecional apreciación por parte del juez de los daños sufridos, y de la suma de dinero con la que deben ser indemnizados, supone, de un lado, una necesidad: la de atender las particularidades del caso concreto, tan diferentes en cada asunto, pero, de otra parte, se hace imprescindible un mínimo de homogeneidad (no uniformidad), pues de otro modo se pueden conceder (y de hecho se conceden) indemnizaciones pecuniarias de cuantía muy distante en situaciones muy parecidas entre sí. Y esto último hace que padezca la seguridad jurídica (la certeza del derecho) y que se estimule la litigiosidad y se hagan muy difíciles los arreglos amistosos entre el causante del daño (o su compañía de seguros) y la víctima del mismo.¹⁰⁰

YAGUEZ, al referirse a la reparación del daño corporal señala:

“[D]e lo que se trata es de indemnizar a la víctima de una atentado a su integridad física”¹⁰¹. En efecto, la víctima de una lesión corporal sufre un quebranto cuyo

⁹⁹ Voto razonado conjunto de los jueces a.a. cançado trindade y a. abreu Burelli caso Loayza Tamayo versus Perú

¹⁰⁰ Yaguez Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Editorial CIVITAS, Madrid 1993. Pág. 692

¹⁰¹ Ob. Cit. Pág. 298

resarcimiento consiste en atribuir el dolor físico o psíquico un <precio> económico, la denominada pecunia doloris o también llamado doloris pretium”

Clara es la posición del tratadista español, pues en definitiva, no existe cabida para otros perjuicios por la dificultad en su deslinde, es decir, es crear con exactitud meridiana una definición que no comprometa principios como la seguridad jurídica, la equidad entre otros; afirma el tratadista:

“La reparación del daño corporal implica, como decíamos antes, el establecimiento por parte del juez (salvo acuerdo o arreglo amistoso entre las partes) de un resarcimiento que en estos casos no puede ser, por definición, en forma específica, sino que consiste en una estimación económica de los bienes inmateriales de que la víctima se ha visto o se verá temporalmente o permanentemente privada. Cuando se trata del que hemos denominado daño corporal en sentido estricto, la única indemnización posible a favor de la víctima (en la más amplia acepción de lo que se supone <dejarle indemne>) será la de hacerle entrega de una suma de dinero que le procure una satisfacción razonable en la relación con el dolor moral sufrido por ella.

Con la advertencia, desde luego, de que si quiera en este último caso es posible hablar de conceptos puros, pues no cabe duda de que cuando se valora la pérdida de un miembro, por ejemplo, en la correspondiente estimación pecuniaria tienden a mezclarse, inevitablemente, de reparación de carácter moral estricto (resarcimiento del daño estético y de la pérdida de ciertas facultades que la amputación ocasiona) con otros que traducen quebranto patrimonial, como podría ser- siguiendo el ejemplo- el de la pérdida de un empleo para el que el miembro amputado era imprescindible.¹⁰²

Concluimos entonces, partiendo de la tesis del tratadista **YAGUEZ**, difícilmente se romperá la brecha entre el daño moral y el daño biológico o corporal, imperando entonces en el sistema jurídico español, la exclusividad del daño moral como perjuicio inmaterial.

¹⁰² Ídem

CAPITULO VII

CONCLUSIONES.

El sistema jurídico Colombiano, en cuanto a tipología del perjuicio, ha sido permeado por la cultura de muchos países, entre ellos, Francia como pionero, seguido por la doctrina Italiana, quienes no solo han creado tesis aceptadas y aplicadas por el Consejo de Estado, en cuanto a reparación de daños inmateriales, sino también en los materiales, como el daño emergente y lucro cesante.

Ya entrando en materia, es decir de la evolución del perjuicio fisiológico, es claro que la tesis internacionales se reflejan claramente, puesto que se inicia con la creación francesa del perjuicio fisiológico o *prejudice d'agrement*, de fuerte aplicación desde el año de 1993 hasta aproximadamente años 1999 a 2000.

Posterior a ese lapso, el Consejo de Estado, toma el modelo de italiano que consagra el daño a la vida de relación como un perjuicio autónomo del moral, que se sitúa en el campo de lo corporal, abandonando el fisiológico de origen galo.

Pero como se ha dicho en el transcurso del trabajo, la jurisprudencia nacional es supremamente variante, de tal forma que en plena vigencia del daño a la vida de relación, es decir años 2000, aparecía en el mundo jurídico, las primeras manifestaciones del nuevo y predominante perjuicio denominado alteraciones de las condiciones de existencia.

Pero el asunto crucial, no radica en el cambio del *nomen iuris*, pues el cambio de denominación acarrea un cambio en su esencia, que se refleja en la reparación de un bien jurídicamente protegido, razón por la que estas modificaciones son aisladoras y olvidan principios de tipo constitucional y de creación supranacional como la reparación integral tantas veces explicadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Continuando con los cambios y sus efectos, en la actualidad no existe con nombre propio un perjuicio de los desarrollados por la Jurisprudencia del Consejo de Estado que resarza la pérdida o afectación de un órgano o parte del ser humano, es decir, de su integridad fisiológica. Esa integridad que en nuestro concepto reparaba el daño fisiológico, está supuestamente subsumida por el perjuicio de las alteraciones de las condiciones de existencia, olvidando el sustento doctrinal que dio vida al perjuicio fisiológico, es más, el daño a la vida de relación, en su versión italiana, proviene del daño corporal, entendido este como todas las afectaciones físico-somáticas que afecta a una persona.

Todos los argumentos que ha expresado en Consejo de Estado, para la creación de diferentes perjuicio, han sido resumidos en ¡un nuevo perjuicio!, el de **las alteraciones de las condiciones de existencia**, que como indico la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guarda fuerte vinculo con la partes espiritual, familiar de la víctima, y demás elementos del entorno del ser humano, pero hemos de preguntarnos ¿ esta definición alcanza a cubrir el padecimiento, la frustración de un ser humano que tenia integro su cuerpo y que por una acción u omisión del Estado, pierde su brazo, su pierna, su ojo, su órgano reproductor? El perjuicio de las alteraciones de las condiciones de existencia, abarca todos estos elementos?

Seguramente las respuesta seria un **NO**, porque de ser así, no hubiera sido objeto de críticas por parte de tratadistas y Consejeros como el Dr. Enrique Gil Botero, o donde quedarían los elementos estructurales del daño biológico o corporal del sistema Italiano y que tímidamente ha explorado el Sistema Español.

Por ello nos declaramos apáticos de la situación actual del perjuicio fisiológico, que se encuentran supuestamente inmerso en las alteraciones de las condiciones de las condiciones de existencia.

Concluimos finalmente que el perjuicio fisiológico se encuentra en olvido, aunque, aclaraciones de voto como las presentadas por el Consejero Enrique Gil Botero, son un aliciente para los que creemos que el daño que sufre una persona sobre su integridad corporal debe ser reparado, puesto que el ser humano es un todo y no tiene que verse relegado a vivir y convivir en situaciones de inferioridad, porque son situaciones distintas, la de vivir con la acongoja, y limitaciones que representa para un ser humano la falta de algún elemento que integra su cuerpo, y las repercusiones de padecer afectaciones sobre los mismos, es decir, limitaciones en su desarrollo motriz, recreacional, reproductivo, etc., situaciones que tienen marcada incidencia en la capacidad de socializarse con terceros, familiares y en general con seres humanos.

CAPITULO VIII

NUESTRA PROPUESTA

Teniendo en cuenta que lamentablemente la conclusión final de la investigación, es que el perjuicio fisiológico esta en olvido, a pesar de las manifestaciones como las del profesor y Consejero de Estado Dr. Enrique Gil Botero y los aportes conceptuales realizados por el escritor Jesús Alberto Buitrago Duque, frente al deber del juez nacional de reconocer el daño caporal como un componente del daño inmaterial, la jurisprudencia propia, se ha centrado en discusiones respecto al nomen iuris del perjuicio fisiológico dejando a un lado lo que en esencia trato de indemnizar el mencionado perjuicio.

Nótese, como en países como Italia, el daño corporal es un ítem mas, tenido en la cuenta de los jueces y magistrados al momento de tazar la indemnización, elemento que es referente no solo en el país europeo si no también en Perú, como bien lo indica el profesor Carlos Fernández Sessarego.

Trazando estos lineamientos conceptuales, debemos proponer a la comunidad académica, juristas jueces y magistrados, el surgimiento en nuestro sistema de reparación de un perjuicio fisiológico nuevo, que su esencia sea la de resarcir afectaciones al biológicas, anatómicas o corporales que sufra la victima del hecho dañoso. Este propuesta si bien es cierto no es novedosa, por los referentes a los que hemos hecho alusión, se pretende es solidificar un perjuicio que devine del primigenio perjuicio fisiológico, no es una mutación mas del mismo, tampoco una reconstrucción, es la declaratoria de independecia de una premisa jurídica, con sustentos y alternativas nuevas.

En principio el perjuicio fisiológico hallaba su razón en las afectaciones físicas, corporales, y debido a los “avances” fue variando en su norte y finalmente vario su esencia. Por ello, insistimos una vez más, debemos rescatar el perjuicio o llevarlo a una evolución tal que se

libere de sus acepciones como el daño de la vida de relación o alteraciones de las condiciones de existencia.

El profesor Carlos Fernández Sessarego¹⁰³ en su publicación **“HACIA UNA NUEVA SISTEMATIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA”**¹⁰⁴ expone frente a la independencia de este nuevo concepto de perjuicio en su país:

“En resumen, si se atiende a la calidad ontológica del ente afectado por el daño, éste puede ser considerado ya sea como daño subjetivo o daño a la persona o como daño objetivo o daño a las cosas.

La segunda clasificación, que se sustenta en los efectos del daño, nos permite distinguir dos tipos de daños. De un lado podemos referirnos a los daños extra personales o patrimoniales, que son los que tienen consecuencias apreciables en dinero y, del otro, cabe aludir a los daños personales o extrapatrimoniales o no patrimoniales, los mismos cuyos efectos no pueden traducirse en dinero.

Es de advertir, como es obvio, que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas, pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos tipos de consecuencias. Ello dependerá, como es obvio, de la posibilidad o no de valorizar en dinero tales consecuencias “

Continua el autor *“El daño sobre la esfera sicosomática puede desglosarse, tanto para fines didácticos como para una eficaz indemnización, en "daño biológico" y "daño a la salud". El primero de ellos está constituido por la lesión, considerada en sí misma, inferida a la persona víctima del daño. El segundo se refiere a las inevitables repercusiones de dicha lesión en la salud del sujeto.*

¹⁰³ Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima (Perú)

¹⁰⁴ Artículo publicado en “cuadernos de derecho No. 3 en el marco del I Congreso Nacional de Derecho Civil Y comercial Lima Junio de 2000

El daño a la salud es de tal amplitud que abarca el estado de bienestar integral de la persona. Comprende, por tanto, las normales actividades del sujeto, sean ellas ordinarias, laborales, recreacionales, sexuales, de relación social, entre otras.

El daño biológico alude a la lesión en sí misma, provocada sobre algún aspecto de la esfera sicosomática del sujeto, que afecta la normal eficiencia sicosomática de la persona y se evidencia en los actos de la cotidianidad. El daño biológico representa lo que podríamos designar como la vertiente estática del daño sicosomática mientras que el daño a la salud significa, en cambio, la vertiente dinámica del mismo.

El daño biológico, en tanto el ser humano es una inescindible unidad sicosomática, trae como inmediata y automática consecuencia la afectación, en diverso grado e intensidad, de la salud del sujeto. Es decir, de su estado de bienestar integral.

En el daño biológico se agrede la integridad somática de la persona, de modo directo e inmediato, causándole heridas, fracturas, lesiones. Las consecuencias de una acción contra el cuerpo resultan generalmente visibles, elocuentes y son diagnosticadas por un médico legista, el mismo que hace un pronóstico de las mismas. En cambio, una lesión síquica, como es obvio, es más difícil de precisar. Ella puede ser producida como secuela de una previa agresión somática o es también posible que se presente inicialmente desvinculada de dicha agresión.

El daño que compromete la esfera síquica puede incidir preferentemente en algunas de las manifestaciones en las que teóricamente solemos descomponerla, es decir, en lo atinente a la inteligencia, a los sentimientos o a la voluntad. El daño a la salud compromete, por lo tanto, el entero "modo de ser" de la persona. Significa un déficit en lo que concierne al estado de bienestar integral de la persona.

La lesión, que constituye el daño biológico, por su carácter especial debe ser apreciada necesariamente por el médico forense, quien determinará su magnitud y precisará sus características. El daño a la salud, en cuanto comprende el estado de bienestar integral del sujeto, debe ser global y normalmente evaluado por el juez sobre la base de los informes

técnicos proporcionados por los médicos que dictaminaron sobre la entidad y los alcances de la lesión inferida.

Por lo expuesto, el daño biológico, en tanto vertiente estática del daño a la persona, y el daño a la salud, en cuanto a la dimensión dinámica del mismo, constituyen solamente dos aspectos de una misma realidad. De ahí que sólo puedan ser teóricamente distinguibles para los efectos de su debida evaluación y ulterior indemnización.” (Se subraya)

Refleja lo anterior, que en el sistema jurídico Peruano, se resarce el daño biológico como aquella afección meramente al cuerpo humano, a sus órganos y obviamente a las funciones.

Analizados los elementos propios del perjuicio fisiológico, insistimos en su acepción inicial, en donde su elemento principal era la afectación al componente físico del ser humano, guarda fuerte similitudes con el perjuicio biológico pregonado por parte de la doctrina Italiana y la peruana.

La propuesta se sintetiza, como se vislumbraba en inicios de este capítulo, en el reavivamiento del perjuicio fisiológico, entendido este como aquella perturbación a la fisiología del ser humano, sin importar las limitaciones sociales que ella implique, toda vez que el patrimonio del ser humano no solo se puede medir desde la perspectiva social, si no del sentimiento personal, del yo interior.

Es una crítica que se presenta respecto de la idea de ser procedente la reparación de este tipo de perjuicio siempre y cuando privara al afectado de ejercer o realizar actividad placentera alguna, dejando a la deriva el sentimiento personal, la limitación física a la que se ve sometida el ser humano, simplemente por carecer o ver perturbada una función del cuerpo humano. Pensemos en el caso de la persona que por culpa de un conductor irresponsable queda cuadripléjico, notablemente su capacidad de relación con terceros es papable, pero porque no resarcir la limitación física, biológica de sujeto, la posibilidad de caminar, de leer, de hablar, que son cosas que todas las personas realizamos, de la cual sacamos provecho ya sea individual o socialmente.

La legislación penal, es un claro ejemplo de la propuesta que hoy presentamos como resultado de la investigación, aclarando que es paralela a las conclusiones, veamos;

En capítulo tercero, denominado *DE LAS LESIONES PERSONALES*, el artículo 111 indica:

“El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes” (Bastardillas y subrayado fuera de texto)

Como podemos ver, se sanciona al civil que afecte en el cuerpo o en la salud, sin que implique este daño una afectación a las funciones que generen placer o que faciliten la vida.

Siguiendo el análisis del Código de la Penas, tenemos que según la afectación y sus resultados será la pena:

“ARTÍCULO 112- Incapacidad para trabajar o enfermedad. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años.

Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si pasare de noventa (90) días, la pena será de dos (2) a cinco (5) años de prisión y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 113 - Deformidad. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

ARTÍCULO 114 - Perturbación funcional.- Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de tres (3) a ocho (8) años de prisión y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 115 - Perturbación psíquica. Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de tres (3) a nueve (9) años de prisión y multa de veintisiete (27) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 116 - Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro. Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de seis (6) a diez (10) años de prisión y multa de veinticinco (25) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro.”

Como podemos ver, dependiendo de la gravedad de la lesión, sus efectos y resultados, se incrementa la pena, razón por lo cual, podemos concluir que si la legislación penal protege la integridad del ser humano, sin detenerse en mirar las calidades de la víctima y las limitaciones que causan estas, mal podría el juez civil o contenciosos administrativo en alejarse de estos parámetros normativos, máxime cuando hoy por hoy se vela por la reparación integral del ser humano, en su patrimonio intangible y material.

Para materializar la hipótesis plantearé el siguiente ejemplo, en donde resaltaremos los elementos integrantes del nuevo perjuicio, que atendiendo a la doctrina francesa denominaremos PERJUICIO FISIOLÓGICO o a la Italiana DAÑO BIOLÓGICO.

A es una persona que caracterizamos común y corriente, trabajador independiente, como ingresos aproximados a 2 SMMLV, con una familia conformada por 2 hijos y su esposa. Sin actividades diferentes a la de compartir su tiempo libre con sus hijos, realizar actividades físicas, tales como jugar fútbol, trotar, etc. Un día caminando por la vía pública, es impactado por un vehículo oficial, causándole la pérdida de sus miembros inferiores, y perturbación de su función renal, urinaria y de reproducción.

Atendiendo a los criterios actuales del Consejo de Estado, claramente se vería un perjuicio moral, de la familia y claro de la víctima directa, unas alteraciones de las condiciones de existencia extensiva a la familia, pues por lógica común, la vida de estos cambiaría sustancialmente, pero en porque no reparar la pérdida, la afectación al sufrida por el señor A, de su organismo, de su cuerpo, pues nótese que perdió sus piernas, se vio afectada su función renal y reproductiva, todos estas afectaciones superan la barrera de la capacidad de interrelación social y vulnera claramente el bien jurídicamente tutelado de su integridad física, recordemos lo expresado por la legislación penal “*El que cause a otro daño en el cuerpo...*”. Deviene de lo anterior una obvia conclusión y es que el legislador si protege la integridad física, independientemente se vea afectada la capacidad de interrelación social, o comunitaria, es la simple idea de un ser compuesto por organismos, miembros, y por ello resulta obligatorio incluir en el sistema de reparación el perjuicio fisiológico o biológico como un nuevo perjuicio.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri A. (1983). De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda.

Buitrago, J. (2009). Daño corporal, biológico, fisiológico o a la salud, *Responsabilidad civil y del Estado*, 26, 121-155

Cabanellas G. (1994) Diccionario enciclopédico de derecho usual (23° edición). Argentina: Editorial Heliasta.

Henao, J. (1998). El daño análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Navia, R. (2000). Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real? .Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pérez A. (1957). Teoría General de las obligaciones. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Tamayo, J. (1996). De la responsabilidad civil (2ª reimpresión). Bogotá: Temis

Tamayo, J. (2009). De la responsabilidad civil (3ª reimpresión). Bogotá: Temis

Velásquez, O. (2004). Del daño moral y el perjuicio a la vida de relación hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales, *Responsabilidad Civil y del Estado*, 16, 63-96.

Villa, E. (2009). La alteración de las condiciones de existencia en Colombia, *Responsabilidad Civil y del Estado*, 25, 185-200

- **JURISPRUDENCIA**

- **Corte Suprema de Justicia**

Corte Suprema de justicia. Sentencia, 5 noviembre 1942

Corte Suprema de Justicia, fallo de 8 de octubre de 1975, Magistrado Héctor Roas Gómez

Corte Suprema de Justicia, sentencia de mayo 7 de 1968, la Magistrado Héctor Roas Gómez

- **Consejo de Estado.**

Consejo de Estado. Secc. III, MP. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, 6 de mayo de 1993 exp. 7428

CE Sec. III, sentencia 27 de septiembre de 1997, exp. 10.421

Consejo de Estado. Sección III, Sent. 6 de julio de 1998

Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, expediente 11.652. Actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros

Consejo de Estado. Sec. III, exp. 11842

CE. Sec. III 12 sentencia de 6 septiembre de 2001 exp. 13.474

CE. Sec. III Sent. 21 de febrero de 2002 C.P.: Alier Eduardo Hernández exp. 5615

Consejero Alier Eduardo Hernández en sentencia de 21 de febrero de 2002 exp.

CE. Sec. III, MP. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, exp.15791

CE. Sec. III M.P. Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ exp. 12287

CE. Sec. III 12 sentencia de diciembre de 2005 rad. No. 73001-23-31-000-1995-02809-01(13558)

Consejo de Estado, Sección III C.P.: Alier Eduardo Hernández exp. 13232-15646

CE. Sec III. Sentencia de 15 de agosto de 2007. MP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, exp.

190012331000200300385-01

C.E. Sec. III. Sentencia de 18 de octubre de 2007. MP. Dr. Enrique Gil Botero, rad. 25000-23-27-000-2001-00029-01

C.E. Sec III, sentencia de 4 de junio de 2008 MP. Dra. Myriam Guerrero De Escobar, exp. 15657

C.E. Sec. III. Sentencia de 2 de septiembre de 2009, MP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, rad. 05001-23-31-000-1995-01547-01(17827)

- Corte Interamericana de Derecho Humano

Sentencia de 27 de noviembre de 1998 caso Loayza Tamayo versus Perú

TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO INMATERIAL FISIOLÓGICO, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO ¿ UN PERJUICIO EN OLVIDO O EN EVOLUCIÓN?

RUBÉN DARÍO VALBUENA GARZÓN

Código: 2005101562

Programa: Derecho

Facultad: Derecho

Director: Dr. José Joaquín Cuervo Polania

CONTENIDO

- ✘ Introducción
- ✘ Tipología del perjuicio en el sistema Colombiano
- ✘ Clasificación de perjuicios
- ✘ Desarrollo del perjuicio fisiológico
- ✘ Derecho comparado
- ✘ Conclusiones
- ✘ Propuesta investigativa.

TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO

- ✘ Daño: En sentido amplio, toda suerte de mal, sea material o moral, como proceder tal suele afectar a distintas cosas o personas, o diferentes maneras, es habitual también el empleo pluralizado: daños (v) || Mas particularmente, el deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en propia persona o bienes. (Cabanellas)
- ✘ “Perjuicio. Genéricamente, mal || lesión moral || Daño en los interés patrimoniales || Deterioro || Detrimento || Perdida || En sentido estricto, la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que origina un acción u omisión ajena, culpable o dolosa; a diferencia del daño (v.), o mal efectivamente causado en los bienes existentes y que debe ser reparado.
- ✘ El tratadista Fernando Hinestrosa define él mismo como “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”
- ✘ Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial. Ese daño es indemnizables cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima. (Tamayo Jaramillo)

DAÑO ANTIJURIDICO

- ✘ “El daño, en “su sentido natural y obvio“, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien“, “...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc....” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.” Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”

CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO

- × **Certidumbre del daño:** *“La certeza, considerada como uno de los estados de la mente en la que se tiene algo, como verdadero o real es la condición necesaria para toda sentencia judicial, el juez ha de llegar por medio del acervo probatorio (indicios, testimonios, presunciones, confesiones, inspecciones judiciales, peritazgos, etc.) a la convicción o certeza de que el daño existió o existirá” (Obdulio Vásquez)*
- × **Carácter personal del daño:** El carácter personal del daño, toma poca relevancia, pues existe la oportunidad que personas diferente al agente dañado, soliciten reparación o indirectamente se causen a terceros afectaciones patrimoniales o extrapatrimoniales, por el hecho generador del perjuicio.
- × **Ilícitud o antijuridicidad del daño:** el daño tiene que afectar un bien jurídicamente protegido, y que no exista justificación alguna, para causarlo.

CLASIFICACIÓN DEL DAÑO

- ✘ Daños materiales: consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener. (Ricardo Ángel)
- ✘ “Art. 1613: la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el incumplimiento. ...”

- Daño emergente
- Lucro cesante

DAÑO EMERGENTE

× Definición legal

- Art. 1614: Entiéndase por *daño emergente* el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento...”

× Jurisprudencial

“(...) El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que haya sido menester o que en el futuro sean necesario y el advenimiento de pasivo, causado por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad (...)” Corte Suprema de Justicia Sent. Mayo 7 de 1968.

LUCRO CESANTE

- × Definición legal

lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardando su cumplimiento”

- × Definición Jurisprudencial

“Lucro o logro, del latín *lucrum*, encierra la idea de provecho, ganancia o utilidad. *Lucrarse* de una cosa es sacarle todo provecho que ella es susceptible de dar. De una actividad se dice que es *lucrativa* cuando produce rendimiento a quien la ejercita. Y como estos, en lo ordinario, se estiman en dinero, ha resultado que en el comercio y en la industria la idea del lucro se confunde con la del interés que produce el capital.”

Sala de Negocios, en sentencia del 3 de agosto de 1949 LXVI, 589, expreso:

TESIS DEL PROFESOR TAMAYO JARAMILLO

- ✘ El profesor Tamayo Jaramillo, ha desarrollado la idea, de que el lucro cesante va mas allá de todo provecho que dejo de reportarse, según lo indica el artículo 1615 del Código Civil.
- ✘ Aduce el tratadista “El provecho que obtenía el propietario al desplazarse en su vehículo es, sin duda, un beneficio amparado por la ley y que es susceptible de una valoración económica”

CRITICA DE LA TESIS DEL PROFESOR TAMAYO JARAMILLO

- ✘ El lucro nace de la imposibilidad de goce o disponibilidad, ello a nuestro juicio, no encaja en la tipificación del lucro cesante, es más bien un ítem, que debería agregarse al perjuicio moral o en su defecto al daño emergente, dependiendo el caso, o recurriendo a la doctrina foránea a la pérdida de la oportunidad o del chance, como lo manifiesta el tratadista Francios Chabas, pero no como un daño material, ya que trasciende de la esencia del mismo, de las características particularísimas del perjuicio material.
- ✘ Posición del consejo de Estado
“Todo lo anterior sin perjuicio que el demandante víctima del daño acredite un perjuicio de mayor valor por tal concepto, v.gr, porque ha sido privado del uso y goce de un vehículo automotor de determinadas características, porque se desplazaba habitualmente y cómodamente a otras ciudades; en ultimas, acreditando un perjuicio de mayor valor que el mero interés comercial que produciría la suma de dinero- bien de capital,”

-
- ✘ Daños extrapatrimoniales: Fuera de los bienes patrimoniales, los individuos poseen otros de carácter extrapatrimonial que son garantizados por la Constitución y por las leyes penales y civiles. Entre esos bienes extrapatrimoniales podemos contar la tranquilidad, la libertad, la honra, la buena imagen y el buen nombre, precisa Javier Tamayo Jaramillo Tamayo Jaramillo Javier óp. Cit. edición 1996.
 - ✘ Caso Villaveces (fallo de 21 de julio de 1922)
 - ✘ Reconocidos:
 - Daño moral
 - Alteraciones de las condiciones de existencia(fisiológicos o daño en la vida de relación)

DAÑOS MORALES O PRETIUM DOLORIS

- ✘ “El daño moral es la lesión al patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva de él, los afectos, el amor en la familia, y la parte social, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales
- ✘ Deviene su reparación en la interpretación del artículo 2341 del C.C.

CASO VILLAVECES

- ✘ “ Don León de Villaveces, representado por el ilustre jurisconsulto y notable internacionalista Julián Restrepo Hernández, entablo una demanda contra el municipio de Bogotá, para que se le condenara a devolver los restos de su esposa, doña Emilia Santamaría, el ataúd donde reposaban y la bóveda y se le indemnizara todos los perjuicios que se le causaron como consecuencia de la negligencia de los empleados del municipio, consistente en que, sin autorización, esos restos se exhumaron y depositaron en una fosa común, El Tribunal de Bogotá absolvió al municipio argumentando que, si bien habían lesionado los sentimientos y afectos del señor Villaveces, este no había demostrado perjuicios morales indirectos. Inconforme con la decisión, el actor interpuso el recurso de casación, alegando que el Tribunal, al restringir la indemnización solo a los perjuicios patrimoniales, había violado los artículos 1494, 2341, 2356 del Código Civil, que hablan de indemnizar todos los perjuicios, no solo los patrimoniales. La corte le dio la razón al recurrente...”

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVADOS

- ✘ La Corte Suprema de Justicia definió "Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada y determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.
- ✘ El daño moral es la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva a él, los afectos, el amor en la familia, y la parte social, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales

DAÑO MORAL OBJETIVADO

- ✘ El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio, por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decir lo propio del daño moral no objetivado.
- ✘ Abolición del perjuicio moral objetivado

“se observa sin embargo, que los perjuicios materiales por lucro cesante quedan comprendidos los morales objetivados que corresponden a la merma de la capacidad de producción económica del lesionado, con origen en la pena síquica que debió producirle el daño físico que sufrió” CSJ. Sentencia de diciembre 13 de 1943

ACTUALIDAD DEL PERJUICIO MORAL

- ✘ Fijación de topes de indemnización

Consejo de Estado ha reconocido cifras superiores a los 100 S.M.L.V, sentencia del 7 de septiembre de 2001, con radicado 13.232.15.646 lo siguiente " Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que se cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

- ✘ Reconocimiento a terceros

Reconocimiento de los perjuicios inmateriales a las personas que no son parientes de la víctima y también a los denominados hijos de crianza Consejo de Estado Sección Tercera de 26 de marzo de 2008 exp. 18846

- ✘ Reconocimiento oficioso

Si bien no existen en el proceso pruebas directas sobre la causación de daños morales a los actores, por presunción de hombre, las reglas de la experiencia indican que la imposición y ejecución de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si se tiene en cuenta que es injusta, sumado al hecho de que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional, indiscutiblemente producen en el sujeto pasivo afectado con la medida un daño moral, por ser evidente que la internación de una persona en un centro carcelario de suyo genera angustia y sufrimiento moral, pues, como es apenas natural y obvio, por regla general ese tipo de hechos no son precisamente fuente de alegría, gozo o regocijo espiritual C.E. Sec. III, sentencia de 14 de Marzo de 2002, MP. Dr. Consejero ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, radicado: Radicación No. 25000-23-26-000-1993-9097-01 (12076)

PERJUICIO FISIOLÓGICO-ANTECEDENTES

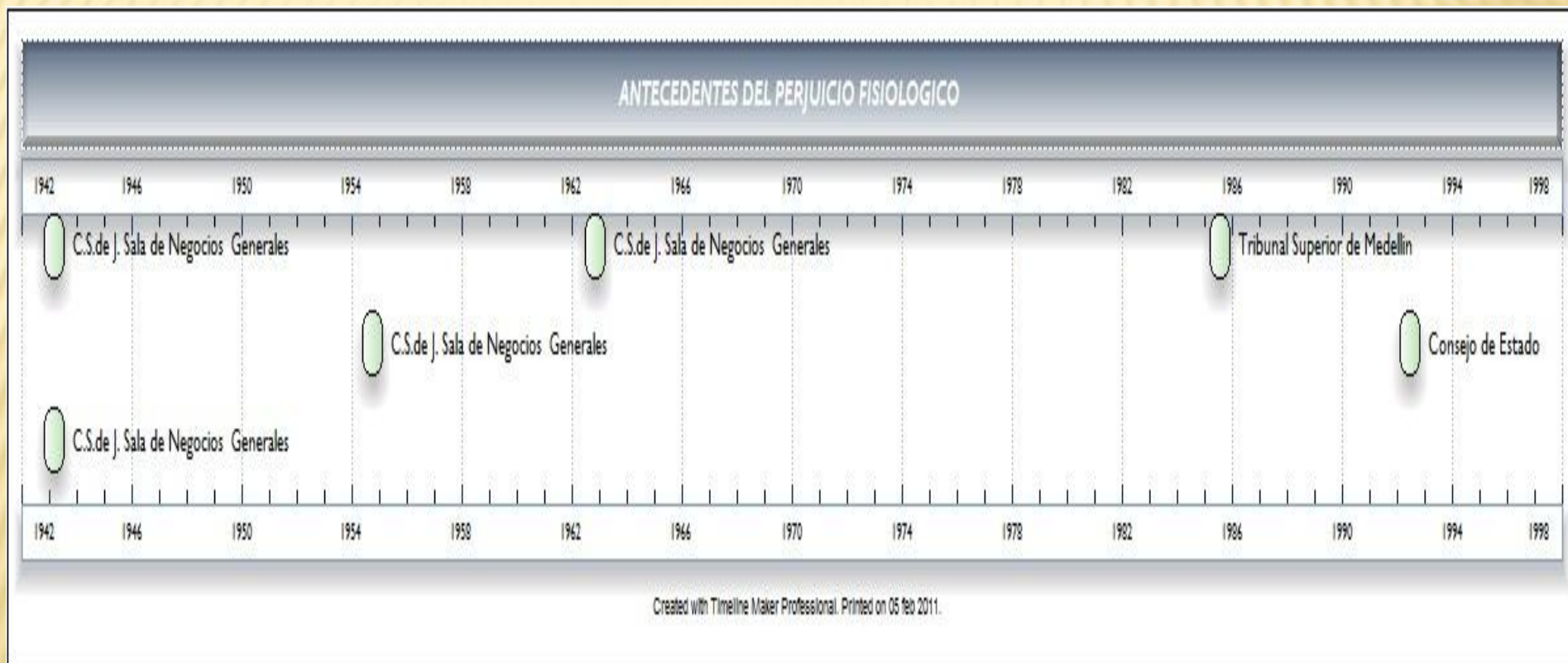
- ✘ *Sala de Negocios Generales (5 noviembre 1942): "Algunas veces ese daño moral permanece en el orden subjetivo, lesionando o quebrantando aquellos intereses morales. En otros casos la lesión llega a materializarse por sus manifestaciones exteriores. Esa objetivación del daño moral, en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal jurídica, constituye daño moral y no material, porque el perjuicio moral se forma por la afectación de los intereses no económicos ya enunciados, aunque la lesión tenga manifestaciones objetivas. De acuerdo con este principio, es daño moral objetivado la enfermedad proveniente de un ataque al sentimiento de afectación y la depresión síquica, con el mismo origen, que produce inhibición para el trabajo, y que consecuentemente se refleja en el patrimonio material".*

Con ello quiere decir la Corte que si la angustia o el dolor físico le impiden a la víctima continuar trabajando, nos hallaríamos frente al daño moral objetivado. Hasta allí no habría mayor problema, si la incapacidad laboral proviniera únicamente del daño moral. Sin embargo, como lo dijimos anteriormente, **fueron también lesiones corporales las que mermaron toda capacidad laboral a la víctima.**

- ✘ *Corte Suprema de Justicia en fallo de 3 de noviembre de 1942 : El daño moral irrogado al señor Miranda es incuestionable. En el presente caso ese daño se presenta con entidad propia y autónoma de los daños propiamente materiales u objetivados, como quiera que consiste sustancialmente en la depresión síquica a que estará en adelante sometido siempre por causa de las cicatrices visibles de la cara, que le deforman el rostro; y más aún por causa de la incapacidad relativa pero permanente de la mano derecha, que le ha mermado su integridad física, de hombre sano y robusto, que le servía y él aprovechaba en actividades atléticas. Lo cual naturalmente constituye en el señor Miranda, causa de preocupación y de pesar en su ser interior*

- × Tribunal de Medellín en sentencia del 22 de mayo de 1985: Pero viene también hablando la doctrina de un daño moral que se presenta como **perjuicio fisiológico, con entidad propia y autónomamente indemnizable como clase específica del género: perjuicio moral: es el atentado a la integridad personal; ¡es ese perder para siempre un ojo! Daño fisiológico o por desagrado un daño a la vida de relación. Es esa privación definitiva de satisfacciones normales a quien se reduce, cual minusválido a la víctima y 10 que significa esa definitiva disminución. No poder ver. .. No poder aparecer ante los semejantes como persona normal.** Este es el renglón en relación con el que, consciente o inconscientemente, el a quo condenó in genere, en el literal B de la sentencia Y que se verá confirmado pero con la adición de que todo el daño moral no puede exceder la suma pedida de \$ 300.000.00
- × Un primer antecedente de la evolución en la jurisdicción contencioso administrativa se dio en el fallo del 14 de febrero de 1992, en donde se otorgó una reparación de 1 .800 gramos oro por daño moral, con lo cual se superaba por primera vez, inusitadamente, el límite tradicional de 1 .000 que hasta entonces se había otorgado por el juez administrativo para reparar este daño. Si bien sólo se habló de indemnización de daño moral, los considerandos del fallo permiten suponer que el juez estaba indemnizando un nuevo rubro del daño extrapatrimonial, y que por ello superaba la indemnización máxima para resarcir el daño moral. En efecto, se indemnizaban "los perjuicios morales en su más amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no solo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora Barazutti por lo que en la demanda se denomina 'daños fisiológicos', los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo (Henao)

LÍNEA DE TIEMPO ANTECEDENTES DEL PERJUICIO FISIOLÓGICO



× Nociones y definiciones

Necesariamente debemos referirnos al perjuicio fisiológico como un perjuicio que pertenece al mundo de los daños denominados extrapatrimoniales, de origen Francés, y que ha tenido desarrollo en la jurisprudencia Contenciosa Administrativa.

C de E. Secc. III, MP. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, 6 de mayo de 1993 exp. 7428

“ por los perjuicios fisiológicos, llamados por la jurisprudencia y la Doctrina y la Jurisprudencia Francesa "Préjudice d 'agrément y por la Doctrina Italiana "perjuicio a la vida de relación" y por TOGER DALQ "La Disminución del goce de vivir", por cuanto el afectado no podrá realizar algunas actividades vitales que hacen agradable la existencia de cualquier ser humano, pues indiscutiblemente y a manera de ejemplo como lo cita el autor ya nombrado "...la pérdida de los órganos genitales afectará una de las funciones más importantes que tiene el desarrollo psicológico y fisiológico del individuo".

- ✘ Tamayo Jaramillo propone la siguiente definición:

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

ELEMENTOS DEL PERJUICIO FISIOLÓGICO

- ✘ Una afección de orden físico o fisiológico (pérdida del órgano o su funcionalidad)
- ✘ Que resultado de lo anterior se prive al damnificado de ejecutar actividad que realice y cause placer.
- ✘ Además cause pérdida de posibilidad de vivir en igual de condiciones que los congéneres.(Juan Carlos Henao)

OTRAS CARACTERÍSTICAS DEL PERJUICIO FISIOLÓGICO

- ✘ En temas del quantum o tope de indemnización, reina el principio del arbitrio judicis, es decir, el arbitrio judicial, en otros términos que el juez es quien determina el valor final de la indemnización, lo que no impide que el fallador supere los topes jurisprudenciales. Al no existir una norma, ley que determine a ciencia cierta el monto a indemnizar por este perjuicio debemos recurrir a la jurisprudencia para realizar el análisis del valor que se fija por el perjuicio.
- ✘ En la sentencia que reconoció abiertamente el perjuicio fisiológico, el Consejo de Estado fijó como monto a cancelar a favor del actor la suma de \$8.000.000 *“habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en el que quedo. C. E. Sec. III MP. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta exp. 7428*

-
- ✘ En fallo de 5 de marzo de 1998 en el que habiéndose producido una lesión que, al disminuirle a la víctima el 86% de su capacidad “le genero un perjuicio fisiológico que debe ser reparado en la medida en que no podrá volver a realizar actividades que hacían agradable la existencia, por lo tanto condeno a pagar a titulo de perjuicio fisiológico, 4.000 gramos oro, resalta Navia

PRIMERA MUTACIÓN: DEL DAÑO FISIOLÓGICO AL DAÑO DE LA VIDA DE RELACIÓN

- ✘ En la sentencia de 19 de julio de 2000, se desuso el termino fisiológico por el daño en la vida de relación. Daño de origen italiano como lo resalta el tratadista **Rozo Sordini** y resalta el Consejero Ponente Dr. **ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ**, que resultaría ser la primera mutación del aludido perjuicio.

En términos del Consejero “la expresión “perjuicio fisiológico”, y parece considerarse más adecuado el concepto de perjuicio de placer. No obstante, es claro que no se renuncia finalmente a la utilización de aquélla. Por lo demás, la Sala ha seguido usando la expresión citada, asimilándola a la de daño a la vida de relación, en fallos posteriores. Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión *perjuicio fisiológico*, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral – es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización.”

(C. de E. Sec. III, exp. 11842)

SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1997, EXP. 10.421

- ✘ “1. El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (prejudice d’agrément), loss of amenity of the life (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano.
- ✘ La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la “privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada” y los “problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida”. El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer.

-
- × De ahí que no sea exacto considerar como perjuicio de placer el deterioro o destrucción de instrumentos como gafas, prótesis, sillas de ruedas, bastones, muletas, etc., mediante las cuales algunas personas suplen sus deficiencias orgánicas, ya que no hay duda que aquí se trataría de un perjuicio material bajo la modalidad de daño emergente, en cuanto la víctima tendrá que efectuar una erogación para sustituir el elemento perdido.
 - × 5. Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, **“a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida”**, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”.
 - × Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral – es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.

-
- ✘ De otra parte, se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física. Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que – al margen del perjuicio material que en sí misma implica – produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.

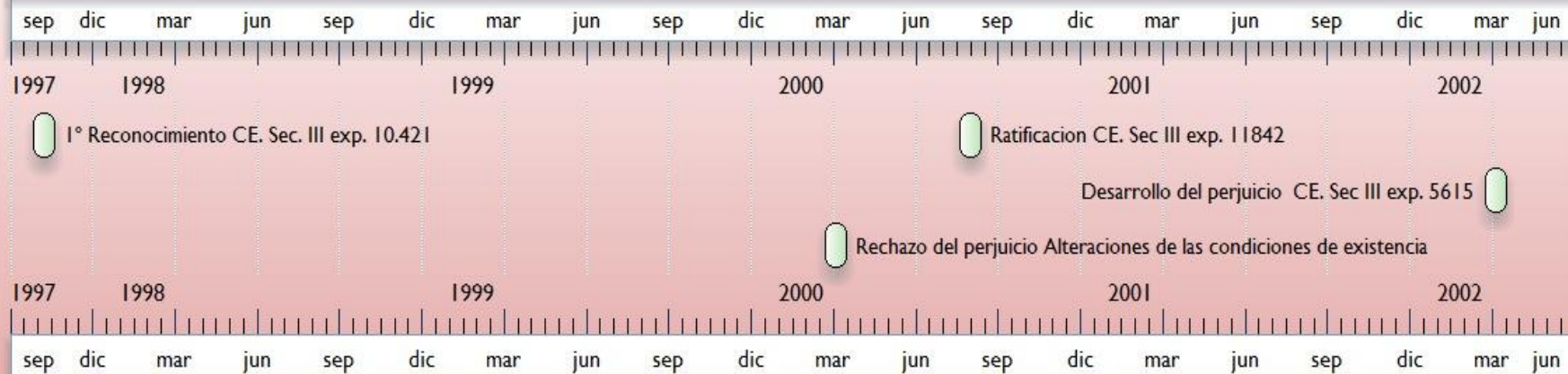
ELEMENTOS ESENCIALES DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

- ✘ El daño no adolece única y exclusivamente a una lesión física o alteración biológica., puede materializarse en eventos como torturas, afectaciones económicas entre otras.
- ✘ La víctima no es solo la persona que directamente sufre el hecho dañoso, sino también las personas a su alrededor.
- ✘ Por ende se resarce todas las limitantes que padece la víctima directa como también las que sufren sus allegados.

Debe decirse, además, que este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que –además del perjuicio patrimonial y moral– puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles. CE. Sec. III Sent. 21 de febrero de 2002 C.P.: Alier Eduardo Hernández exp. 5615

LÍNEA DE TIEMPO

DAÑO DE LA VIDA DE RELACION



SEGUNDA MUTACIÓN: DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN O LAS ALTERACIONES DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA

- ✘ Todas estas variaciones concluyeron finalmente con la imposición por parte del Tribunal en el reconocimiento del denominado perjuicio **ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA**, como nuevo daño extrapatrimonial, que integraron el fisiológico y al daño de la vida de relación.
- ✘ Pero ¿cuál es el origen del perjuicio y los elementos constitutivos?, ¿Que se repara y que diferencias tiene con la mutación anterior? debemos preguntarnos.

-
- ✘ Obligadamente tenemos que ubicar al perjuicio de alteración de las condiciones de existencia en Francia, creación jurisprudencial y que ha sido definido por la misma doctrina “por **alteración de las condiciones de existencia** (*les troubles dans les conditions d'existence*), el sufrimiento padecido por las víctimas de un daño, consistente en la modificación anormal del curso de su existencia, es decir de sus ocupaciones, sus hábitos y sus proyectos. Un daño puede entonces producir perjuicios, que desbordan la lógica de aquellos materiales, e incluso de los morales, cuando logra alterar el devenir cotidiano del comportamiento humano, no por comprometer su integridad física, ni sus sentimientos, sino por alterar sus condiciones de existencia, que no son otra cosa, que sus costumbres relacionadas con su proyección de vida.

NOCIONES Y DEFINICIONES

- ✘ El profesor **CHAPUS**, define el mismo como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandantes, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos

En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política

-
- ✘ “para que se estructure en forma autónoma **el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia**, se requerirá de **una connotación calificada en la vida del sujeto**, que en verdad **modifique en modo superlativo sus condiciones habituales**, en **aspectos significativos de la normalidad** que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastrocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues **no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio**, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”. Parecería entonces, que el perjuicio al daño a la vida de relación tuviere autonomía propia frente al perjuicio de las alteraciones de las condiciones de existencia.

ELEMENTOS DEL NUEVO PERJUICIO

- ✘ El daño a las alteraciones de condiciones de existencia, es un perjuicio autónomo, que recoge la esencia del daño a la vida de relación y el perjuicio fisiológico.
- ✘ El nuevo perjuicio, se aplica tanto a la víctima del hecho dañoso como también a las personas que lo rodean o que se ven afectadas con el trastorno de su vida cotidiana.
- ✘ No toda alteración a la vida debe ser indemnizada, esta debe tener tal talante que modifique el estilo de vida, el proyecto, el trabajo, el entorno familiar, entre otros.
- ✘ Su origen no es de índole fisiológico o biológico, guardando paridad con el daño a la vida de relación.
- ✘ La variación de las condiciones deben ser negativas.

OTRAS CARACTERÍSTICAS DEL PERJUICIO

- ✘ Necesidad de probarlos

Tal perjuicio, como los demás, puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio e incluso, puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le hubiere dejado y la alteración de las condiciones en que se desarrollaba su vida cotidiana en lo social, familiar, laboral, placentera, o de cualquier otra índole”

× Nueva denominación

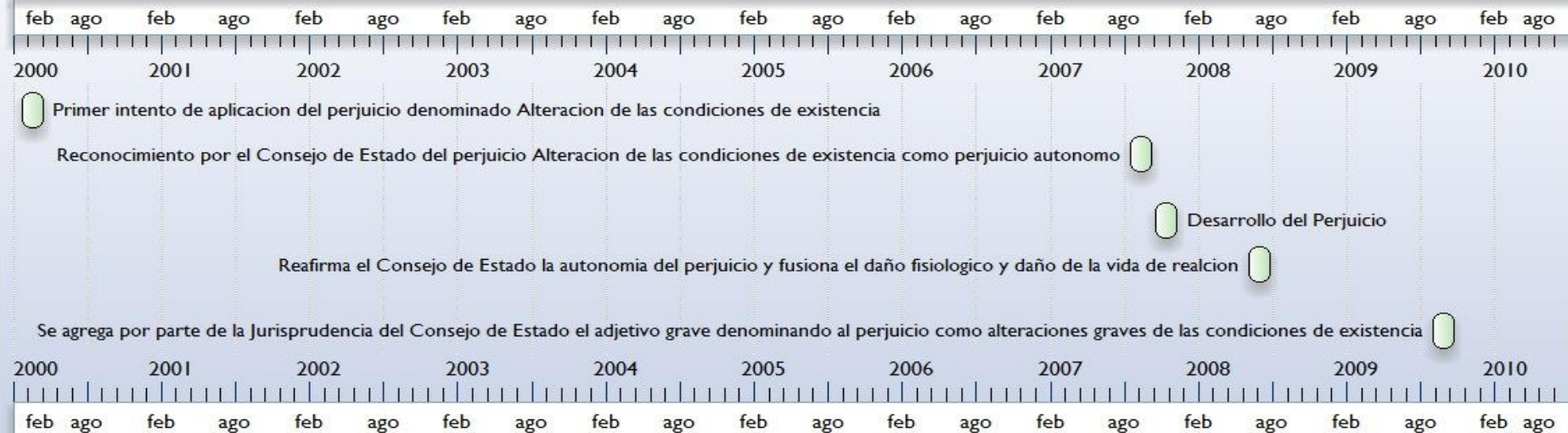
Alteración **grave** de las condiciones de existencia

Respecto del perjuicio solicitado en la demanda, denominado “perjuicio fisiológico”, estima la Sala necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000 se reformuló dicho concepto por el de daño a la vida de relación; al respecto, se dijo:

“[E]l daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre”

LÍNEA DE TIEMPO

ALTERACIONES DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA



Unassigned

DIVERGENCIA EN LA JURISPRUDENCIA

× Salvamento de voto Consejero de Estado Enrique Gil Botero

“2.1. La Sala consideró en este caso de manera explícita, que el daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio de alteración a las condiciones de existencia.

La posición mayoritaria se basamenta en dos providencias proferidas en el año 2007, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente, sin embargo se da a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia que origina la presente aclaración, es a que el daño a la vida de relación adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de alteración a las condiciones de existencia, circunstancia que es a todas luces incorrecta.

2.2. En relación con el daño corporal, en un inicio, la jurisprudencia de la Sala se orientó por indemnizar, en algunos casos, el perjuicio causado a partir de la lesión física que padecía el demandante, a causa de un hecho imputable a la administración pública, detrimento éste que era autónomo e independiente frente al daño moral, como quiera que se refería a la trasgresión de la integridad psicofísica, y se le denominó perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación.

DERECHO COMPARADO

× El caso francés

Yves Chartier frente a la existencia del perjuicio fisiológico expresa: “Así parece que la noción de incapacidad permanente parcial engloba dos ideas que pueden concluir a la reparación de dos perjuicios de naturaleza diferente, tal y conforme ya se ha dejado dicho, para la incapacidad temporal. De una parte la incapacidad permanente implica eventualmente un *perjuicio económico*, es decir, una disminución de ganancias presente o futura de la víctima. De otra parte, y esta vez necesariamente, un perjuicio fisiológico, resultante para la víctima de una atentado a su integridad física y a sus condiciones de existencia.

-
- ✘ “En primer lugar se debe anotar que la “alteración en las condiciones de existencia” se presenta a raíz del deceso de una persona cercana, pues la muerte puede alterar la vida familiar. El fallo consortes Vimart muestra como el juez se preocupa de indemnizar las alteraciones que se han producido a la vida familiar. El fallo Letisseand también permite comprobar que el juez ordena reparar “las alteraciones de toda naturaleza que la desaparición del jefe de familia creó en la vida familiar, especialmente en la educación de los tres menores hijos, o dicho por el fallo consortes Alonzo Hofman, la reparación por las alteraciones que causa “la desaparición del esposo padre” puede anotar que el fallo de la comuna de Plonisy retoma los mismos términos del fallo Letisserand, al afirmar que “ las alteraciones de toda naturaleza que la desaparición del jefe de familia creó en la vida familiar, especialmente para la educación de las tres hijas menores” comenta Henao

× Caso italiano

Como reseñamos en el contexto nacional, el desarrollo del perjuicio fisiológico, en el sistema jurídico italiano, no corresponde al propio, toda vez que en dicho sistema, se ha reconocido el daño a la vida de relación (aplicado en Colombia) que tiene su sustento en la tesis del daño biológico, con el fin de eludir la limitación contenida en el Código Civil Italiano, artículo 2059, de que el daño moral es resarcible únicamente en el caso de delito penal, el jurista italiano Guido Alpa, propuso la tesis de que el daño biológico o a la salud tenía autonomía e identidad propia respecto del daño moral y debía reconocerse en los procesos de responsabilidad civil. El citado artículo 2059 establece que “el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley”; y tales casos se limitan a aquellos en que el daño tiene origen en un hecho de naturaleza delictual al tenor del artículo 185.2º del código penal italiano, expone **POSADA VELÁZQUEZ**

✘ **Caso CIDH (daño del proyecto de vida)**

“ las alteraciones de las condiciones de existencia pueden guardar relación con muy diversos hechos y circunstancias: con la muerte de un ser querido, con la invalidez propia o de una pariente inmediato, con la interrupción de la carrera profesional... bien entendidas las cosas, esas alteraciones no hacen relación, en cuanto formas específicas al daño, al sufrimiento o a la aflicción subjetivos de la víctima, que son indemnizados, como perjuicios morales, mediante el reconocimiento del pretium doloris. Las alteraciones de que se habla son modificaciones del entorno objetivo de la víctima y de la relación de ésta con aquel, que suelen prologarse en el tiempo mucho más allá del momento en que cesan la aflicción o la congoja ocasionadas por el hecho dañino, privando al damnificado de afectos, de satisfacciones o placeres que le permiten disfrutar la vida o la dotan de sentido. Estamos en rigor en el campo de una daño inmaterial, pero distinto del perjuicio moral (por eso la Corte hizo bien en tratar la cuestión del proyecto de vida, en el presente caso por separado del daño material y el daño moral).

Vale la pena, empero, hacer un par de advertencias, por vía general.

No toda modificación de las condiciones de existencia merece ser indemnizada. Debe tratarse de cambios de mucha entidad, que trastorquen a fondo por ejemplo, el marco afectivo, espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunquen una evolución profesional que ha consumido grandes esfuerzos y empeños.

Por otra parte, al estimar la alteración de las aludidas condiciones de existencia y, más en particular, el daño al proyecto personal de vida, deben evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna. Este aspecto de la cuestión debe ser especialmente tenido en cuenta al momento de fijar, en equidad el monto de la respectiva indemnización

× Caso España

De lo que se trata es de indemnizar a la víctima de una atentado a su integridad física". En efecto, la víctima de una lesión corporal sufre un quebranto cuyo resarcimiento consiste en atribuir el dolor físico o psíquico un <precio> económico, la denominada pecunia doloris o también llamado doloris pretium" **RICARDO ANGEL YAGUEZ**

La reparación del daño corporal implica, como decíamos antes, el establecimiento por parte del juez (salvo acuerdo o arreglo amistoso entre las partes) de un resarcimiento que en estos casos no puede ser, por definición, en forma específica, sino que consiste en una estimación económica de los bienes inmateriales de que la víctima se ha visto o se verá temporalmente o permanentemente privada. Cuando se trata del que hemos denominado daño corporal en sentido estricto, la única indemnización posible a favor de la víctima (en la más amplia acepción de lo que se supone <dejarle indemne>) será la de hacerle entrega de una suma de dinero que le procure una satisfacción razonable en la relación con el dolor moral sufrido por ella.

CONCLUSIONES

- ✘ El sistema jurídico Colombiano, en cuanto a tipología del perjuicio, ha sido permeado por la cultura de muchos países.
- ✘ El perjuicio fisiológico presento tres variaciones que cambiaron su nomen iuris y su esencia
Perjuicio Fisiológico- daño a la vida de relación – alteraciones de las condiciones de existencia – alteraciones graves a las condiciones de existencia.
- ✘ Abandono de la reparación del bien jurídico integridad personal
- ✘ Inestabilidad de reparación de perjuicio inmateriales.

NUESTRA PROPUESTA

- ✘ Teniendo en cuenta que lamentablemente la conclusión final de la investigación, es que el perjuicio fisiológico esta en olvido, a pesar de las manifestaciones como las del profesor y Consejero de Estado Dr. Enrique Gil Botero y los aportes conceptuales realizados por el escritor Jesús Alberto Buitrago Duque, frente al deber del juez nacional de reconocer el daño caporal como un componente del daño inmaterial, la jurisprudencia propia, se ha centrado en discusiones respecto al nomen iuris del perjuicio fisiológico dejando a un lado lo que en esencia trato de indemnizar el mencionado perjuicio.
- ✘ Nótese, como en países como Italia, el daño corporal es un ítem mas, tenido en la cuenta de los jueces y magistrados al momento de tasar la indemnización, elemento que es referente no solo en el país europeo si no también en Perú, como bien lo indica el profesor Carlos Fernández Sessarego.
- ✘ Trazando estos lineamientos conceptuales, debemos proponer a la comunidad académica, juristas jueces y magistrados, el surgimiento en nuestro sistema de reparación de un perjuicio fisiológico nuevo, que su esencia sea la de resarcir afectaciones al biológicas, anatómicas o corporales que sufra la victima del hecho dañoso. Este propuesta si bien es cierto no es novedosa, por los referentes a los que hemos hecho alusión, se pretende es solidificar un perjuicio que devine del primigenio perjuicio fisiológico, no es una mutación mas del mismo, tampoco una reconstrucción, es la declaratoria de independencia de una premisa jurídica, con sustentos y alternativas nuevas