



Revista Digital de Derecho Administrativo
ISSN: 2145-2946
Universidad Externado de Colombia

Anaya-Quintero, Laura
Problemáticas teórico-prácticas en las categorías del daño
inmaterial reconocidas por la jurisprudencia colombiana
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 18, 2017, pp. 371-384
Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n18.15

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503857545015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

Problemáticas teórico-prácticas en las categorías del daño inmaterial reconocidas por la jurisprudencia colombiana

LAURA ANAYA-QUINTERO¹

Reseña bibliográfica de María Cecilia M'Causland. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

RESUMEN

La obra reseñada aborda las relaciones existentes entre la equidad y el daño indemnizable, por cuanto en la definición de este, aquella juega un papel trascendental. A partir del estudio crítico de la jurisprudencia nacional vigente sobre la tipología y reparación del daño inmaterial, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia, la autora concluye que, en ciertos

¹ Estudiante de Derecho y monitora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Correo-e: laura.anaya@est. uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 10 de enero de 2017. Fecha de modificación: 15 de marzo de 2017. Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2017. Para citar el artículo: ANAYA-QUINTERO, L., "Problemáticas teórico-prácticas en las categorías del daño inmaterial reconocidas por la jurisprudencia colombiana", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 371-384. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.15>

casos, las pautas planteadas por estas corporaciones contrarían el criterio de equidad y la regla de reparación integral². Este artículo expone, comenta y complementa la tesis de la profesora M'CAUSLAND, dejando en evidencia las falencias de ambos tribunales, abriendo así una vez más el debate alrededor de este tema.

Palabras clave: Tipología, reparación, daño inmaterial, equidad, reparación integral, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia.

Theoretical and Practical Issues Around The Types of Non-Pecuniary Damages Recognized by the Colombian Jurisprudence

ABSTRACT

This book under review examines current relations between equity and compensable damages, since in the definition of these damages the equity plays a critical role. Through an analysis of recent decisions of both the Supreme Court of Justice and the Council of State on the typologies and reparation of non-pecuniary damages, the author deduces that, in some cases, guidelines applied by both Tribunals go against the equity and integral reparation rules. This book review exposes, comments and completes Professor M'CAUSLAND's thesis, by showing weaknesses in the existing jurisprudence, while renewing a well-known debate around the judicial recognition of non-pecuniary damages.

Keywords: Typologies of Non-Pecuniary Damages, Reparation, Equity, Integral Reparation Rule, Council of State, Supreme Court of Justice.

INTRODUCCIÓN

La publicación que se reseña constituye un avance de la investigación adelantada por la autora para la elaboración de su tesis doctoral acerca de los elementos y límites de la equidad frente a la determinación de la responsabilidad patrimonial. En particular, esta obra se refiere al rol esencial que cumple este criterio auxiliar de la actividad judicial en la definición de uno de los elementos de la responsabilidad patrimonial: el daño indemnizable.

El objetivo perseguido por el libro es analizar la jurisprudencia nacional más reciente en el campo de la tipología y reparación del perjuicio inmaterial, con

2 La profesora M'Causland considera que la reparación integral es una regla técnica, no un principio.

el fin de defender la tesis según la cual esta, en algunas ocasiones, da cuenta de un uso inapropiado de la equidad, que además pone en riesgo la aplicación efectiva de la regla de reparación integral.

Para defender esta tesis, la autora parte de dos premisas fundamentales. La primera alude al entendimiento de la responsabilidad civil y del Estado como la obligación de reparar los perjuicios que sean imputables al demandado, planteamiento que ha sido sostenido por la jurisprudencia nacional con base en los artículos 90 CP de 1991 y 2341, 2347 y 2356 CC. Estas disposiciones normativas permiten concluir, por un lado, que daño e imputación constituyen elementos esenciales de la responsabilidad sin los cuales esta no se configura; por el otro, que la función principal de la responsabilidad patrimonial es la reparación, a diferencia de otras formas de responsabilidad.

La segunda premisa consiste en que debe diferenciarse la noción general de daño y la de daño reparable o perjuicio, en cuanto aquella se refiere a la lesión de un interés legítimo, y esta, a las consecuencias de dicha lesión.

La obra se compone de tres partes. La primera se refiere a la jurisprudencia reciente sobre la tipología y reparación del daño inmaterial en materia civil y contencioso administrativa; luego, se realiza un estudio crítico de la jurisprudencia en cuestión, de manera conjunta, cuando es posible, o de forma separada, cuando haya diferencias entre los criterios adoptados por ambas corporaciones; finalmente, se expone una conclusión general. El presente escrito se encarga de esbozar los rasgos más característicos de cada una de ellas, que sin duda constituyen una contribución sustancial a la correcta aplicación de la equidad y de la reparación integral, lo que en últimas redundan en beneficio de la justicia.

1. LA JURISPRUDENCIA RECENTE EN MATERIA CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Una vez inaugurado el reconocimiento del perjuicio inmaterial en Colombia con el paradigmático caso *Villaveces*³ y superada con ello la idea de que "las lágrimas no se monedean", vino una larga evolución jurisprudencial en la cual el Consejo de Estado muchas veces se nutrió de los parámetros que implementaba la Corte Suprema de Justicia.

Es así como en esta primera parte M'Causland se encarga de exponer el *estado del arte* en ambas jurisdicciones, con lo cual pretende guiar al lector en aquel camino que conduce a romper las ataduras que padecen nuestros jueces a la hora de reparar un perjuicio inmaterial.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de julio de 1922, M.P.: Tancredo Nannetti.

Para comenzar, refiere el cambio que en materia civil conllevó la sentencia del 5 de agosto de 2014^[4]. En efecto, hasta 2013 se consideró que el daño extrapatrimonial únicamente comprendía el daño moral y el daño a la vida en relación, pero a partir de esta sentencia se añadió una nueva categoría: el daño a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.

En cuanto a la reparación, la Corte reitera el planteamiento que ha venido sosteniendo desde 1974^[5], según el cual existe un vacío legal que solo puede ser llenado con la equidad. De tal manera que le corresponde al juez fijar la reparación, según su prudente juicio y atendiendo a las particularidades del caso, sin que le sea dable a la Corte establecer parámetros mecánicamente aplicables a los jueces inferiores. Adicionalmente, se privilegia la reparación pecuniaria, entendiendo que es una reparación satisfactoria que no tiene por objeto entregar el valor del bien lesionado en dinero⁶, sino paliar las afectaciones.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado elaboró un documento sobre la tipología y reparación de los perjuicios inmateriales, buscando unificar criterios para su reparación. En la misma fecha en la que se aprobó el documento, se expidieron ocho sentencias de unificación jurisprudencial que aplicaron a casos concretos los criterios aludidos. Así pues, se indicó que el perjuicio inmaterial abarca, en primer lugar, el perjuicio moral, seguido del daño a la salud derivado de una lesión corporal o psicofísica y del daño por afectación relevante a derechos convencional o constitucionalmente amparados.

A diferencia de la Corte, el Consejo de Estado fija criterios para la reparación del perjuicio inmaterial a modo de regla general. Para el daño moral, se distinguen los que se producen en caso de muerte, de lesiones personales y de privación injusta de la libertad, sin perjuicio de que, en opinión de M'Causland, se admita este tipo de daño inmaterial en otros eventos. En los dos primeros casos, se establecen cinco niveles de cercanía afectiva, de forma que el valor de la reparación es proporcional a la cercanía; en el último, además de los mismos niveles, la reparación aumenta dependiendo del número de años que la víctima haya permanecido privada injustamente de la libertad. En cuanto al daño a la salud, su reparación es proporcional a la gravedad de la lesión y procede únicamente para la víctima directa. Por último, en la reparación del daño por afectación a bienes o derechos constitucional o convencionalmente protegidos, se privilegia la reparación con formas no pecuniarias.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de septiembre de 1974, M.P.: Germán Giraldo Zuluaga.

6 Lo cual sería imposible de cuantificar porque se trata de bienes personalísimos.

2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RECENTE SOBRE LA TIPOLOGÍA Y LA REPARACIÓN DEL PERJUICIO INMATERIAL

Para lograr el objetivo de su publicación, en este acápite la autora llama la atención sobre los aspectos que considera más representativos de la jurisprudencia reciente, que corresponden a los títulos de los literales que se presentan a continuación.

2.1. EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CATEGORÍA AUTÓNOMA

Este capítulo comienza con una apreciación, y es que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado reconocen como una categoría autónoma de perjuicio inmaterial el daño a los derechos fundamentales, al margen de su denominación.

La sana lógica indicaría que si se va a reconocer una nueva categoría de perjuicio inmaterial, lo mínimo que se debe hacer es definirla, trazar sus límites, de manera que no se superponga con las demás. Sin embargo, ni el documento del Consejo de Estado ni las sentencias que acogieron sus criterios ofrecen una verdadera definición. La que asumió esta tarea fue la Corte Suprema de Justicia, estableciendo que es "el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual"⁷.

Sostiene la autora que del nombre de la categoría y de la definición que ofrece la Corte se podría inferir que el daño consiste en la lesión misma del derecho fundamental, prescindiendo de sus consecuencias. De entrada esto presenta dificultades, pues se estaría olvidando que todo daño –material o inmaterial– presupone la violación de un derecho constitucional –que en muchas ocasiones puede ser fundamental–, pero sus efectos son los que determinan las afectaciones sufridas por la víctima.

Ahora bien, el estudio de las sentencias de ambas corporaciones permite concluir que ni siquiera nuestros jueces saben con certeza qué es lo que están reparando. La Corte, a pesar de afirmar que el daño se clasifica por las consecuencias que produce, acto seguido establece que este se configura con la lesión del interés jurídico, sin que sea necesaria otra consecuencia. Por su parte, aunque el Consejo de Estado en una de las sentencias del 28 de agosto de 2014^[8] precisa que la antijuridicidad del daño se concreta con los efectos

7 Sentencia del 5 de agosto de 2014.

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero, exp. 32988.

derivados de la lesión que inciden en las esferas patrimonial o extrapatrimonial, la lectura de otras sentencias de la misma fecha demuestra que esos efectos no siempre se valoran en los casos concretos⁹.

M'Causland califica la inclusión de esta nueva categoría de perjuicio inmaterial como antitécnica, no solo por lo dicho con anterioridad, sino porque puede propiciar al menos tres situaciones desafortunadas: i) llegar a la conclusión de que se repara la lesión del derecho en sí misma implicaría que estaríamos ante una responsabilidad principalmente sancionadora, perdiendo de ese modo su función esencial, esto es, la reparación. Ello, en la medida en que la atención se centraría en la conducta del victimario y no en la afectación de la víctima; ii) si las consecuencias de la lesión no son valoradas en absoluto o en su integridad, se correría el riesgo de que el perjuicio causado o una parte de él se quede sin reparación, violando la regla de reparación integral; y, iii) si las consecuencias se han valorado de forma integral para reconocer otros perjuicios, el reconocimiento de uno más resultaría infundado porque daría lugar a una doble reparación.

Además de lo expuesto por la autora, se puede colegir que entender que la mera lesión del derecho es objeto de reparación podría romper el paradigma reinante en el ordenamiento jurídico colombiano según el cual solo las personas naturales son susceptibles de sufrir perjuicios inmateriales. Basta hacer un barrido histórico de las categorías del perjuicio inmaterial que se han reconocido a lo largo de su evolución para deducir que se trata de afectaciones propias del ser humano¹⁰. Sin embargo, con el reconocimiento del daño por afectación a derechos constitucional o convencionalmente protegidos parece abrirse la posibilidad de que las personas jurídicas acudan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en búsqueda de la reparación de este perjuicio inmaterial específico, conclusión a la que se llega si se tiene en cuenta que este perjuicio tiene origen en la vulneración de un derecho fundamental y la

9 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto del 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 26251, y C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, rad. 28804.

10 El daño moral, en cuanto ha sido definido como la afectación de los sentimientos, es claro que se refiere a una cualidad humana. El daño a la salud evidentemente tampoco puede ser predicado de las personas jurídicas puesto que por su naturaleza no tienen derecho a la salud. Por último, el daño a la vida en relación –al margen de sus variadas denominaciones en el tiempo, como daño fisiológico, alteración de las condiciones de existencia o alteración grave de las condiciones de existencia– entendido como “todo tipo de repercusión que en las actividades culturales, familiares y sociales de la víctima pueda tener cualquier lesión a un derecho de la personalidad” (FELIPE NAVIA, “Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 12-13, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 304), tampoco es transposable a las personas jurídicas.

Corte Constitucional ha reiterado que, al igual que las personas naturales, las personas jurídicas también gozan de derechos fundamentales¹¹.

Es pertinente aclarar que el escenario planteado solo podría tener lugar en el Consejo de Estado y no en la Corte Suprema de Justicia, por cuanto esta última, tanto en la denominación de la categoría como en su definición, hace alusión a derechos humanos.

2.2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este segundo aspecto se pone de relieve la diferencia en la forma en que se repara el daño a los derechos fundamentales en la jurisdicción civil y en la contencioso administrativa. Mientras que la Corte Suprema recurre a la indemnización en dinero, fijada por el juez según su prudente arbitrio en cada caso concreto, el Consejo de Estado privilegia las medidas reparadoras no indemnizatorias, las cuales solo se reconocerán a favor de la víctima directa, de su cónyuge o compañero permanente y de sus familiares más cercanos.

Sobre la procedencia y finalidad de las medidas de reparación no indemnizatorias, el documento del Consejo de Estado indica que "operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobar las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas en el derecho internacional" (resaltado fuera del texto original).

Con la simple lectura de las líneas citadas, M'Causland confirma que se privilegia la función sancionadora de la responsabilidad en detrimento de la reparadora. Efectivamente, el objetivo principal de la reparación debería ser dejar indemne al afectado, no "reprobar las violaciones a los derechos humanos", toda vez que la función sancionadora de la responsabilidad patrimonial es secundaria. De igual manera, la determinación de la reparación del daño únicamente debería atender a la naturaleza e intensidad del mismo, no a la relevancia del caso, ni a la gravedad de los hechos. De no ser así, se propiciaría la violación de la equidad, en la medida en que podría haber reparaciones distintas en casos de daños similares o reparaciones similares en casos de daños distintos.

Existe una particularidad en el Consejo de Estado y es que contempla, a mi juicio, una excepción a la regla de la justicia rogada y en consecuencia a la congruencia, al establecer que "el juez reconocerá, de manera oficiosa, la

11 Véanse las sentencias SU-182 de 1998, M.P.: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo; T-300 de 2000, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo; T-1179, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; SU-1193 de 2000 y T-1658 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; T-1725 de 2000 y T-079 de 2001, M.P.: Fabio Morón Díaz, y T-903 de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, entre muchas más.

afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”¹². La autora cuestiona seriamente que se justifique esta facultad judicial en la salvaguarda de la *restitutio in integrum*, toda vez que, de ser así, la reparación oficiosa debería proceder también tratándose de cualquier otro tipo de perjuicio, máxime si tenemos en cuenta que todo perjuicio supone la vulneración de un derecho de raigambre constitucional. En cambio, sugiere que una justificación más plausible sería la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, en cuyo caso habría que especificar que el reconocimiento oficioso solo procede respecto de las medidas de reparación que busquen reparar a la sociedad y no a los demandantes.

Por último, es pertinente anotar un comentario adicional a los aducidos en el texto reseñado. Es curioso que el Consejo de Estado diga que en esta categoría de perjuicio se privilegia la reparación con formas no pecuniaras, relegando la reparación en dinero, que solo procede a manera de excepción. En el fondo, parece haber una crítica soterrada a la reparación en dinero de los perjuicios inmateriales, tal vez teniendo la idea de que estos se reparan mejor con otras formas de reparación. Cuando con ocasión del caso *Villaveces* se planteó que el dinero puede ser una forma de reparación del perjuicio moral, eso supuso un avance enorme, así que un retroceso –como el que parece proponer el Consejo de Estado– no podría darse sin una argumentación profunda.

2.3. RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD

Como se puede deducir de lo mencionado con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia no reconoce el daño a la salud como una categoría autónoma de perjuicio inmaterial. El Consejo de Estado, por el contrario, sí lo hace. Es más, aunque tampoco ofrece una definición sobre esta clase de perjuicio, es posible inferirla por medio de la interpretación de los lineamientos que ofrece el documento del 28 de agosto de 2014.

De esta manera, después de un riguroso ejercicio interpretativo, M’Causland arguye que el daño a la salud, lejos de consistir en la lesión del derecho, radica en determinadas consecuencias que se derivan de dicha lesión, tales como la pérdida o el deterioro de funciones físicas o psíquicas, la imposibilidad o dificultad de desarrollar los roles de la vida o de realizar actividades rutinarias o placenteras, la afectación negativa de la vida social, cultural o laboral, entre otras. Así pues, la autora concluye que el daño a la salud sería asimilable a la categoría que el Consejo de Estado reconoció tiempo atrás¹³ como el daño a la vida en relación, pero solo cuando proviene de una lesión al derecho a la

12 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Documento aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014, por el cual se presentan los criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

13 A partir de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

salud. No es un retorno exacto a esta categoría porque el daño a la vida en relación podía provenir no solo de la lesión al derecho a la salud, sino también de la lesión a otros derechos, como por ejemplo el buen nombre, la honra, la propiedad, y demás.

Lo anterior nos deja un gran interrogante: ¿qué pasa con el daño a la vida de relación cuando proviene de una lesión distinta a la salud? La autora se encargará de resolverlo en un acápite posterior, momento en el que sabremos si el ordenamiento jurídico garantiza la reparación integral de este perjuicio o, por el contrario, propicia su desprotección.

2.4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD

En el documento del Consejo de Estado se dispone que el daño a la salud únicamente se repara a favor de la víctima directa, de acuerdo con la gravedad de la lesión y en una cuantía que no supere los cien salarios mínimos legales mensuales, salvo que existan eventos en los cuales haya una mayor intensidad y gravedad del daño, casos en los que podrá aumentarse la cuantía hasta cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales.

Con dos críticas contundentes, M'Causland vuelve a dejar en evidencia la falta de coherencia y claridad que infortunadamente caracterizan las pautas jurisprudenciales. La primera consiste en que pese a que el documento contiene un cuadro en el que se clasifican las lesiones en seis categorías de acuerdo con la gravedad, expresada en porcentajes, nada permite entender cómo se determinan los porcentajes y en consecuencia tal gravedad. Tanta razón le asiste a la autora que si se estudian las sentencias que acogieron el documento se observa que ni siquiera hay uniformidad en ellas, pues mientras que algunas solo tienen en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, otras dicen que hay que valorar elementos adicionales¹⁴, generando a todas luces un doble rasero que contraría la equidad.

La segunda crítica se refiere a que tampoco hay claridad en los eventos en los que aplica la excepción, toda vez que de acuerdo con la regla general una lesión cuya gravedad sea del cien por ciento conllevará una reparación de cien salarios mínimos legales. “¿Debe entenderse, entonces, que la gravedad de la

Sección Tercera, del 19 de julio de 2000, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. 11842.

14 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto del 2014, C.P.: Enrique Gil Botero, rad. 31170, y C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, rad. 28804. En la primera se tiene en cuenta solo el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, mientras que en la segunda se dice que el juez debe considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones a nivel del comportamiento y desempeño dentro del entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima.

lesión puede superar ese ciento por ciento? ¿Tendría ello algún sentido? [...] El solo planteamiento de la idea muestra su difícil racionalidad"¹⁵.

2.5. LA ELIMINACIÓN DEL PERJUICIO A LA VIDA EN RELACIÓN COMO CATEGORÍA INDEMNIZABLE POR EL CONSEJO DE ESTADO

Es claro que para la Corte Suprema, a diferencia del Consejo de Estado, el daño a la vida en relación constituye una categoría indemnizable del perjuicio inmaterial. Es por ello que en esta oportunidad M'Causland se propone responder el interrogante que se planteó líneas atrás, a fin de determinar si las afectaciones que comprendía el daño a la vida en relación quedan amparadas en alguna de las categorías del perjuicio inmaterial que actualmente se reconocen en la jurisdicción contencioso administrativa.

Como ya se dijo, el Consejo de Estado aún considera el daño a la vida en relación cuando tiene origen en la lesión del derecho a la salud, y se repara bajo el nombre de daño a la salud. Sin embargo, esta reparación solo procede para la víctima directa y no para sus allegados, lo que constituye un recorte evidente e infundado del extinto daño a la vida en relación, que sí se reconocía a los allegados.

El panorama para los demás derechos es aún más desalentador. *Prima facie*, podría pensarse que el contenido del desechado daño a la vida en relación se reconoce cuando la alteración de la vida exterior se origina en una afectación relevante a derechos constitucional y convencionalmente protegidos. No obstante, es difícil sostener esta afirmación en tanto que, como ya se mencionó, el Consejo de Estado en muchas ocasiones no analiza las consecuencias de la lesión del derecho. Aun si se admitiera, la reparación sería con medidas no pecuniarias, de tal manera que en cualquiera de los escenarios es manifiesta la disminución del reconocimiento de las afectaciones que antes sí se admitían con el llamado perjuicio a la vida en relación.

Lo expuesto le permite a M'Causland concluir –con gran acierto– que la exclusión de la categoría del daño a la vida en relación y la inclusión del daño a derechos constitucional y convencionalmente protegidos constituye un retroceso. Lo primero, en la medida en que conlleva la valoración incompleta de las afectaciones inmateriales padecidas por quienes ven alterada negativamente su vida exterior con ocasión de un hecho imputable al demandado. Lo segundo, porque propicia el quebrantamiento de la regla de la reparación integral e incluso propicia la desigualdad.

15 MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 65 y 71.

2.6. LA REPARACIÓN DEL PERJUICIO MORAL

La autora inicia este último aparte poniendo de presente que el perjuicio moral es la única categoría del perjuicio inmaterial que tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado se encargan de definir, e incluso lo hacen de la misma forma, pues ambas corporaciones concuerdan en que el daño moral es la afectación de los sentimientos. Sin embargo, como ya se expuso, la forma de la reparación sí que varía, puesto que mientras la Corte busca salvaguardar la equidad al aseverar que es el juez quien debe fijarla en cada proceso, el Consejo de Estado establece unas directrices que hacen referencia a tres situaciones: muerte, lesiones y privación de la libertad.

En el caso de muerte se establecen cinco niveles. Los cuatro primeros atañen a las relaciones familiares, y la indemnización, que va desde cien hasta veinticinco salarios mínimos, corresponde al nivel de cercanía entre la víctima directa y los perjudicados. El último se refiere a las relaciones afectivas no familiares y se fija en quince salarios mínimos. Adicionalmente, para los dos primeros niveles se necesitará la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros; para el tercer y cuarto nivel, asimismo, la prueba de la relación afectiva; y, para el quinto, solo esta última.

A juicio de M'Causland, el hecho de que haya que probar la relación de parentesco es incorrecto porque la prueba del daño no está sometida a una tarifa legal, así que debe admitir cualquier medio probatorio. Añade que cosa distinta es que de la prueba del parentesco se pueda inferir la existencia del perjuicio moral según las reglas de la experiencia y en ese sentido constituir un indicio.

Al respecto, no comparto la posición asumida por la autora. En primer lugar, si el juez estableció que la indemnización variará dependiendo del grado de consanguinidad, lo lógico es que deba probarse la relación de parentesco, de manera que lo que está sometido a tarifa legal no es la prueba del daño, sino la de dicha relación.

Ahora bien, tal parece que lo que quiso hacer el Consejo de Estado fue establecer una presunción judicial en los niveles uno y dos, no sugerir el uso de la prueba indiciaria, en la medida en que basta con que se pruebe la relación de parentesco para que se presuma el daño moral, sin perjuicio de que el demandado pueda desvirtuar la presunción. Es preciso recordar que en las presunciones "un solo hecho indicador es necesario y suficiente para dar por averiguado el hecho decisivo del proceso"¹⁶. Esto es exactamente lo que sucede en este caso, pues según lo planteado en el documento no se necesita acreditar ningún otro hecho además de la relación de parentesco para que se presuma la relación afectiva que conlleva el daño moral. Si se tratara de un mero indicio,

16 ANTONIO DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá: Temis, 10.^a ed., 2011, p. 107.

se necesitarían varios de ellos¹⁷ que apuntaran a la consolidación de la relación afectiva para que el daño moral resultara acreditado, lo cual no sucede aquí.

De esta forma se concluye, contrario a lo dicho por la autora, que la prueba de la relación afectiva solo se requiere para los niveles tres y cuatro, no siendo así para los dos primeros niveles, planteamiento que tiene sentido porque atiende a la regla de la experiencia según la cual los familiares del primer y segundo grado de consanguinidad de la víctima directa, por regla general, sienten una gran aflicción por su muerte. Esto no quiere decir que en las excepcionales situaciones en las que no haya una verdadera relación de afecto habrá reparación, solo que la carga de la prueba se invierte y por ende le corresponde al demandado.

En lo relativo a las relaciones afectivas no familiares, la autora cuestiona la fijación de la indemnización en quince salarios mínimos. Considera que se debería analizar en cada caso concreto qué tan estrecha era la relación afectiva, pues de lo contrario se desconocería que existen casos de lazos tan estrechos que implican que el perjudicado sufra una afectación similar a la de los parientes consanguíneos; basta pensar, por ejemplo, en las personas que tienen una relación de amistad tan intensa que son como hermanos. En últimas, esto tiene que ver con la crítica general que la autora tiene sobre esta clasificación, y es que al juez le han dado la equidad como criterio para establecer el valor del perjuicio moral porque este es el que tiene en frente a la persona que sufrió el daño. No le pueden poner talanqueras que impidan garantizar la indemnización integral.

Por último, menciona que las mismas apreciaciones pueden hacerse respecto de la reparación del daño moral en casos de lesiones personales y de privación injusta de la libertad, agregando algunas otras. Verbigracia, observa que en ambos casos se incluye en el primer nivel tanto a la víctima directa como a quienes tengan relaciones conyugales y paterno-filiales con ella, otorgándoles así la misma indemnización. Esto es objeto de crítica pues, por mucho que las personas cercanas a la víctima directa sufran grandes afectaciones del ánimo, la regla de la experiencia indica que quien las sufre con mayor intensidad es esta última, debiendo ser merecedora entonces de una mayor cuantía en la indemnización.

REFLEXIÓN FINAL

La equidad es un criterio auxiliar de la actividad judicial que sirve para la resolución de los casos concretos. Supone que el juez, de acuerdo con su prudente arbitrio, pueda aplicar la norma de la mejor manera o completar el vacío si no

17 Pues se trata de un indicio contingente. El único indicio que por sí solo es capaz de acreditar un hecho es el necesario.

hay norma, garantizando que se haga justicia. Cuando se trata de la reparación del daño inmaterial, su uso se identifica, por una parte, por la necesidad de llenar el vacío legal al respecto¹⁸⁻¹⁹; por la otra, por la autorización expresa que hace el legislador en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998^[20].

Las anteriores consideraciones llevan a la autora a concluir que no parece razonable que la aplicación de la equidad se encuentre limitada por el establecimiento de reglas rígidas, las cuales constituyen ataduras que le impiden al juez de inferior jerarquía valorar adecuadamente las circunstancias particulares de cada caso. Ahora bien, la equidad no supone libertad absoluta y por ello debe utilizarse razonablemente. En ese sentido, su uso adecuado implicaría que los tribunales de cierre establecieran criterios orientadores a los jueces de inferior jerarquía, mas no mandatos obligatorios.

Después de haber analizado la totalidad de la obra reseñada, se puede sostener sin lugar a dudas que especialmente en la tipología y reparación del perjuicio inmaterial la intervención del juez es fundamental porque en sus manos está el desarrollo efectivo de la justicia. Es por ello que me atrevo a afirmar que este podría apartarse de las directrices de los tribunales de cierre por vía del control difuso de constitucionalidad, aplicando la excepción de *inconstitucionalidad* a dichas pautas cuanto resultaren violatorias de los derechos de las víctimas, además con fundamento en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, que ponen de relieve a las víctimas como el eje central de la reparación.

Por otro lado, puede agregarse que la equidad se pone en entredicho desde el mismo momento en que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado adoptan criterios tan disímiles entre sí, porque al final esto se traducirá en que personas que hayan sufrido exactamente el mismo daño serán reparadas de manera distinta, dependiendo de si tal daño es imputable a un particular o al Estado.

En definitiva, este libro es recomendado para todos los apasionados por la responsabilidad civil y del Estado. Son muchas las reflexiones e inquietudes que nos deja, las cuales pueden ser englobadas en una: la imperiosa necesidad

18 Salvo que la conducta sea punible, caso en el cual no hay vacío legal, en la medida en que opera el artículo 97 C. Penal que indica: En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales".

19 "La falta de regulación normativa, en este caso, parece deliberada [...] Esta situación, lejos de generar inquietud o desazón, da cuenta de que, en el ámbito nacional, el reconocimiento y reparación del daño inmaterial pueden cumplirse en un escenario óptimo": MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, cit., p. 95.

20 "Artículo 16. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actariales".

de fijar límites que aseguren el uso correcto de la equidad, pues en la lucha por garantizar la justicia esta será el arma determinante.

BIBLIOGRAFÍA

DELLEPIANE, ANTONIO. *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá: Temis, 10.^a ed., 2011.

GIL, ENRIQUE. "El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.^o 8, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 89-145.

HENAO, JUAN CARLOS. "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", *Revista de Derecho Privado*, n.^o 28, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 277-366.

KOTEICH, MILAGROS. "El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento", *Revista de Derecho Privado*, vol. 10, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 161-194.

KOTEICH, MILAGROS. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

M'CAUSLAND, MARÍA CECILIA. "Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial", en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de Rectoría 1963-2003*, t. II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 323-343.

M'CAUSLAND, MARÍA CECILIA. *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

M'CAUSLAND, MARÍA CECILIA. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

NAVIA, FELIPE. "Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia", *Revista de Derecho Privado*, vols. 12-13, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 289-306.

VALDÉS, ERICK y PUENTES, LAURA. "Crítica a la doctrina y jurisprudencia del daño a la salud en Colombia", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.^o 11, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 255-282.