

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 1 de 10

EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL SUBJETIVO Y
LA DESIGUAL TASACION DE LOS MONTOS
OTORGADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO Y
LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA

Julián David Rivera Torres
Juan Diego Quirós Pareja
Andrés Felipe Hincapié

[2012]

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 2 de 10

INTRODUCCIÓN

Al interior de nuestro ordenamiento jurídico es reconocida la existencia del derecho que posee toda persona de ser protegida, tanto en su integridad como igualmente sus bienes patrimoniales. Asimismo, es amparado por la constitución y las leyes, todo lo relacionado con lo que compone la persona en sí, es decir, su ser. Vemos pues, teniendo como base que nuestro Estado Social de Derecho parte de un principio tan primordial como lo es la dignidad humana, que es lógico deducir que está dentro de sus fines el velar por la protección y regulación de aquello que pudiese afectar a la persona y, es de tal manera, que dentro de nuestro marco normativo se establece que todo sujeto de Derecho (tanto las personas como el mismo Estado) son responsables de todo daño/perjuicio que por su conducta se ocasionare.

Se resalta que este daño puede recaer sobre la integridad física, sobre lo material o lo concerniente al fuero interno del ser humano –intereses, sentimientos, miedos, angustias, etc. – y que, con ocasión al hecho surge la obligación de indemnizar y/o compensar lo ocasionado.

Ahora, es nuestro interés aquella afectación que se produce en el interior de la víctima, en lo más profundo de sus emociones y afectos, lo que hoy por hoy se ha denominado perjuicio/daño moral (subjetivo), por lo cual, es mediante este artículo que se plasmara el desarrollo que se ha logrado respecto al pago o compensación por dicho concepto; esto llevado a cabo mediante el análisis de los pronunciamientos de la Corte Suprema De Justicia –sala civil– y del Consejo De Estado.

Palabras clave

Daño, daño extra-patrimonial, daño moral -subjetivo-, indemnización, responsabilidad, reparación, compensación, quantum, resarcimiento, jurisdicción - Corte Suprema De Justicia sala civil - Consejo De Estado

1. DAÑO MORAL – SUBJETIVO.

Es de denotar que el concepto de daño moral se refiere a la ofensa y deterioro que afecta, no a los derechos patrimoniales ni la integridad física, sino su personalidad en cuanto toca sus sentimientos íntimos. Se destaca además, que este tipo de daño trae consigo un doble enfoque: se mira desde la (i) óptica de la víctima – *pretium doloris*– y desde la (ii) óptica de las terceras personas –perjuicio de afección–. La primera nos hace referencia a las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo e igualmente a los dolores físicos que en el momento de la ocurrencia se sufre. Por otro lado, el segundo enfoque nos remite a las consecuencias que en ocasión del siniestro se producen en terceras personas, él como dicho hecho hace surgir depresiones, ansiedades y angustias por su ser querido.

Ahora bien, para que haya responsabilidad frente a este tipo de daño se dice que este es una situación de facto que debe ser probada, el cual debe obedecer a todos los requisitos esenciales de todo daño. A saber:

En primer lugar la teoría clásica nos habla de que este ***debe ser personal***. Con ello se quiere significar que en tanto hiera derechos de la persona, de su personalidad, puede reclamar su reparación la víctima a propio título o los que legítimamente o por medio de pueda experimentar alguna afección.

En segundo lugar tenemos que este ***debe ser cierto*** para que haya reparación. Se alude así a la necesidad de la práctica de pruebas que, por una parte demuestre la existencia del hecho dañoso y por la otra, quienes son los involucrados y cuál es la magnitud de la intensidad del sufrimiento o padecimiento. Parte de este requisito el supuesto de una correcta aplicación del sistema en procura de la “verdad”; quien pretenda ser compensado por el dolor sufrido a causa de la muerte de un ser querido tendrá que evidenciarlo gestionando lo necesario para demostrar su quebranto, sino también su vinculación, grado de intimidad y solidaridad con el occiso, es decir, su real afectación singular y la medida de esta.

Por último tenemos que debe ser contrario a Derecho, que lesione o ponga en peligro sin justa causa un bien jurídico tutelado, es decir, ***debe ser antijurídico***. Dado esto, ante el imperativo jurídico, es coherente que el lesionado por el daño moral reciba en compensación de sus padecimientos una cierta cantidad pecuniaria o medio de reparación idóneo que le haga más llevadera su congoja. Aunque la verdad nada es cierto en lo referente al mundo de los más profundos sentimientos, pues, aun sintiendo las sensaciones dolorosas, no es en pocas veces en las que ni siquiera la propia víctima(directa) puede apreciar su gravedad; es este tipo de agravios los que muchos llaman *inasibles*, porque dado a su complejidad el lograr una reparación integral nunca lograra ser

exacta y, la cuantificación expresada en una sentencia siempre discurrirá el sentido de *justicia* que esta debe llevar consigo, provocando, dado el caso específico, un resultado que no deje incólume la agresión.

2. DAÑO MORAL (SUBJETIVO) AL INTERIOR DE LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Si partimos de la premisa que, en ocurrencia de un perjuicio puramente subjetivo hay que resarcirlo, no podríamos afirmar que dentro de nuestra legislación colombiana existe una norma efectiva para su reparación, por lo cual, es mediante el análisis equiparado de otras normas que se logra una solución.

En nuestro Código Civil, en sus artículos 2341 y 2356 nos preceptuar:

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

ARTICULO 2356.
RESPONSABILIDAD POR
MALICIA O NEGLIGENCIA. *Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*

(...)

Esto último nos hace referencia a presumir la existencia de la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su aplicación únicamente al daño patrimonial, es decir a aquellos derechos de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que estos son solo un elemento de lo que integra y constituye la persona.

Ahora, respecto al Consejo de Estado, esta toma como base el sentar el sentido de *antijurídico* del daño en lo expresado en la Constitución Política en su artículo 90, el cual dice:

- **ARTICULO 90.** *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

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

Ya con este fundamento, del deber de reparación del Estado, se logra conseguir la eficacia del espíritu de los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues es al propio Estado quien le corresponde la

salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración.

Teniendo en cuenta lo anterior, dentro de la jurisdicción contenciosa existen diferentes criterios que rigen la actividad del juez a la hora de determinar el monto compensatorio por concepto de daño moral (subjetivo). Es dentro del ejercicio de dictar sentencia, que el fallador debe tener en cuenta criterios como el de razonabilidad, equidad y reparación integral de las víctimas para lograr una aproximada compensación que, como se expuso anteriormente, este tipo de agravio es lo que muchos llaman *inasibles* por lo cual no puede haber una verdadera exactitud.

Al respecto la ley 446 de 1998 en su Artículo 16 señala:

VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

3. ARBITRIUM IUDICIS en la pretitum doloris

Si bien es cierto que para que haya responsabilidad se necesita se configuren los requisitos del daño -

debe ser personal, cierto y antijurídico-, en la determinación del monto no patrimoniales aparte de exigirse la existencia de estos, se tiene que demostrar su intensidad. Es por medio de una convicción adecuada que el juzgador determinara, a su prudente arbitrio, el monto por concepto de daño moral (subjetivo) que se plasmara en la sentencia.

Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que el justiprecio del dolor ajeno no es materia de ninguna ciencia ni artes que puedan ser objeto de la especialización intelectual de los hombres, puesto que, en un avanzar jurisprudencial, se llegó a la conclusión que la reparación de este tipo de daño al carecer de materialidad no es posible su avalúo por este medio. No obstante este tipo de prueba, la pericial, se ha considera como medio de colaboración a la función que debe desempeñar el juez para determinar el monto, puesto que, puede aportarle elementos de juicio valiosos a la hora de mirar la intensidad de las secuelas dejadas por el hecho.

Tal potestad por parte del juez para tasar el porcentaje en dinero, no es un poder ilimitado o dejado a su pleno arbitrio, ya que como se dijo este debe ser prudente. Es prudente en la medida que, una vez el juez ha dado por cierto la existencia del hecho, el concepto otorgado por reparación debe estar enmarcado dentro de las restricciones correspondientes a su función y lo que debidamente se ha probado en juicio.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 10

En cuanto a los topes, ambas Cortes fijan como derroteros ciertas sumas para mantener el carácter compensatorio de la reparación del daño moral (subjetivo). Referente a esto se debe decir que, de tiempo en tiempo la Corte suprema de Justicia revisa dichos topes a fin de garantizar la imposición de condenas que reconozcan la pérdida del poder adquisitivo del dinero a la hora del fallo. Ejemplo de lo anterior ocurrió en el año 2009 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala Civil, sentencia del 20 de enero de 2009, Expediente No. 170013103005 1993 00215 01), cuando condeno a un de pago de \$40 millones de pesos, suma inferior a la otorgada por el Consejo de Estado, pues, este en virtud de sentencia de 2001 (CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646. Consejero Ponente enrique Gil Botero) planteo un derrotero oscilante en los 100 SMLMV.

Vale aclarar, aun se encuentren estas sumas allí al momento de dictar un monto en la sentencia condenatoria, estos topes son solo guías y no tiene carácter de obligatorios puesto que podrá apartarse de ellas el juez, pero siempre que fundamente razonablemente los motivos que lo llevaron a apartarse de esta denominada *doctrina probable*. Así lo ha reiterado tanto la Corte Suprema –

Sala civil- como el mismo Consejo de Estado.

4. LA CONDENA NO PUEDE CONVERTIRSE EN MEDIO DE VENGANZA

Acudiendo al *arbitrium iudicis* dependerá de la función del juez como administrador de justicia y como director del proceso el llevar el proceso a un buen término, de forma que no se constituya en un aprovechamiento excesivo para la víctima ni una desventaja ridícula y mediocre para el responsable.

Debe pensarse en el objetivo (por ej.) del principio de la reparación integral, el cual exige que, en la medida que se pruebe la intensidad de lo ocasionado será ello lo que determine la medida de compensación y no la conducta del responsable. Además recordemos que la fijación de esta reparación se rige por la conciencia y la prudencia del juez como tercero imparcial, en ningún momento puede este convertirse en medio de venganza para alguna de las partes.

5. DINERO COMO UNIDAD DE MEDIDA

Lo más común es decir que el dinero es un medio por el cual las personas satisfacen sus necesidades. Ahora, dentro de un proceso de condena, dice la corte, cumple una doble función: por

una parte es un medio de equivalencia cuando se trata de restituir un patrimonio menoscabado y por otro lado se desempeña de manera puramente satisfactoria cuando se trata de un perjuicio no patrimonial, como es el caso de los morales subjetivos. Esta función última no quiere decir que con dinero pueda reemplazarse el dolor o angustias experimentadas ni mucho menos hacerlas desaparecer, lo que si busca, en la medida de lo posible, es que dichas consecuencias del hecho dañoso sean más llevaderas abriéndole al afectado una nueva manera de alivio y bienestar.

6. PARALELO EN LO EXPRESADO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA CIVIL- Y EL CONSEJO DE ESTADO

Partiendo de que en ambas cortes se reconoce la reparación por concepto de de daño moral (subjetivo), se toma como eje de comparación una sentencia por cada corte del año 2011. A saber:

6.1. Consejo De Estado

En sentencia de **junio 30 (CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. Sentencia 30 de 2011, radicado No. 19001-23-31-000-1997-04001-01[19836].** Consejero Ponente **DANILO ROJAS BETANCOURTH**), se

plasma claramente a lo que a este tema se viene informando. Así:

- Nos informa que cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "*el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien*".
- Esta dentro de la carga de la prueba el demostrar la magnitud del agravio, es... *a la parte interesada quien le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como 'onus prodandi, incumbit actori' y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo 'reus, in excipiendo, fit actor'. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C. Cuando se pretende el reconocimiento de perjuicios morales, la parte demandante tiene así el deber mínimo de probar su existencia y*

esta Corporación ha avalado los indicios como un medio de prueba para su configuración.

- Respecto de la prueba indiciaria nos remiten al Dr. Hernando Devis Echandía, quien haciendo referencia a Gianturco, señaló que: *"entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos".* (...) como ejemplo nos señala allí que el parentesco representa un indicio para la configuración de ese daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente. Las razones que sustentan el paso del hecho indicador del parentesco, a la circunstancia de que el daño causado a una persona afecta moralmente a sus parientes, se fundamentan en que: a) la experiencia humana y las relaciones sociales enseñan que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua y b) las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus

integrantes (artículo 42 de la C.P.). Actualmente la posición jurisprudencial considera que basta la acreditación del parentesco para inferir el daño moral.

- En cuanto a la tasación del monto de los perjuicios morales indica que *ha de hacerse en salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v) y no en gramos oro como anteriormente sucedía,* además está dentro de la función que desempeña el juez el sujetarse a los principios de reparación integral y de equidad y al deber de liquidar las condenas mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia.
- Finalmente se pronuncia en cuanto al prudente arbitrio del juez argumentando que, *en el juez administrativo radica la facultad discrecional de determinar el monto a reconocer cuando se trata de perjuicios morales. Discrecionalidad que está regida: a) bajo el entendido de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, más no de restitución, ni de reparación; b) por la aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 ; c) por el deber de estar sustentada en los medios probatorios que obran en*

el proceso respecto de perjuicio y su intensidad y por el d) deber de estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad. El monto a indemnizar por un perjuicio moral depende de la intensidad del daño. Cuando el perjuicio moral es de un mayor grado, se ha considerado como máximo a indemnizar la suma de 100 s.m.l.m.v a la fecha de la sentencia, lo que "no significa que no pueda ser superior cuando se pide una mayor indemnización y se alega y demuestra una mayor intensidad en el padecimiento del daño moral

6.2. Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala Civil, sentencia del 17 de noviembre de 2011, Magistrado ponente: **WILLIAM NAMÉN VARGAS**. Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01) nos refiere igualmente a lo anteriormente dicho por el Consejo de Estado, así:

- La noción de daño moral (subjetivo) es aquel perjuicio *"que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc."*

- En el mismo sentido que lo ha expresado el Consejo de Estado, nos dice en esta misma sentencia la Corte Suprema que *'toda 'decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso', sujetas a su valoración racional e integral 'de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos'...* la noción de carga de la prueba incluye para el juzgador una regla de juicio que le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la demostración de los hechos en que se fundamenta la pretensión o la excepción' y *'se traduce en la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho según que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o de su existencia.*
- Frente a los indicios en esta sentencia solo expresa que estos hacen parte de los medios de prueba. Y en cuanto al parentesco señala que sí es determinante, pero no en la medida que lo hace el Consejo de Estado, pues de por sí allí esto ha de servir de indicio probatorio.
- en igual dirección que el Consejo de Estado se pronuncia la Corte Suprema

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 10 de 10

de Justicia diciendo que *la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.*

“Al respecto, [d]entro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

7. CONCLUSIONES

Vemos así, dentro de la jurisdicción, sea en lo contencioso administrativo o en lo ordinario en su especialidad civil, que este tipo de daño/perjuicio (subjetivo) es reconocido y procede su reparación. Sin embargo, si bien es cierto lo anterior, al analizar los pronunciamientos de ambas altas cortes, puede evidenciarse que un

proceso que se tramita ante lo contencioso administrativo lleva consigo ciertas garantías que a la hora de dictarse un fallo son determinantes, tal como lo es el parentesco que para efecto de probar la existencia de este tipo de daño, es un excelente medio de prueba en lo contencioso administrativo porque brinda de entrada el reconocimiento de la afectación respecto al hecho.

Pero en fin, lo que consideramos es la razón relevante de la disparidad de las compensaciones entre una y otra, yacería en la calidad del victimario, dado que se toma como más gravosa que dicha infracción haya sido realizada por una persona vinculada y en ejercicio de funciones públicas en nombre del Estado. Debe resaltarse, que esta deducción es un resultado de la lectura de los pronunciamientos del Consejo de Estado y el artículo 2º de la Constitución Política, el cual, según desarrollo igualmente jurisprudencial, dicta que cada autoridad de la república esta instituida a la protección de las personas y a la realización de los fines del Estado –autoridad que no esté constituida para ello no tiene razón de ser dentro del Estado colombiano-, por ende, ninguna persona ni ningún ente está en mayor capacidad de cumplir con los principios de reparación integral y equidad más que el mismo Estado.