

Tabla de Contenido

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	PRECEDENTES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL	4
A.	La negación de la resarcibilidad daño moral.....	4
B.	El daño moral en el código de Bello y su paso a Colombia	5
III.	ITINERARIO DEL DAÑO MORAL EN LA CORTE SUPREMA	6
A.	El Caso Villaveces.....	6
1.	Hechos.....	7
2.	Fundamentos de derecho:.....	7
B.	La expansión del caso Villaveces.....	10
1.	El concepto de daño moral	10
2.	Daño Moral por lesionar la honra y fama de una persona.	12
3.	Presunción por muerte de pariente pero no por lesión a la honra.....	13
4.	No es exacto que al reparar el daño material se incluya el moral	13
5.	Daño Moral por la muerte de un pariente	13
a)	Presunción de daño moral por muerte de pariente próximo.....	14
b)	La presunción judicial basada de su exigencia en los vínculos familiares, puede ser desvirtuada.....	14
c)	La intensidad del perjuicio moral es proporcional al grado de parentesco ..	15
6.	Daño moral para parientes o amigos por lesiones a víctima que no fallece.....	16
7.	Los menores de corta edad también pueden sufrir daños morales.....	17
C.	Arbitrium iudicis.....	18
a)	El arbitrio judicial no es arbitrariedad o capricho.....	19
b)	En segunda instancia elevar la condena por daños morales puede violar el principio de la reformatio in peius	19
c)	Existencia de Topes máximos de compensación por daño moral	20
(1)	Los topes no son obligatorios.....	22
(2)	El daño moral no es fuente de enriquecimiento ni venganza contra el responsable.....	24
D.	Daño moral por terminación unilateral del contrato de trabajo	25
E.	El fantasma del daño moral objetivado y subjetivado	26
F.	No se reconoce su existencia víctimas que fallecen instantáneamente.....	27
G.	Perjuicio moral al hijo póstumo.....	27
H.	El daño moral resarcible debe cumplir con todas las nota esenciales de todo daño: debe ser cierto, personal y antijurídico.....	28
IV.	EL DAÑO MORAL EN EL CONSEJO DE ESTADO	30
A.	Liquidación se hace en salarios mínimos	30
B.	El fallo ultra petita y los topes máximos del daño	31

“Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia

C.	Presunción de daño moral en los hermanos de víctima fallecida.....	32
D.	La cuantía se fija en atención al grado de parentesco.....	33
E.	El daño moral en los hijos de crianza	33
F.	El daño moral tiene que tener cierta entidad. No toda molestia los causa	33
G.	No hay daño moral en hermano que nace posteriormente al hermano fallecido. No se equipara al hijo póstumo	34
H.	Presunción de Daño moral por de lesiones físicas	35
I.	No parientes de la víctima pueden sufrir daño moral.....	35
J.	El daño moral a la persona jurídica	36
K.	En el daño moral puede existir el elemento corporal	37
L.	Distinción del daño moral con el daño a la vida de relación.....	38
V.	CONCLUSIONES SOBRE EL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA	39

ITINERARIO JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO MORAL EN COLOMBIA

Obdulio Velásquez Posada¹

I. INTRODUCCIÓN

Después de 87 años desde que la Corte Suprema de Justicia reconociera por primera vez la resarcibilidad del daño moral en el famoso caso Villaveces, los límites y naturaleza del daño moral continúan desafiando los principios de la reparación del daño y presentado vaguedad y falta de claridad en muchos de sus aspectos. Ciertamente algunos aspectos de la reparación del daño moral pueden considerarse estables en nuestra jurisprudencia, pero muchos otros tardaron tiempo en dilucidarse, y aún hoy presentan dudas y suscitan perplejidades. La batalla que se dió para reconocer la resarcibilidad del daño moral ahora se traslada al reconocimiento de otros daños extrapatrimoniales, alegadamente autónomos e independientes del daño moral.

Hay un consenso en la jurisprudencia y la doctrina nacional sobre la resarcibilidad del daño desde el caso Villaveces. No obstante a partir del momento de su aceptación, múltiples preguntas y dudas plantea el daño moral en todos los niveles del conocimiento jurídico: el filosófico, el científico, el técnico y el prudencial.

¹ **OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA.** Abogado, Master of Laws. Miembro del IARCE; profesor de responsabilidad civil. Dirige la línea de investigación de responsabilidad civil y del Estado del Grupo de Investigación de derecho privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana clasificado B por Colciencias. Rector de la Universidad de La Sabana. Correo: obdulio.velasquez@unisabana.edu.co

Desde el conocimiento filosófico del derecho, del daño moral resarcible emergen preguntas como: ¿qué es el daño moral y si es posible su resarcibilidad? ¿qué diferencia existe entre el daño moral y otros daños extrapatrimoniales? ¿hay verdadera distinción entre uno y otro?. ¿se puede clasificar a su vez el daño moral en varias especies, como el *pretium doloris* y el *pretium affectitatis*?, el daño moral objetivo y el daño moral subjetivo?

El conocimiento científico del derecho nos aboca a problemas como: ¿cuál es el fundamento de derecho para el reconocimiento de la resarcibilidad del daño moral? Es decir, cuales son los títulos jurídicos o las fuentes del derecho y su interpretación?

El derecho como arte, nos lleva a preguntarnos: ¿cómo reparar?; ¿quiénes están legitimados?; ¿cómo enfrentar los topes máximos fijados por la jurisprudencia, cuando son unos al momento de la demanda y quizás otros, varios años después, al momento de la sentencia de última instancia?; ¿constituye esto fallo *ultrapetita*?; ¿Cómo lograr pues, una reparación integral cuando la condena en daño moral es compensatoria?.

El cuarto nivel del conocimiento jurídico, el prudencial, demanda al intérprete del derecho y muy particularmente a quien tiene la *potestas* de decir el derecho con carácter vinculante - el juez- y así realizar el ideal de justicia del derecho: dar a cada uno lo suyo.

Pero para que el juez pueda dar a cada uno lo suyo, lo que el derecho le ha otorgado en la reparación del daño moral, el juez debe resolver varias preguntas. Así por ejemplo: ¿cómo ejercitar el *arbitrium iudicis* en la cuantificación del monto a compensar por el daño moral?; ¿quiénes están legitimados para solicitar la reparación del daño moral?, ¿únicamente la víctima directa o también sus parientes?; ¿Parientes próximos o también lejanos?; hijos póstumos o hermanos nacidos con posterioridad a la muerte de un hermano? ¿Puede extenderse esa reparación a toda persona más allá de los vínculos de la sangre?; ¿cómo se prueba ese daño moral?; ¿se puede presumir?; en caso afirmativo, ¿en qué casos y límites?; ¿qué criterios se han de fijar para reparar el daño moral?; ¿debe ser la reparación de modo simbólico o dinerario o ambas?; ¿cómo han de operar los topes en la cuantía señaladas por la jurisprudencia?; ¿conviene mantenerlos?; ¿son obligatorios?; ¿deben intervenir peritos en auxilio de los jueces para determinar la existencia, intensidad, forma y cuantía a determinar como compensación por el daño moral?. Al reconocer otros daños extrapatrimoniales ¿no se estará dando una doble reparación?. Es decir si son tan autónomos como se dice el daño moral y los demás daños extrapatrimoniales?.

El propósito de este escrito es mostrar algunas de las respuestas que nuestra jurisprudencia desde 1886 ha dado entorno desarrollo del daño moral y su naturaleza analizando a través de más ciento treinta y un años (desde 1886 hasta el año 2009). Para trazar este itinerario jurídico nos focalizaremos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, concordada con la jurisprudencia pertinente del Consejo de Estado, procurando mostrar un panorama comparado que ilustre los límites, avances y perspectivas del itinerario jurídico del daño moral.²

² OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA. *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, ed. Universidad de la Sabana y ed. Temis, 2009.

II. PRECEDENTES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

A. La negación de la resarcibilidad daño moral

La no resarcibilidad del daño moral encuentra para algunos sus antecedentes ya en el mismo derecho romano. Encontramos en el Digesto 9.3.7 que aunque una cicatriz pueda deformar no es posible una valoración económica (*aestimatio*), porque el cuerpo de un hombre libre no tiene valor. “Cuando lo que se hubiere arrojado o vertido, se hubiese lesionado el cuerpo de un hombre libre, el juez computa los honorarios satisfechos la médico y los demás gastos que se hicieron en la curación; además la estimación de los servicios de que careció o ha de carecer porque quedó inútil. Mas no se hace estimación de la cicatrices o de la deformidad porque el cuerpo de un libre es inestimable”³.

No obstante para algunos autores como, IHERING y MAZEAUD, el daño moral está ya en antiguo derecho de venganza y se presenta también en el derecho romano donde el juez debía, en atención a las circunstancias del caso, fijar la suma que sirviera de satisfacción del ofendido en casos de perturbaciones al bienestar o a la convivencia de la víctima, los desagradados, las agitaciones del espíritu y las vejaciones que la víctima haya sufrido, además de los perjuicios pecuniarios.

Es JORGE PEIRANO FACIO quien relata que autores como CINO DE PISTOIA y BALDO que si bien negaban la resarcibilidad del daño moral, habían aceptado una acción civil de reparación por los daños patrimoniales derivados de la producción de un daño moral. Es lo que posteriormente se ha llamado daño moral objetivado.

Las razones para negar la resarcibilidad del daño moral, no su existencia, que siempre ha sido clara, tuvo unas consideraciones de tipo ético y jurídico ya esbozadas en el pasaje del Digesto antes citado.

Las razones morales y éticas se basan en que la dignidad de una persona no permite que su daño pueda ser equiparado al dinero. En este sentido es ejemplar la cita de RIPERT para quien “sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos, haya de consolarse de golpe a merced de la indemnización que habrá de recibir”. Esta postura de la doctrina francesa tenía como fundamento el aforismo acuñado por el Consejo de Estado francés: “las lágrimas no se pagan” (“*les larmes ne se monnayent point*”) (*las lágrimas nunca se amonedan*).⁴

En igual sentido en Alemania HANS A FISCHER en los albores del siglo XX niega la resarcibilidad del daño moral cuando afirma:

¿Cómo es que el honor y el sentimiento del Derecho y la Justicia son valores comerciales, tasables en dinero cuya violación pueda convertirse en fuente de

³ El texto original del Digesto 9,3,7 dice: “*Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*”.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia del 20 de mayo de 1952.

lucro?. No puede negarse que esta ideología ha penetrado hondamente en la conciencia jurídica actual; y no parece que fuese otro, tampoco el criterio de los romanos. Las fuentes romanas, que conceden indemnizaciones en metálico siempre que se trata de lesiones y abusos de esclavos, las niegan tratándose de personas libres. El Hombre libre y su integridad física están muy por encima de semejante tasación pecuniaria.”⁵

Las razones jurídicas para negar el resarcimiento del daño moral tuvieron muchas fuentes: En primer lugar la noción de daño resarcible del derecho romano en la *Lex Aquilia* se encontraba con que daño era equivalente a disminución de un patrimonio, como parece desprenderse de la sentencia del Digesto libro 32, título 2, ley 3ª. Los daños morales, entonces, si bien fueron considerados una ofensa para la víctima, en su esencia no eran un atentado a un patrimonio que tuviera derecho a ser reparado.

No faltaron voces que argumentaron que al aceptar la resarcibilidad del daño moral se afectaría negativamente toda la teoría de la reparación del daño. Reconocer reparación económica por el daño moral abriría la puerta para indemnizar, no solo al ofendido directamente, sino también a un número indeterminado de personas que podrían alegar perjuicio como los cónyuges, hijos, hermanos, amigos, etc.⁶

Entrado en vigor el positivismo jurídico, en donde todo el derecho se agota en la ley, se esgrimió como argumento para negar el daño moral con la simple y pobre razón ius positivista: “ la ley no lo contempla”.

B. El daño moral en el código de Bello y su paso a Colombia

La tendencia a negar la reparación del daño moral tiene su expresión en el código civil de Andrés Bello quien en el artículo 2331 del Código Civil Chileno estableció que en caso de “imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero”. El carácter restrictivo del resarcimiento moral se enfatiza al final del citado artículo cuando preceptúa que no habrá lugar ni siquiera al daño emergente o al lucro cesante “ si se probare la verdad de la imputación”.

Hemos confrontado que este artículo de Bello no tiene antecedentes en las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio ni en el Código Civil francés y fue el único artículo que no pasó a nuestro código civil en lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual.⁷

⁵ HANS A FISCHER. *Los daños civiles y su reparación*. Trad W ROCES, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Serie B. Vol V. Madrid 1928 p. 227.

⁶ ANTONIO BORRELL MACIA. *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 213 a 215.

⁷ OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Op.cit, pp. 185-202.

La doctrina y jurisprudencia chilena debieron luchar contra este artículo durante todo el siglo XX cuando las tendencias del derecho abrían las puertas al daño moral indemnizable. Nuestra jurisprudencia y doctrina no se percataron de la pérdida del artículo 2331 del Código Civil chileno en su paso al Código de Cundinamarca y luego al del Estado de la Unión. Pensamos que de haberlo hecho hubieran tenido un argumento más fuerte para reconocer su resarcibilidad con argumentos más o menos del siguiente tenor: Si el código chileno lo prohíbe, y el nuestro lo excluyó, puede inferirse que nuestro legislador no quiso establecer la prohibición y en consecuencia, abrió la posibilidad de su reparación.

Para salvar el escollo que presentaba el artículo 2331 la jurisprudencia chilena acudió a una interpretación rebuscada diciendo que si el legislador había expresamente limitado la reparación a los perjuicios materiales en los casos de injuria y calumnia era porque había otros daños, los morales, que sí se aplicaban por principio general a todas las otras circunstancias y solo se excluían en los casos de injuria y calumnia.

La muerte del artículo 2331 del CC Chileno solo llegó el año 2008, por una inconstitucionalidad sobreviniente. En criterio del Tribunal Supremo de Chile el artículo 2331 es inconstitucional y lo declaró inaplicable. Según el fallo del Tribunal el citado artículo contiene una limitación que atenta contra el derecho a la honra consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución y por lo tanto resulta inaplicable su tenor literal que niega el derecho a indemnización en el caso de imputaciones injuriosas que no causen un daño patrimonial.⁸ En palabras del Tribunal: “la infracción constitucional que la posible aplicación de la norma impugnada puede producir en el caso concreto ha de encontrarse en su severo carácter restrictivo en el goce de un derecho que la Carta Fundamental consagra y ordena proteger, mismo que no resulta posible justificar como proporcionado en el logro de otros fines igualmente legítimos.”⁹

III. ITINERARIO DEL DAÑO MORAL EN LA CORTE SUPREMA

A. El Caso Villaveces.

Por ser este el caso germinal del reconocimiento de la resarcibilidad del daño moral vemos conveniente exponerlo de modo más detallado para facilitar el análisis posterior de los desarrollos jurisprudenciales. En síntesis puede decirse que en el caso VILLAVECES el señor León Villaveces demandó al Municipio de Bogotá para que se le indemnizara los daños materiales y morales que le causaron con la destrucción de un mausoleo de su propiedad y la desaparición de los restos mortales depositados allí de su difunta esposa Emilia Santamaría. Los empleados del cementerio, por descuido, exhumaron los restos de la señora Emilia Santamaría y los depositaron en una fosa común.

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia, rol N° 943, de 10 de Junio de 2008.

⁹ Ibidem.

1. Hechos.

1. El señor LEÓN F. VILLAVECES, había sepultado el 14 de Noviembre de 1893 a su esposa, la señora EMILIA SANTAMARIA de VILLAVECES en el cementerio nuevo oriental de la ciudad de Bogotá, en el barrio de las nieves, en la bóveda número 102.
2. En el mes de Marzo de este mismo año, fueron exhumados y colocados en una fosa común los restos de la señora de Villaveces por los empleados del cementerio, sin consultarlo con el esposo.
3. El señor Villaveces demandó al Municipio de Bogotá para que se le entregase la bóveda 102, los restos de su esposa, la lápida de mármol y el ataúd, y que se le pagara todos los daños materiales y morales que había sufrido por haber extraído indebidamente de la bóveda los restos de su esposa.
4. El juez de primera instancia condenó al Municipio de Bogotá a entregar al señor León Villaveces, la bóveda número 102 del cementerio nuevo oriental y los frutos civiles de ésta bóveda percibido desde el 15 de Marzo de 1914, hasta el día de la restitución, a razón de tres pesos oro anuales, y los restos que la misma bóveda contenía de la señora Emilia Santamaría de Villaveces. Apelado este fallo por ambas partes, fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá.
5. El caso llega a la Corte Suprema por el recurso extraordinario de casación. En sentencia del 21 de julio de 1922 la Corte resuelve casar la sentencia ya que violó el derecho sustancial al no reconocer los daños morales solicitados. En consecuencia la Corte Suprema profiere sentencia sustitutiva (1924) condenando al municipio de Bogotá a pagar al señor León Villaveces los perjuicios materiales y los morales sufridos por la indebida extracción de los restos de la señora Emilia Santamaría.

2. Fundamentos de derecho:

Los argumentos de derecho invocados por la Corte para reconocer los perjuicios morales se centran en la interpretación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil en los siguientes términos:

La Corte manifiesta que el artículo 2356 del Código civil extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho. Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente.¹⁰

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Bogotá. 21 de Julio de 1922, M.P. Tancredo Nannetti, Gaceta Judicial, Tomo XXIX No. 1515. p. 220.

“Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia

Casada la sentencia la Corte en 1924 profiere la sentencia sustitutiva una vez los peritos rindieron su concepto. En este fallo de 1924 la Corte señaló los criterios que a su juicio debían regir la reparación del daño moral:

- El señor Villaveces sufrió un daño moral que debe ser reparado a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, “por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad.”¹¹
- La alegada imposibilidad de fijación del *quantum* de la indemnización por daños morales no debe excluir su reparación
- El objeto de la reparación del daño moral es reparar el dolor sufrido. La Corte lo expresó así: “La indemnización en éste caso debe tener por objeto repararle al señor Villaveces el dolor sufrido, reemplazando con otra cosa que sirva de homenaje y evocación a la memoria de su esposa muerta, la propia tumba de ella. Esa cosa no puede ser otra que un monumento artístico, que por sí sólo, o con los restos si se pueden restituir, llene el vacío que produjo el quebranto moral del demandante.”¹² (Sin subrayar el original)
- El daño puede ser patrimonial o moral. “Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente.”¹³

La Corte encontró que el mejor modo de determinar la reparación del daño moral se hacía por dictamen pericial. A los peritos se les dieron los criterios que deberían tener en cuenta a la hora de sugerir la reparación del daño moral. Alaba la Corte los el modo como los peritos llegan a la determinación de la cuantía,

“Los expertos nombrados por la Corte han sorteado de modo inteligente el escollo de la indeterminación de la cuantía, que es uno de los más serios reparos que se le hacen a la indemnización de los perjuicios morales, por la falta de unidad de medida para su apreciación. Ellos han buscado una reparación que pueda reemplazar de alguna manera el bien perdido para el deudo que fue lastimado en sus más íntimos afectos por el acto imputable a negligencia o descuido de los empleados de la entidad demanda.”¹⁴

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Bogotá. 22 de agosto de 1924. M.P. Tancredo Nannetti. Gaceta judicial T XXI. p. 82.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem, p 83.

Los considerandos de los peritos, aceptados por la Corte, para determinar el quantum de indemnización son importantes de resaltar:

1º los peritos valoraron que el daño no fue causado con dolo, solo por descuido eso lo tuvieron en cuenta para determinar la cuantía. “ Pues bien en el presente caso podemos afirmar que no obstante la falta de intención dolosa del Municipio o sus agentes, quienes al extraer indebidamente los restos de la señora Villaveces y arrojarlos a la fosa común, no pudieron tener el propósito de agraviar al demandante, lo que sin duda debe tenerse en cuenta para regular con espíritu de benevolencia a favor del demandado la indemnización que debe abonar.”¹⁵ (Sin subrayar el original)

2º Encontraron prueba de la existencia e intensidad del dolor sufrido por el señor Villaveces para poder valorar el perjuicio: Lo cierto es que el daño del señor Villaveces, dicen los peritos, “fue positivo, porque hay datos elocuentes que revelan la profunda estimación, el gran valor de afecto, que él cultivaba por las cenizas de su esposa”. Los datos son dos:

a. “Ya que se preocupó no solo por adquirir en propiedad la bóveda en que reposaban, sino hasta por pedir a Europa la lápida.

b. Si a esto se agrega la buena posición social de Villaveces y su señora, su educación y espíritu cultivado, fácilmente se comprende que el dolor sufrido por aquél al privársele de los referidos restos, tuvo que ser intensísimo”¹⁶

Terminan los peritos su dictamen señalando la reparación simbólica debe sustituirle el monumento fúnebre como se hace a los soldados muertos y desconocidos, la siguiente manera:

“Las consideraciones que preceden nos hacen pensar que la indemnización materia de nuestro dictamen debe tener por objeto repararle a Villaveces el dolor sufrido, reemplazando con otra cosa que sirva de homenaje y evocación a la memoria de su esposa muerta, la propia tumba de ella. Esa cosa no puede ser otra que un monumento artístico, que por sí solo, o con los restos si se pudieren restituir, colme el vacío que produjo el quebranto moral del demandante...”

Ahora bien los peritos estiman que el costo de ese mausoleo no podía ser inferior a tres mil pesos (\$ 3000.) atendiendo a la “posición social de los interesados, su cultura, la magnitud del pesar causado, etc.”¹⁷

Luego la Corte pasa a examinar el papel del dinero cita al profesor Nicolesco, para quien “el dinero constituye casi el único medio de reparación.” La Corte dice que el dinero

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

cumple una doble función. Una de equivalencia, cuando se trata de restituir un patrimonio menoscabado, y una función, puramente “satisfactoria, cuando se trata de un perjuicio no patrimonial.”¹⁸

Se pregunta la Corte, cómo llenará esa función satisfactoria? Y concluye que obviamente no “será reemplazando el dolor experimentado, los afectos perdidos, pero sí haciéndolos menos sensibles, borrando si ello es posible, las consecuencias de esas sensaciones; no colocando al damnificado en condiciones de rehacerse de los bienes que ha perdido, pero sí, abriéndole una nueva fuente de alivio y de bienestar.

Gracias al dinero podrá procurarse sensaciones agradables que vendrán a contrarrestar, a compensar las sensaciones dolorosas o desagradables que haya experimentado. En la vida ordinaria también el dinero tiene no solamente función de proveer a las necesidades materiales del hombre, sino que con él se satisfacen también las necesidades morales, intelectuales y artísticas.”¹⁹

Señaló la Corte que el perjuicio no patrimonial puede ser por ofensa a la honra o a la dignidad personal o causando dolor o molestia, abriendo así la posibilidad del reconocimiento de otros daños extrapatrimoniales diferentes al moral.²⁰ En sentir de Tamayo Jaramillo, dicha sentencia “sentó las premisas suficientes y necesarias para estructurar toda una teoría de los perjuicios extrapatrimoniales [...] expresamente el fallo acepta la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales, todos ellos indemnizables, uno de los cuales es el denominado *perjuicio moral subjetivo* o de afección.”²¹

B. La expansión del caso Villaveces

Con el reconocimiento de la resarcibilidad del daño moral por parte de la Corte Suprema de Justicia se inicia un itinerario jurídico para ir aclarando y fijando los criterios de la reparación del daño moral. Con el fin ir señalando la evolución jurisprudencial sobre el daño moral tomaremos los temas nucleares del daño moral y su reparación a medida que van surgiendo en el proceso histórico a fin de mostrar, en la medida de lo posible, un marco cronológico.

1. El concepto de daño moral

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, Op. Cit. p 486.

²¹ Tamayo Jaramillo, Op. Cit. Tomo II p 125. En el año 2003 publicamos un artículo en que analizamos la expansión de los daños extrapatrimoniales, sus límites y críticas cfr. OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA. *Del daño moral y el perjuicio a la vida de relación hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales*. Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad civil y del Estado No 16, 2003, pp. 63 y ss.

“Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia

Como ha sido ampliamente expuesto en el caso Villaveces se dijo que el daño era el *pretium doloris* que podía darse cuando a una persona se le causaba una “ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente.”²²

A partir de esta primera definición, la Corte a lo largo de su jurisprudencia ha empleado variedad de descripciones y definiciones del daño moral. Así por ejemplo en 1991 lo definió como el “deterioro en patrimonio moral por el daño ocasionado en los derechos como el de la personalidad, derecho a la vida, cuerpo, salud, etc., de sí mismo o de un familiar.”²³ En otra ocasión la Corte lo describe como la “consecuencia de un dolor psíquico o físico.”²⁴

En ocasiones las definiciones son más descriptivas y se dice que el perjuicio moral es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece”.²⁵

En ocasiones se le define como vulneración a “intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento”²⁶ “La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza”,²⁷ se afirmó en otra ocasión.

En conclusión podemos afirmar que nuestra jurisprudencia ha sido constante desde 1922 en definir el daño moral como el *pretium doloris*, siguiendo muy de cerca la doctrina y jurisprudencia francesa

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Bogotá. 21 de Julio de 1922, M.P. Tancredo Nannetti, Gaceta Judicial, Tomo XXIX No. 1515. p. 220.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1991 septiembre 09.G.J.T. CCXII, No. 2451, págs. 78-88.

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2001 agosto 17 Expediente 6492 Ponente Jorge.Santos Ballesteros.

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1999 mayo 05 Expediente 4978 Ponente Castillo Rugeles, Jorge Antonio.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972.

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972. El Consejo de Estado, en sentencia del 31 de enero de 1989, expediente 5284, reconoció perjuicios morales a los autores de un diseño que fue reproducido sin su autorización en la emisión de una estampilla por la administración postal, que además omitió el nombre de sus creadores en la misma.” Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia abril 13 de 2000, Expediente 11892.

2. Daño Moral por lesionar la honra y fama de una persona.

El primer caso en que tiene oportunidad la Corte Suprema para pronunciarse sobre la procedencia de la reparación del daño moral por atentados contra el honor y fama de una persona, ocurre en 1933 cuando aun reconocido médico se le imputó falsamente por medios de comunicación ser traficante de drogas prohibidas por la introducción de 100 kilos de opio que requería para fines farmacéuticos y que contaban con el respectivo permiso de importación.²⁸

Al condenar al pago por daños morales la Corte advirtió que “las noticias difamatorias perjudican en sumo grado a los profesionales en general, pero en especial a un médico ya que el público le tiene confianza”. El daño moral lo constituyó la “mortificación, el descrédito ocasionados por la imputación de introducir drogas al país en forma clandestina o de contrabando.”²⁹

Este es el primer fallo después del caso Villaveces sigue una interesante línea jurisprudencia. Determina que el perjuicio moral debe “repararse en dos formas: 1º Por medio de una publicación que permita al perjudicado reivindicar ante el país el crédito perdido, en la medida de lo posible y 2º reconociéndole una compensación pecuniaria que trayéndole cierto bienestar y comodidades, repare los daños sufridos, para el futuro.”

³⁰ El dictamen de los peritos recomienda pagarle \$ 2000 por daños morales causado por las publicaciones injuriosas. No obstante la Corte no acepta reconocer esos daños morales porque no encontró nexo causal entre la actuación de los agentes de la aduana y el gobierno y la publicación. “Empero, para que este reconocimiento se realice es necesario que el perjuicio sea cierto, actual y que se demuestre que es una consecuencia inmediata, directa y necesaria del hecho generador de la responsabilidad, como una relación precisa entre el agente activo del menoscabo y el agente pasivo que lo soporta.”³¹

Luego en 1941 la Sala de Negocios Generales de la Corte vuelve a tomar el tema de la lesión al honor como un daño moral y hace una clasificación o distinción de dos formas de daño moral. El daño moral, dice la Corte, “se subdivide en dos categorías: 1- los que perjudican la parte social del patrimonio moral: honor, consideración, reputación , etc. 2- los que menoscaban la parte afectiva del patrimonio moral : sentimientos, afectos, pensamientos, etc.”³²

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de negocios generales. Bogotá. 20 de noviembre de 1933. M.P. Enrique Becerra. Gaceta judicial T. XXXIX. p. 197.

²⁹ Ibidem.

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de negocios generales. Sentencia del 20 de noviembre de 1933. M.P. Enrique Becerra. Gaceta judicial T. XXXIX. p. 201.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de negocios generales. Sentencia del 20 de noviembre de 1933. M.P. Enrique Becerra. Gaceta judicial T. XXXIX. p. 202.

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de abril de 1941, GJ T. XLI. P 786, M.P: Aníbal Cardozo Gaitán.

Este criterio es repetido en numerosos fallos de la década de 40. Así por ejemplo en 1941 se dijo que la “La doctrina francesa distingue el dolor moral del perjuicio moral no afectivo entendiendo por este último, el que se deriva de los atentados a las libertades y derechos fundamentales como el honor y la reputación o el derecho moral de un autor sobre su obra.”³³

3. Presunción por muerte de pariente pero no por lesión a la honra

En el año 1988, con ponencia del Magistrado Alejandro Bonivento Fernández, se encuentra una sentencia en la que se adujo que si bien es procedente la reparación del daño moral, éste se puede presumir en los parientes por la muerte de un ser querido, pero que cosa distinta ocurre con los agravios al honor o reputación. En 1988 reiteró la Corte que “se acepta la resarcibilidad de los daños no patrimoniales, pero como norma general, su existencia y su intensidad deben establecerse con los medios de convicción adecuados, pues es muy restringida la materia donde el juzgador puede actuar según su prudente arbitrio, ya que no se puede equiparar el dolor por la muerte de un ser querido al agravio contra el honor o la reputación.”³⁴

4. No es exacto que al reparar el daño material se incluya el moral

No es exacto que cuando se haga estimación de perjuicios materiales se entienden incluidos en estos los de orden moral, o viceversa como equivocadamente se sostuvo en una sentencia de 1937 rápidamente corregida.³⁵

“Pueden ocurrir simultáneamente las dos clases de perjuicios- Dijo la Corte-, y no solo nada impide, sino que es lógico y acorde con la ley y la equidad, hacer la estimación de los unos y de los otros por separado, cuando el caso ocurre y cuando hay base probatoria suficiente para reconocerlos y evaluarlos. Para que un dictamen pericial sea acogido por el fallador debe estar debidamente fundado, esto es, como lo dijo la Corte en sentencia de 12 de marzo de 1937, debe haberse emitido “justamente, rectamente, con acierto, apoyado en justas y acertadas apreciaciones.”³⁶

5. Daño Moral por la muerte de un pariente

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972 .

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, 13 de mayo de 1988. M.P. Alejandro Bonivento Fernández. Gaceta judicial T. CXCII. p. 203.

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de septiembre de 1937 G.J.T. XLVI, Nos. 368.

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 14 de marzo de 1942. M.P. José Blanco Núñez. Gaceta judicial T. XLII. p. 521.

En 1937 aparece ya una sentencia en la que se reconoce a un padre una suma de dinero como compensación por el daño moral causado por la muerte de su hija. En este caso la Corte aplicó el tope de \$ 2000 que el artículo 95 del Código Penal había señalado para el daño moral.³⁷ En este sentido la Corte expresó: “en los casos en que ha podido hacerse una apreciación del daño patrimonial y son evidentes los perjuicios de carácter moral, es procedente la estimación de estos en dinero que se señaló para aquella época en \$ 2000 por extensión de lo establecido en el código penal de 1936 para la reparación del daño moral por los delitos.”³⁸

a) Presunción de daño moral por muerte de pariente próximo

Del reconocimiento de la existencia del daño moral por la muerte de un pariente, se pasó rápidamente a principios de la década de 1940 a establecer una presunción de existencia del daño morales en los padres por la muerte de un hijo. Se dijo en aquel entonces que: “La relación existente entre padre e hijo, indican que se ha inferido daño en el patrimonio afectivo, esta relación impone una condenación en el máximo del quantum autorizado por la ley.”³⁹ Y en sentencia de la misma época se establece la presunción judicial para apreciar el daño moral por el solo hecho del parentesco. Dijo así la Corte: “cabe reconocer la causación de un perjuicio moral meramente subjetivo, que no hay necesidad de acreditar, porque es forzoso presumir que entre personas normales la pérdida de una persona ligada por los vínculos de la sangre produce un sufrimiento del ánimo, tanto más hondo cuanto más cercano sea el parentesco.”⁴⁰

b) La presunción judicial basada de su exigencia en los vínculos familiares, puede ser desvirtuada.

En algunas ocasiones la presunción de la existencia del perjuicio moral por el grado de parentesco en los casos de fallecimiento de la víctima produjo discusiones si cabía probar en contrario de esa presunción. En sentencia de 1990 se lee:

“En esta clase de perjuicio al igual que en los demás, es indispensable distinguir entre la legitimación para solicitar la indemnización, la prueba de los mismos y la cuantificación del resarcimiento. La presunción judicial basada de su exigencia en los vínculos familiares, puede ser desvirtuada. La legitimación no puede limitarse a

³⁷ El artículo 95 de la Ley 95 de 1936: “si no fuera fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos.”

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de negocios generales. Bogotá. 12 de marzo de 1937. M.P. Pedro Gómez Naranjo. Gaceta judicial T. XLIV .p. 856.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Bogotá, 28 de octubre de 1942, M.P. Aníbal Cardoso, GJ T. LIV - PAG 377.

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de negocios generales. Bogotá, 04 de noviembre de 1942. M.P: Agustín Gómez Prada. Gaceta judicial T LXXIII. p. 899.

los legitimarios, ni respecto de los que no lo son, variar el medio de prueba de su existencia.”⁴¹

En otra ocasión reiterando la posición dijo la Corte Suprema. “lo perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces, puede residir en una presunción judicial. Y nada obsta para que esta se desvirtúe por el llamado a indemnizar poniéndole de presente al fallador datos que , en su sentir , evidencia una falta o una menor inclinación entre los parientes “ (Sentencia del 28 de febrero de 1990)”⁴²

Y la pregunta que surgió luego fue ¿entonces qué tipo de presunción es esta? La respuesta fue dada con claridad cuando en un fallo de 1990,⁴³ evocado en 1992 se dijo que: “hace poco menos de tres años, al proclamar sin rodeos y con el fin de darle al tema la claridad indispensable, que cuando en el campo de la prueba del daño no patrimonial la jurisprudencia civil ha hablado de presunción “ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo.”⁴⁴

Para su cuantificación sigue imperando el prudente arbitrio judicial, que no es lo mismo que veleidad o capricho. Los topes numéricos que periódicamente viene indicando la Corte, no son de obligatorio cumplimiento para los juzgadores de instancia, pero sí representa una guía.⁴⁵

c) La intensidad del perjuicio moral es proporcional al grado de parentesco

Tenemos hasta aquí pues que el perjuicio moral por la muerte de un pariente próximo se presume y que tal presunción judicial admite prueba en contrario. En 1993 se adicionó un elemento nuevo y es que el grado de parentesco indicaba o servía para presumir una intensidad diferente en el daño moral. A menor grado de parentesco, dice la Corte, menor el daño moral en su intensidad, y en consecuencia su reparación económica:

“Los jueces al regular los perjuicios deben tener presente, que cuando el perjuicio pueda ser de grado inferior por cualquier causa, como cuando es menos estrecho

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 1990. M.P. Héctor Marín Naranjo. Gaceta judicial T. CC. p. 79.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá. 05 de mayo de 1993. M.P. Nicolás Becharas Simancas. Expediente No. 4978.

⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de febrero de 1990.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 25 de 1992, expediente 3382, M.P. Carlos Esteban Jaramillo S.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 1990. M.P. Héctor Marín Naranjo. Gaceta judicial T. CC. p. 79

el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, la suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor.”⁴⁶

Nos dice el fallo citado que tal apreciación ha de hacerse en cada caso concreto y admite lógicamente disparidad de realidades. Puede darse el caso que un sobrino sufra tanto como un hermano o unos padres por la muerte de quien fuera su tío, hermano o hijo. Todo es cuestión de prueba y del sano ejercicio en la valoración de la intensidad del daño causado. Hay un caso de 1955 en el que el hermano y una sobrina del pasajero fallecido en accidente aéreo recibieron igual indemnización por daño moral que les causó la muerte del hermano y la sobrina. Dijo en ese caso la Corte: “basta el vínculo de consanguinidad con el hermano y con la sobrina fallecida, para que se presuma el perjuicio, vínculo que aparece demostrado en las actas. De acuerdo con el artículo 95 de Código Penal se le señala a cada uno de los nombrados actores el máximo señalado por esta disposición, a título de reparación con el daño moral subjetivo, por la muerte del hermano y la sobrina.”⁴⁷

6. Daño moral para parientes o amigos por lesiones a víctima que no fallece

La posición inicial de la jurisprudencia fue negar la reparación por daño moral a parientes o amigos de las víctimas que no fallecen. Así en 1956 la Corte no reconoció perjuicios morales a los padres de una mujer herida con arma de fuego. Para la Corte en aquella ocasión sólo la víctima del delito podía reclamar perjuicios morales.

“En los casos de indemnización del daño moral subjetivo los debe recibir directamente la víctima de él, no puede decretarse una nueva indemnización por el mismo concepto a los parientes y amigos, porque basándose la reparación en el dolor que el daño ocasiona se hace necesario señalar la órbita precisa de éste, a fin de evitar que, alegando la misma causa, los parientes y aún los amigos del ofendido que también han experimentado un intenso dolor se presentaren ante la justicia en demanda de nueva indemnización, lo cual daría lugar a una cadena interminable de acciones.”⁴⁸

No obstante esta tesis fue cambiada a partir de 1967 cuando la Corte ya acepta que en caso de invalidez los parientes más cercanos sí puedan reclamar los perjuicios morales y es hoy una doctrina constante de la jurisprudencia. El fallo de 1967 que corrige la postura inicial señaló que por invalidez otras personas sí podían reclamar perjuicio moral, pero lo limitó a parientes muy cercanos:

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia del 09 de agosto de 1993. M.P. Carlos Esteban Jaramillo S. Expediente No 3750.

⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, 27 de septiembre de 1955. M.P. José J. Gomez R. Gaceta judicial T. LXXXI. p. 162.

⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de negocios generales. Bogotá, 19 de diciembre de 1956. M.P. José Jaramillo Giraldo. Gaceta judicial T. LXXXIII. p. 1270.

“Por el aspecto de los perjuicios morales es obvio que la muerte o la invalidez accidentales de una persona pueda herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos, más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño moral que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente; pero como el reconocimiento indeterminado de este derecho, podría dar lugar a una ilimitada multiplicidad de acciones de resarcimiento, la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, 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.⁴⁹

Jurisprudencia posterior, tanto de la Corte como del Consejo de Estado, han eliminado la restricción de que se trate únicamente de personas con estrecha vinculación o limitado a casos de invalidez. El daño moral es una situación de facto que debe ser probada. Es posible sí presumir en los más cercanos parientes ese daño, pero esto no ha de excluir a los demás que prueben haber recibido un daño cierto. En el fondo es un problema de prueba y de correcta aplicación de la teoría del daño y su reparación y no un asunto de límite de personas legitimadas para el ejercicio de la acción civil.

Como caso curioso y equivocado con la tendencia jurisprudencial podemos reseñar que la Corte Suprema en 1991 no concedió daños morales a un hijo no legitimado con el matrimonio de sus padres por la muerte de uno de ellos. El fallo indicó que debe determinarse claramente que el matrimonio de los padres no legitima *ipso iure* al hijo sino las hipótesis del artículo 237 del Código Civil. Por lo que en desarrollo del proceso no se encontró la manifestación del acto de voluntad con el fin de legitimar uno de sus hijos nacido antes del matrimonio de los demandantes, por lo que no era posible el reconocimiento de los perjuicios morales ni aún materiales por la muerte del no legitimado.⁵⁰

7. Los menores de corta edad también pueden sufrir daños morales

Como el dolor moral envuelve la idea de conciencia y conocimiento de la realidad del daño sufrido, la jurisprudencia se preguntó qué pasaba con los infantes sin uso de razón y aún con los hijos concebidos pero nacidos póstumos; ¿Tienen ellos conciencia del daño?

La Corte tuvo oportunidad de analizar en varias sentencias si los niños de poca edad al no tener plena conciencia de los acontecimientos podían ser titulares de una reparación por daño moral como consecuencia de la muerte de los padres. En fallo un de 1950 se dijo

⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Bogotá, 18 de octubre de 1967. M.P. Enrique López de la pava. Gaceta judicial T. CXIX. p. 256.

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, 05 de marzo de 1991. M.P. Eduardo García Sarmiento. Gaceta judicial T. CCVIII. p. 168.

que incluso ordinariamente estos sufrimientos en los niños son mayores a los de los adultos:

“Aduce la Corte que los sentimientos afectivos en la mayoría de las veces se sufren con mayor intensidad en los niños que en los adultos. Resulta entonces, inaceptable afirmar que el menor de 7 años no siente verdadera pena por falta de la tutela afectiva de uno de sus progenitores, especialmente de su madre, ya que esto resulta contrario a la realidad, pero aún admitiendo ese supuesto, este terminara cuando se supere este umbral en materia de edad y entonces ciertamente sentirá la pena causada por la muerte de la madre.”⁵¹

Luego la Corte Suprema de Justicia en 1971 aplicando los principios generales de la reparación del daño concedió indemnización por daño moral futuro cierto a una infante de 10 meses de edad. La menor había perdido a su padre en un accidente y la Corte accedió a la reparación de daño moral futuro con los siguientes considerandos:

“La Corte surtiendo los trámites de segunda instancia considera que la cónyuge de la víctima sufrió un gran dolor por su desaparición, pero que la menor ya que solo contaba con 10 mese de edad, no experimento un dolor análogo, pero no deja de ser verdad que más tarde tendría que sentir una cierta pena por la falta de un padre. Debe admitirse que la menor también sufrió un perjuicio moral subjetivo por la trágica muerte de su progenitor, perjuicio que si bien es futuro, tiene la misma categoría de certeza que el material, el perjuicio futuro pero cierto es indemnizable.”⁵²

C. Arbitrium iudicis

A partir de 1941 la Corte considera que el “justiprecio del dolor ajeno no es materia de ninguna de las ciencias ni artes que pueden ser objeto de la especialización intelectual de los hombres” y decide abandonar el dictamen pericial para la valoración del daño moral estableciendo como criterio el arbitrio judicial para cuantificar la compensación económica por el daño moral.⁵³ Ha sostenido la Corte que “la reparación del daño moral y el modo de satisfacerlo, atendiendo a que carece de materialidad no es posible ni jurídicamente ni racionalmente su avalúo por peritos.”⁵⁴ No obstante la prueba pericial puede aportar elementos de juicio valiosos para determinar la existencia y la intensidad del daño moral dejando al juez el quantum. En este sentido la Corte en un caso de responsabilidad

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de negocios generales. Bogotá, 20 de mayo de 1952. M.P. Agustín Gómez Prada. Gaceta judicial T. LXXII. p. 321.

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de negocios generales. Bogotá, 30 de agosto de 1971. M.P. Ramiro Araujo. Gaceta judicial T. XCVI. p. 337.

⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de negocios generales. Bogotá. 20 de junio de 1941. M.P. Hernán Salamanca. Gaceta judicial T. XLI. P. 293.

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negocios Generales, Sentencia del 3 de noviembre de 1942, GJ T LIV p. 393. En el mismo sentido Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales, Sentencia del 26 de noviembre de 1942, GJ 421, n 1981.

médica señaló que: “en ciertos casos resulta menester el auxilio de la prueba pericial para la valoración del daño moral y el daño material.”⁵⁵

a) El arbitrio judicial no es arbitrariedad o capricho.

La potestad judicial para determinar el quantum del daño moral no es un poder ilimitado o arbitrario. Así lo recogió la Corte Suprema en un fallo de 1990: “Para su cuantificación sigue imperando el prudente arbitrio judicial, que no es lo mismo que veleidad o capricho. Los topes numéricos que periódicamente viene indicando la Corte, no son de obligatorio cumplimiento para los juzgadores de instancia, pero sí representa una guía.⁵⁶ El que el juez una vez probada la existencia del daño moral deba fijar su cuantía no hace que la reparación sea ilimitada o dejada a la imaginación del juez ni significa que “esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces llamados a imponer su pago. [...] toda vez que -para decirlo con palabras de la Corte- es apenas su cuantificación monetaria, y siempre dentro de restricciones caracterizadamente estrictas, la materia en la que al juzgador le corresponde obrar según su prudente arbitrio ...” (C. S. J., auto de 13 de mayo de 1988 sin publicar).⁵⁷

b) En segunda instancia elevar la condena por daños morales puede violar el principio de la *reformatio in peius*

Si solo el demandado apeló en segunda instancia el juez no puede incrementar, alegando el *arbitrium iudicis*, la condena por daño moral, pues viola el principio de la *reformatio in peius*. En aplicación del principio de la no *reformatio in peius* se le impone al Superior que conoce de una sentencia por vía de apelación, el que no pueda modificarla en perjuicio del único apelante (artículo 357 del C. de P.C), pues la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso. En este sentido fijó su criterio la Corte al examinar un caso en el que únicamente apeló la parte demandada y por lo tanto, dijo la Corte, “la condena al pago de perjuicios morales sólo podía ser si acaso disminuida, pues de otra manera se perjudicaba al apelante único favoreciéndose a quien no hizo reparos en el punto; esto fue lo que realmente aconteció.”⁵⁸

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Bogotá, 26 de septiembre de 2002. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Expediente No. 6878.

⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del. 28 de febrero de 1990. M.P. Héctor Marín Naranjo. Gaceta judicial T. CC. p. 79.

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 25 de 1992, expediente 3382, M.P. Carlos Esteban Jaramillo S.

⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Civil, Sentencia del 18 de octubre de 2000, expediente No. 5347, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles

c) Existencia de Topes máximos de compensación por daño moral

Íntimamente ligado con el ejercicio del *arbitrium iudicis* está la fijación de los topes máximos que la Corte y el Consejo de Estado fijan como derrotero para mantener el carácter compensatorio de la reparación del daño moral. La jurisprudencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado ha sido constante en señalar unos topes máximos como criterio orientativo de los jueces y tribunales para la cuantificación del daño moral. No obstante al principio no fue así. Como mencionamos en el caso VILLAVECES se fijó la suma de \$ 3000 por haber refundido los huesos de la esposa del demandante. En aquel entonces, 1922 y 1924, el debate del *quantum* de la reparación por el daño moral causado al señor León Villaveces osciló entre los \$ 500 y los \$ 15.000. Se lee en expediente que:

“El perito nombrado por el Municipio de Bogotá estima que tales perjuicios no son susceptibles de valuación en dinero; el nombrado por el demandante estima en quince mil pesos en oro lo que corresponde al señor Villaveces a título de reparación por el daño que se le hizo por la indebida extracción de los restos y para el caso de no serle devueltos. El perito tercero considera que valen diez mil pesos de oro los perjuicios que se le ocasionaron al señor Villaveces si no le son devueltos los huesos que reclama, y fijó en quinientos pesos el agravio inferido a dicho señor por el hecho de la extracción indebida de los restos.”⁵⁹

Nuevamente el caso VILLAVECES da lugar para varias reflexiones:

En primer lugar el caso fundacional del daño moral no fijó topes y señaló una cifra significativa de reparación para un daño moral que podríamos decir no fue de máxima intensidad. No se estaba condenando al pago del daño moral por la muerte de la señora Emilia Santamaría, si no el dolor por la pérdida de sus restos mortales, lo que nos sugiere que sería un dolor de mediana intensidad o al menos no equiparable al que sufre un esposo por la muerte injusta de su cónyuge.

En segundo lugar, es curioso como al primer momento legislativo, se definió en el Código Penal de 1936 que el tope máximo por daño moral que tenía su fuente en el delito, no debía superar la cifra de \$ 2.000. Es decir el daño moral que podríamos decir tiene mayor intensidad se fijó 14 años después mil pesos por debajo del caso Villaveces. Criterio legal que la Corte hizo luego extensivo a todos los casos de responsabilidad civil extracontractual por cerca de 40 años.

El tope de \$ 2000 sufrió un giro Jurisprudencial en 1974 cuando la Corte decidió abandonar el límite en la indemnización por el delito consagrado en el artículo 95 del Código Penal de 1936.⁶⁰

⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Bogotá. 22 de agosto de 1924. M.P. Tancredo Nannetti. Gaceta judicial T XXI. p. 82.

⁶⁰ Los aparte relevantes de este fallo que cambia la jurisprudencia señalan. “El artículo 95 del código Penal, es norma excepcional que restringe el poder del juez penal, pues limita su facultad de regular el monto del daño moral mas allá de la cifra de \$ 2.000.00 para cada lesionado con la comisión de un

“Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia

A partir de este momento se fijó como tope máximo a pagar por daño moral en la suma de \$30.000 al menos para los casos de responsabilidad civil extracontractual que no tenían fuente en el delito penal y de tiempo en tiempo son revisados por la Corte.⁶¹

La Corte consideró en este fallo comentado que el artículo 95 del código penal de 1936 solo resultaba aplicable para los jueces penales, porque la norma se refería a la indemnización del daño moral que tiene origen en la violación de la ley penal, de esta

delito. Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito - dice el precepto citado -, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponde al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos”.

Como bien fluye de la simple lectura del texto, esta limitación solo tiene cabida en los precisos eventos de regulación del “daño moral ocasionado por el delito”. Además, el precepto esta dirigido a los jueces penales y no a los de otras jurisdicciones. Esta norma, entonces, debe aplicarse únicamente por los jueces del crimen cuando deban fijar indemnización por daño moral, siempre que se den las circunstancias de hecho contempladas en el canon que se comenta.

Despréndase de lo anterior que por cuanto las normas que establecen restricciones o son exceptivas, solamente pueden aplicarse a los casos precisos para los cuales fueron dictados, pues por su propia naturaleza son de interpretación restrictiva, en artículo 95 del Código Penal, ni siquiera por analogía puede hacerse actuar por los jueces civiles y menos tratándose de responsabilidad extracontractual en que es demandada una persona jurídica, de suyo incapaz de ser sujeto pasivo de una acción penal. Motivo por el cual es necesario concluir, acordemente con el sentido de la censura, que el tal artículo 95 fue aplicado indebidamente por el *ad quem*, por lo cual la sentencia recurrida deberá modificarse en ese determinado punto. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de septiembre de 1974. M.P. Germán Giraldo Zuluaga. Gaceta judicial T. CXLVIII. p. 248.

⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación, Sentencia del 27 de septiembre de 1974 M.P. Eleuterio Serna. Gaceta judicial T. LXI. p. 570. Así argumentó para fijar en \$ 30.000 el tope: “Ahora bien, cuál debe ser la suma a que ha de condenarse por el aspecto tratado? Considera la corte que si el más alto dolor por la muerte de una persona querida, es el que hiera a los progenitores por la de su hijo o a los hijos por la desaparición de aquellos, necesario es concluir que, en el caso que se estudia, ha de fijarse el máximo de la suma que sirva para satisfacer el daño moral padecido por el demandante. Esa cantidad será la de \$30.000.00, que, teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido con una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad.”

Hasta hoy, la Corte Suprema de Justicia se ha mantenido en su postura, limitándose a modificar, periódicamente, el valor del tope establecido, a fin de garantizar la imposición de condenas que reconozcan la pérdida del poder adquisitivo del dinero Así lo ha hecho, por ejemplo, en sentencias del 4 de agosto de 1981, en la que fijó como suma máxima \$100.000.00, del 2 de julio de 1987, en la que la fijó en \$500.000.00, del 25 de noviembre de 1992, en la que condenó por \$1.000.000.00, y de 30 de mayo de 1994 y 5 de mayo de 1999, en las que se tasaron los perjuicios en \$4.000.000.00 y \$10.000.000.00, respectivamente. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de septiembre de 1974. M.P. Germán Giraldo Zuluaga. Gaceta judicial T. CXLVIII. p. 248. En enero de 2009 se elevó a \$ 40 millones (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de enero de 2009, Expediente No.170013103005 1993 00215 01)

manera se aleja de la posición establecida en 1942 donde se aseguro que el fallador no puede pasarse del máximo de dos mil pesos.⁶²

La tradición de la legislación penal de mantener un tope de reparación por el perjuicio moral ha sido constante en los varios códigos de los últimos tiempos. Así por ejemplo con la con la entrada en vigor del código penal del 2000 se mantuvo la tradición de establecer un límite al arbitrio judicial, estableciendo en su artículo 97: “que en relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional hasta (1000) mil salarios mínimos legales mensuales”.

En el año 2002 la Corte Constitucional declaró que el art. 97 del Código Penal que elevó el tope hasta mil salarios mínimos legales vigentes es constitucional: “en el entendido de que el límite se aplica exclusivamente a la parte de indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible.”⁶³

Fiel a la tradición de revisar de tiempo en tiempo los topes en comento, la Corte Suprema de enero del año 2009 reconoció por daño moral cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000), lo que a juicio de algunos magistrados supone una elevación del tope, aunque expresamente el fallo no lo indica.

Con el tope de hasta 1000 salarios mensuales vigentes como *quantum* de la reparación del daño moral que tenga su fuente en el delito, la pregunta que surge es ¿hasta cuando se mantendrán los topes de la Corte Suprema, que en el mejor de los casos es de \$ 40 millones (es decir menos de 100 salarios mínimos legales vigentes) y los de Consejo de Estado que están en los cien salarios mínimos legales vigentes como criterio para fijar los topes?.

(1) Los topes no son obligatorios

Se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia que los topes señalados por las altas Cortes son guía jurisprudencial, pero no obligan, en estricto cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 17 del Código Civil que le prohíbe al juez “proveer en los negocios de su competencia, por vía de disposición general o reglamentaria”.

Para apartarse de ellos, el juez ha de fundamentar razonablemente los motivos que le llevan a separarse de la doctrina probable (artículo 10 Código Civil). Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte y Consejo de Estado. En una sentencia de la Corte se recoge claramente este criterio cuando señaló que:

⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, 20 de Noviembre de 1942, Bogotá. Gaceta Judicial, Tomo LIV.

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL Bogotá Sentencia C-916/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

“Nunca pretendió la Corte, y mal podía hacerlos, señalar con carácter de obligatorio un tope a la suma que como compensación por los referidos daños puede fijar el juez. Ha sentado si esta Corporación ciertas pautas con el ánimo de facilitar semejante tarea, pero nada más. Esto quedo bien definido cuando se puntualizo: Acerca de tal aspecto y en vista de la ausencia de un explicito mandato legal al respecto, la Corte, con apoyo en la misión unificadora que por ley corresponde viene, de tiempo en tiempo y desde algunos años, señalando unos topes máximos de dinero dentro de los cuales es, a juicio de aquella, admisible que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral.

Como consecuencia de que los topes no sean obligatorios, la imposición de una condena por sumas superiores a las indicadas por la Corte no permite la acusación de la sentencia correspondiente, mediante la formulación del recurso de casación.⁶⁴

Ahora bien , los topes que de manera periódica y por vía jurisprudencial ha venido indicando la Corte , no son, en modo alguno de obligatorio acatamiento para los falladores de las instancias , pues como legalmente consta , a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria (artículo 17 Código Civil) Esos topes, dícese de nuevo , no representan otra cosa que una guía para la jurisdicciones inferiores , máxime cuando son estas las que deben ceñirse a su prudente juicio cuando tasan los perjuicios morales (Cas de 28 de febrero de 1990).”⁶⁵

No obstante la regla general explicada, el Consejo de Estado ha condenado a cifras superiores, así por ejemplo en 1992 se excede el tope de los 1000 gramos oro establecido para la indemnización del daño moral, reparando a la víctima con 1800 gramos oro, debido a las incidencias traumáticas que el daño ocasionó en el campo emocional de la víctima.⁶⁶ En otro caso se señaló una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro⁶⁷ y en sentencia del 19 de julio de 2000, fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro.⁶⁸ En el año 2008 la Sección Tercera del Consejo de estado en un caso en el que condenó al estado por violación de derechos humanos señaló una reparación de doscientos (200) salarios mínimos legales

⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia, del 6 de mayo de 1998, expediente 4972, en la que se reitera esta tesis, planteada inicialmente en sentencia del 28 de febrero de 1990.

⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, 06 de mayo de 1998. M.P. Nicolás Bechara Simancas. Expediente. No. 4972.

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia de Febrero 14 de 1992, expediente 6477, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

vigentes.⁶⁹ Algunos consideran que el Consejo de Estado ha elevado a doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes el monto máximo por daños morales en la condena que hizo al estado por la masacre del Aro y en la que adicionalmente estableció medidas simbólicas como modo de reparación.⁷⁰

(2) El daño moral no es fuente de enriquecimiento ni venganza contra el responsable

Así lo determinó la Corte Suprema en 1993 por lo que se estima que es el juez en forma prudente y según su libre juicio, con base en las circunstancias del caso y la equidad, a quien corresponde regular el quantum que en dinero se ha de señalar para la indemnización del daño moral, para que esta sea una forma de resarcimiento” sin que constituya una fuente de enriquecimiento para el indemnizado ni desventaja ridícula o mediocre para el responsable”.⁷¹

Mucho se ha escrito sobre el carácter punitivo del daño moral. Javier Tamayo es uno de los autores que proclama el carácter vindicativo de la condena por daño moral. No obstante pensamos que una cosa es el deseo de lo que deben ser la reparación por daño morales y otra, la naturaleza que ellos tienen en la interpretación de nuestro derecho, en sus fuentes legales y jurisprudenciales. Para nosotros es claro que la jurisprudencia ni la ley le han dado carácter de daño punitivo.

Son varias las razones: La existencia de topes de modo constante en la jurisprudencia desde 1940; la existencia de topes legales en todos los códigos penales desde 1936; la exigencia del principio de la reparación integral (art. 16 de la ley 446 de 1997) que exige que la medida de la indemnización está determinada por la naturaleza e intensidad del daño y no por la conducta del responsable.

Al ser reiterativa la jurisprudencia tanto de la Corte como del Consejo de Estado en fijar topes máximos por reparaciones de daño extrapatrimonial, está marcando un criterio para evitar que las condenas se vuelvan en un castigo al demandado. Ni siquiera la ley penal ha dejado ilimitada la reparación por daño moral por el delito y ha fijado siempre unos límites.

El carácter vindicativo de la condena por daños morales ha sido rechazada en una sentencia de la Corte que señaló: “Esos imponderables tienen un límite en cuanto se traducen en una cuantía y dentro de aquel, y en cada caso particular, el juez la determina. La fijación de de una indemnización no está limitada sino por la conciencia y la prudencia

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646. CP Enrique Gil Botero.

⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de Octubre de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Radicado 29.273, Actor: Roberto Zuleta Arango y otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional- Proceso: Acción de reparación directa.

⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, 09 de agosto de 1993. M.P. Carlos Esteban Jaramillo S. Expediente No 3750.

de los magistrados. No se debe exagerar la cuantía porque la indemnización puede constituir en esos casos una manifestación de venganza”.⁷²

Además debemos agregar, que en los sistemas en que existe un daño punitivo, como en el *common law*, éstos se dan cuando efectivamente el juez encuentra en la conducta del causante del daño un comportamiento doloso o culpa grave. Nunca en casos de simple negligencia o responsabilidades objetivas. En Colombia nunca la jurisprudencia ha mirado la conducta de causante del daño para determinar la cuantía. Se mira la intensidad del daño moral sufrido por la víctima.

D. Daño moral por terminación unilateral del contrato de trabajo

Por mucho tiempo se tuvo en la jurisprudencia que en caso de indemnización por despido injusto del trabajador, la indemnización contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 64 modificado por los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 y 6º de la Ley 50 de 1990) era la de reparar al trabajador tanto el daño patrimonial como el moral. No obstante, en 1996 se rectifica esta posición y la Corte dice que cabe una acción ordinaria para reclamar daños morales si los hubiere. “más éstos se deberá probarlos y determinarlos conforme al derecho común por cuanto ellos no se derivan necesariamente del vínculo contractual porque no son de su esencia.”⁷³

En relación con el tema jurídico consideró la Corte que resultaba propicia la ocasión para “rectificar la interpretación según la cual en materia laboral no es procedente reclamar la indemnización por los perjuicios morales que hayan podido generarse por razón de la terminación del contrato de trabajo, porque si bien es claro que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo —tanto en su versión original, como en las modificaciones que a él se han introducido por virtud de lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto Legislativo 2351 de 1965 (convertido en legislación permanente por virtud del artículo 3º de la Ley 48 de 1968) y de manera más reciente mediante el artículo 6º de la Ley 50 de 1990— enuncia la regla según la cual en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, indemnización que comprende el lucro cesante y el daño emergente, de allí no se desprende la improcedencia de la condena por perjuicios morales.”⁷⁴

El fundamento de la Corte es que si el derecho civil ha reconocido la posibilidad de que se lesione el patrimonio moral de las personas por razón de un incumplimiento contractual, no se ve entonces la razón para que el derecho laboral le niegue a quien vive de la transmisión de su fuerza de trabajo esta posibilidad.”⁷⁵ Refuerza la Corte su argumento al considerar que “Otra interpretación diferente, es decir cerrarle el paso a la posibilidad de que esta clase de daños ocurra y exonerar de consiguiente a quien los causa,

⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, 20 de octubre de 1942. M.P. Liborio Escallón. Gaceta judicial. T LIV. p. 189.

⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sentencia de diciembre 12 de 1996, Expediente No. 8533. M P Rafael Méndez Arango.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

constituiría una grave afrenta para el ser humano que trabaja y llevaría al absurdo de que esa misma persona sí tendría derecho a la reparación del daño moral “en tanto en cuanto actúa en desarrollo de contratos civiles o mercantiles.”⁷⁶

E. El fantasma del daño moral objetivado y subjetivado

En sentido estricto no es correcto ni conveniente clasificar el daño moral en objetivado y subjetivado. No obstante, la jurisprudencia y un sector de la doctrina han mantenido por inercia estas denominaciones, por lo que Tamayo Jaramillo designa a esta clasificación “el fantasma de los perjuicios morales objetivados”.⁷⁷

Es frecuente encontrar en la doctrina nacional que esta distinción tiene su origen en fallos de comienzos de la década de 1940 aunque, como lo señalamos atrás, la denominación de daño morales objetivados tiene sus antecedentes en las observaciones hechas por CINO DE PISTOIA y BALDO, siglos antes.

La criticada distinción entre daños objetivados y subjetivados parte del hecho de que la lesión a un bien extrapatrimonial puede traer perjuicios materiales y viceversa, la lesión a un bien material puede generar también perjuicios extrapatrimoniales. Así los distinguió la Corte: “Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquél en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables) inasibles y abstractos, perjuicios moral, no susceptibles de objetivación.”⁷⁸

El criterio de distinción entre uno y otro está en que “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 o por su inhibición para el trabajo; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas.”⁷⁹ Y en consecuencia las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse siempre aplicándoles las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material.⁸⁰ Expresado brevemente, el daño moral subjetivo es el daño moral en

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, Op. Cit. pp. 531-540.

⁷⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972

⁷⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972. En igual sentido la Corte se había manifestado desde 1937: “Ante todo es de observarse que, en la mayor parte de los casos, el perjuicio moral causa un daño patrimonial: por ejemplo, el ataque a la probidad de un comerciante puede ocasionar la ruina de su negocio.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1937 septiembre 28 G.J.T. XLV, No. 1929, págs. 758-763.

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972.

sentido estricto y el daño moral objetivado es un daño patrimonial causado por la lesión a un bien extrapatrimonial.

F. No se reconoce su existencia víctimas que fallecen instantáneamente.

Hay criterio constante en la jurisprudencia de que las víctimas fallecidas instantáneamente no sufren daño moral propio y por lo tanto no se concede acción de reparación. Así lo dijo la Corte en 1942: “Los perjuicios morales no son de la sucesión del muerto, ya que nunca estuvieron en el patrimonio de este, sino que corresponden ha título de indemnización los que hayan sufrido tales perjuicios por la muerte”⁸¹. No quiere decir esto que los familiares y herederos no puedan intentar una acción de reparación del daño moral sufridos por ellos, pero nunca el daño moral de la víctima. La Corte al respecto ha dicho:

“El crédito a la reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y el de daño moral propiamente dicho, aceptando su transmisibilidad por no estar excluida ni tratarse de derechos ligados indisolublemente a la persona de su titular originario, no se trasladan a los herederos sino en cuanto el causante alcanzó a adquirirlos, es decir, cuando superviviendo alcanzó a padecer esas afectaciones. Que si la muerte fue instantánea o inmediata, el crédito no surgirá para el occiso, y no podría nunca pronunciarse condena a favor de la sucesión del mismo⁸²

G. Perjuicio moral al hijo póstumo

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el reconocimiento del daño moral a hijos póstumos por la muerte de sus padres a quienes no conocerán, pero que a la época del accidente estaban concebidos. Así por ejemplo en un caso la Corte consideró que un hijo nacido póstumo “al carecer “del apoyo, sostén, afecto y buen ejemplo de su padre”, se puede presentar una influencia negativa “en el futuro desarrollo de su personalidad...[...] En otros términos, como lo explica Escriche, el hijo concebido se reputa nacido y con capacidad para adquirir, “a lo menos de derecho” “cuando se trata de su interés”. Por supuesto que esta concepción no es extraña a la legislación colombiana, porque de alguna manera los artículos 232 y 233 del Código Civil, reconocen con anticipación la capacidad adquisitiva de derechos del hijo póstumo, condicionada al nacimiento vivo y en el tiempo debido, que son circunstancias no discutidas en el caso presente, pero que por tenerse por cumplidas concretan los derechos y obligaciones en quien por ya ser persona tiene capacidad de goce.”⁸³

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, 20 de octubre de 1942. M.P. Liborio Escallón. Gaceta judicial. T LIV. p. 189.

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de abril 4 de 1968 y Sala de Casación, sentencia del 20 de Octubre de 1943, ibídem bis, T.V. 94.

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, 21 de febrero de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. 6063.

H. El daño moral resarcible debe cumplir con todas las nota esenciales de todo daño: debe ser cierto, personal y antijurídico.

Los tres clásicos requisitos del daño indemnizable se aplican también al daño moral y son el mejor criterio para dilucidar casos difíciles que evitan la casuística propia de muchos fallos. El daño moral resarcible es aquel que es cierto, personal y antijurídico. Ahora bien, en el daño moral se deben distinguir la existencia de la intensidad y la cuantificación. En una sentencia que recoge esto de modo irrefutable, se lee:

“a) **En primer lugar, el que del daño moral se afirme que debe ser “personal”** trae consigo que por norma y en tanto por definición hiere derechos de la personalidad, pueda reclamar su reparación tan solo la víctima directa a título propio, entendiéndose que cuando ella no sobrevive al suceso, su muerte envuelve una legítima aflicción que generalmente experimentan aquellos con quienes estaba ligada por vínculos de parentesco cercano o de alianza, vínculos que en esencia son los que les permiten a los últimos ejercitar la acción indemnizatoria correspondiente ya que, en atención a esa “... urdimbre de las relaciones que se entretajan con ocasión de los vínculos propios de la familia ...” (C. S. J., casación civil de 28 de febrero de 1990 sin publicar), es de suponer que el fallecimiento del damnificado directo trae para sus allegados pesares, sensaciones dolorosas de entidad más o menos apreciable que el derecho no puede, sin caer en notoria injusticia, dejar de contemplar bajo el argumento, tantas veces repetido por quienes se declaran enemigos de admitir la modalidad resarcitoria de la cual viene hablándose, de que por este camino podría llegar a abrirse paso una cascada indefinida de demandas por pretendidos daños morales contra el responsable.”

b) En segundo lugar es del caso hacer ver que cuando se predica del daño moral que **debe ser cierto** para que haya lugar a su reparación, se alude sin duda a la necesidad de que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte de los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales que en este ámbito la verdad sea dicha el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones de hombre cuyo papel es aquí de grande importancia, toda vez que quien pretenda ser compensado por el dolor sufrido a raíz de la muerte de un ser querido, tendrá que poner en evidencia —según se lee en brillantes páginas que forman parte de los anales de jurisprudencia administrativa nacional— no sólo el quebranto que constituye factor atributivo de la responsabilidad ajena “... sino su vinculación con el occiso (...) su intimidad con él, el grado de su solidaridad y, por lo mismo, la realidad de su afectación singular y la medida de esta ...”, añadiéndose que a tal propósito “... por sentido común y experiencia se reconocen presunciones de hombre de modo de partir del supuesto de que cada cónyuge se aflige por lo que acontezca al otro cónyuge, o los progenitores por las desgracias de sus descendientes y a la inversa, o que hay ondas de percusión sentimental entre parientes inmediatos ...” (Consejo de Estado, Sección 3ª; expediente 1651, aclaración de voto del conjuer doctor Fernando Hinestrosa, 25 de febrero de 1982), siendo por cierto esta línea de pensamiento la misma prohijada por la Corte (Cfr., casación civil de 28 de febrero de 1990, arriba citada)(3), hace poco menos de tres años, al

proclamar sin rodeos y con el fin de darle al tema la claridad indispensable, que cuando en el campo de la prueba del daño no patrimonial la jurisprudencia civil ha hablado de presunción “ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo.

Las bases de este razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y psicológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuges ...”, presunción que naturalmente puede ser destruida puesto que “... necio sería negar —prosigue la Corte— que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Más cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse —y por consiguiente a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez— no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción o si, por el contrario, ésta ha quedado desvanecida ...”; resumiendo, entonces, no obstante ser tales, los perjuicios morales puros también “... están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces puede residir en una presunción judicial. Y nada obsta para que ésta se desvirtúe por el llamado a indemnizar, poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre parientes...”.

c) Finalmente, incidiendo el daño moral puro en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos y consistiendo el mismo, como al comienzo de estas consideraciones se dejó apuntado, en el pesar, la afrenta o sensación dolorosa que padece la víctima y que en no pocas veces ni siquiera ella puede apreciar en toda su virulencia, de ese tipo de agravios se ha dicho que son “... económicamente inasibles ...” (G. J. Ts. CXLVIII, pág. 252 y CLII, pág. 143, reiterada en casación civil de septiembre 9 de 1991 sin publicar), significándose con ello que la reparación no puede ser exacta y frente a esta deficiencia, originada en la insuperable imposibilidad racional de aquilatar con precisión la magnitud cuantitativa que dicha reparación debe tener, es claro que alguno de los interesados habrá de salir perdiendo, y discurrendo con sentido de justicia preferible es a todas luces que la pérdida recaiga sobre quien es responsable del daño y no sobre quien ha sido su víctima, debiendo buscarse por lo tanto, con ayuda del buen sentido, muy sobre el caso específico en estudio y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para estos últimos, proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje incólume la agresión, pero que tampoco represente un lucro injustificado que acabe por desvirtuar la función institucional que prestaciones de ese linaje están llamadas a cumplir. En otras palabras, ante el imperativo jurídico de que el lesionado por el daño moral reciba en compensación de sus padecimientos y en orden a que “... se haga más llevadera su congoja ...” cierta cantidad, y como ese dinero del dolor (pretium doloris) no puede traducirse en un “quántum” tasable del modo que es propio de aquellos destinados al resarcimiento de perjuicios patrimoniales, el problema neurálgico radica entonces en definir ese “quántum” en el que habrá de expresarse la reparación, quedando reservado este difícil cometido al discreto arbitrio de los jueces, arbitrio que contra lo que en veces suele creerse, no equivale

a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 25 de 1992, expediente 3382, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.” (Sin subrayar en el original).

IV. EL DAÑO MORAL EN EL CONSEJO DE ESTADO

Aunque nuestra investigación se ha centrado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y se han hecho algunas breves referencias a posturas del Consejo de Estado en cuanto al daño moral, vemos oportuno señalar algunos puntos relevantes de la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa que pueda servir de comparación con la ordinaria.

A. Liquidación se hace en salarios mínimos

Como lo hemos mencionado el Consejo de Estado adoptó el criterio de salarios mínimos legales como forma de liquidar y mantener actualizadas las indemnizaciones por daño moral al considerar que el art. 95 del Código Penal de 1936 no era aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa.⁸⁴

El Consejo de Estado fundó el abandono de los topes del Código Penal apoyándose en el artículo 16 de la ley 446 de 1998⁸⁵ y el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Desde el año 2001 se adoptó el sistema de los salarios mínimos legales mensuales como factor de actualización y límite de las condenas por daños morales. El Consejo de estado determinó que el mayor valor a condenar por perjuicio moral debe ser el equivalente de hasta cien salarios mínimos legales vigentes cuando el perjuicio moral “alcance su mayor intensidad.” La nueva doctrina es sentada en el extracto de la sentencia que se transcribe a continuación:

“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 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

⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Radicación: 13.232-15.646, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. En este fallo se señaló “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 éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales”.

⁸⁵ Art. 16.- Valoración de los 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.

millones seiscientos mil pesos (\$28.600.000), cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.”⁸⁶ (Sin subrayar el original).

El Consejo de Estado una vez fijado el nuevo rumbo jurisprudencial advierte que el juez de lo Contencioso Administrativo ha de esmerarse en indagar no solo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad y solo debe imponer las máximas condenas: “únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables”⁸⁷.

B. El fallo ultra petita y los topes máximos del daño

La concordancia de la sentencia con la demanda avoca al problema de los fallos ultra y extra petita. Particular interés presentan los casos de sentencias dictadas muchos años después de iniciado el proceso cuando en la demanda se solicitaba como perjuicio moral el máximo que la jurisprudencia señalaba como tope y a la hora del fallo ese tope ha sido elevado. La experiencia y práctica profesional recomiendan que para evitar estas eventuales dificultades conviene a la hora de la demanda señalar en las pretensiones expresiones que digan más o menos que se condene a cien salarios mínimos legales vigentes o al tope máximo que la jurisprudencia reconozca al momento de dictar sentencia.

Con la correcta formulación de la pretensión en que quede claro que se solicita el máximo que la jurisprudencia acepte al momento del fallo, se facilita que el juez pueda acceder a las pretensiones. Un caso que muestra esta problemática fue el que el Consejo de Estado revocó la sentencia de un tribunal que otorgó 1000 gramos oro por daño moral cuando en la demanda expresamente había pedido solo 800 gramos oro. Dice así la parte relevante del caso:

“Se modificará en cambio en cuanto a la indemnización por perjuicios morales que el Tribunal reconoció en favor de la demandante en cuantía del equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, dado que en este aspecto la sentencia es extra petita, como quiera que en la demanda se reclamó por ese concepto una indemnización del equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino.”

La indemnización por los perjuicios morales sufridos por Rubiela Montoya con todo ese padecimiento a que se vio sometida, se pidió así en la demanda: “que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al ISS a pagar por el concepto de daño moral en favor de Rubiela Montoya de Arenas, la suma de 800

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del seis (6) de septiembre del 2001 Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 13 232-15646, Actores: Belén González y otros, William Alberto González y otra. Demandados: Nación, Ministerio de transporte, Instituto Nacional de INVIAS.

⁸⁷ *Ibidem*.

gramos de oro o la que considere, subsidiariamente el señor juez, previo análisis razonado”. (Sin subrayar el original)⁸⁸

C. Presunción de daño moral en los hermanos de víctima fallecida

En el año de 1992 el Consejo de Estado extendió la presunción de la existencia del daño moral a los hermanos y colaterales de la víctima fallecida.⁸⁹ Esta postura fue ratificada en el año 2007 cuando se condenó al estado por un caso de violación de derechos humanos.⁹⁰ A partir de esta sentencia de 1992 se dijo que “se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales”.⁹¹ (Sin subrayar el original)

En este fallo el Consejo de Estado expandió el concepto de familia para los efectos de la reparación de perjuicios y sentó el principio de que lo anormal es lo que se debe probar y no aquello que es natural en las relaciones familiares: el afecto amor entre hermanos, padres, etc. En palabras del Consejo de Estado:

“La Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”⁹²

⁸⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera Sentencia de octubre 30 de 1997. expediente 11.809, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández Actor: Rubiela Montoya de Arenas, Demandada: Instituto de Seguros Sociales.

⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de julio de 1992. Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros

⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

⁹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de julio de 1992. Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. Esta posición ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala plena, sentencia de 30 de marzo de 2004. S 736 Actor: Nelly Tejada. Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade. “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral.” Recientemente la misma posición ha sido reiterada por la Sección Tercera. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

⁹² *Ibidem*.

En aplicación de este principio es que en un caso de hijos abandonados por sus padres el Consejo de Estado manifestó que no existe el daño moral en los padres que han dejado a su suerte a los hijos privándolos de su afecto. Así en fallo del 12 de noviembre de 1992 negó el daño moral a un padre que había abandonado a su hijo. En los argumentos la Sala dijo: “el occiso fue un niño que se levantó sin la ternura de su padre. Por ello no sabía nada él...El padre que ahora demanda el pago de perjuicios morales y materiales registra un gran pasivo en lo que respecta al amor hacia su hijo. Lo abandonó en la vida, es muy difícil aceptar que le haya dejado un vacío con su muerte. Los padres que no proporcionan a sus hijos el pan del amor, no pueden demandar de la administración que les indemnice, mortis causa, con el pan para el cuerpo.”

D. La cuantía se fija en atención al grado de parentesco

El Consejo de estado en caso de liquidación de daño moral en beneficio de los parientes de la víctima ha señalado que en ejercicio del prudente arbitrio el juez, “deberá tener en cuenta el grado de parentesco existente entre el damnificado y la víctima, así como la naturaleza de los hechos; por regla general, cuando el daño se deriva de la muerte o de la invalidez absoluta y definitiva del padre o madre, cónyuge o compañero (a), o de un hijo, se ha reconocido el monto máximo, y en relación con los demás parientes, así como frente a otras fuentes de reparación del daño moral, a partir de allí, en una menor medida.”⁹³

E. El daño moral en los hijos de crianza

En cuanto a los denominados hijos de crianza, es decir, aquellos que no han sido legalmente adoptados, pero si han sido criados en el seno de una familia con el trato y calidades de tales, el Consejo de Estado en el 2008, reconoció que éstos pueden buscar reparación por daño moral ante la muerte de la persona que los sustentó. Sobre este punto el Consejo de Estado señaló que “acreditado por cualquiera de los medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como “hijo de crianza”...permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquél o por el pater familias.”⁹⁴

F. El daño moral tiene que tener cierta entidad. No toda molestia los causa

Nuestra jurisprudencia no ha abordado el tema de la entidad del daño de modo sistemático. La única referencia que hemos encontrado es un fallo en el que el Consejo de Estado desestimó las pretensiones de un ciudadano que pretendía reparación del daño moral que le

⁹³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001) Consejero ponente: Alier e. Hernandez Enríquez, expediente 12.078, actor: Luis Miguel Monsalve Jiménez y otros Demandado: Nación Colombiana (Ministerio de Defensa – Ejército Nacional).

⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo del 2008, Expediente 18846.

había causado una temporada de restricciones de energía eléctrica. Consideró el fallo que esas molestias sufridas por el demandante no tenían suficiente entidad para configurar un daño moral. Para negarse a condenar al estado a pagar esos alegados daños morales, el Consejo de Estado argumentó que:

“a) la constante aflicción, irritabilidad y frustración que le provocaron el no poder disfrutar en el momento deseado de una película en el betamax, un programa de televisión o una audición musical; b) el desarreglo orgánico debido a la alteración de sus hábitos alimenticios; c) la desadaptación para el descanso; d) la desesperación por el desorden vehicular dada la carencia de semáforos; e) las mortificaciones que padeció al momento de acudir a los servicios de cajeros automáticos, estaciones de gasolina y ascensores en las oficinas por no poderlas utilizar en las horas de racionamiento; f) la alteración de sus actividades profesionales por falta de electricidad para el uso de máquinas de escribir y telefax y g) la desolación que experimentaba en las calles ante un comercio que cerraba sus puertas al público en horas muy tempranas.”⁹⁵

Sin embargo, tales molestias no alcanzaron a juicio de la Sala y según la prueba que obró en el proceso a producirle al demandante un grave sufrimiento, susceptible de reparación, de la naturaleza de aquel que se padece por la pérdida de un ser querido o el agravio que se infiere al cuerpo o a los sentimientos o a los derechos fundamentales de las personas con una lesión o una injuria, sino tan solo incomodidades menores que si bien afectaron su vida cotidiana no incidieron seriamente en su espiritualidad.⁹⁶ (Sin subrayar el original).

G. No hay daño moral en hermano que nace posteriormente al hermano fallecido. No se equipara al hijo póstumo

En un intento por extender la presunción de daño moral por hijos póstumos, se pretendió en el Consejo de Estado que se reconociera daño moral al hermano que nace posteriormente al hermano fallecido. El Consejo de Estado negó esta posibilidad al reiterar posición jurisprudencial de noviembre 16 de 1989. Para el Consejo de Estado “la asimilación que hace el actor entre la menor mencionada y el hijo póstumo, no resulta aceptable; es diferente que el niño nazca después de muerto su padre, pues, amén del sufrimiento que padece dentro del vientre materno, deberá sobrellevar su ausencia en todas las etapas de su crecimiento y desarrollo; nada de esto ocurre en el evento de la ausencia de un hermano a quien no conoció y cuya presencia, en tales condiciones, deja de ser indispensable para la formación adecuada de su personalidad. En este caso quien falleció fue su hermano, por lo cual no se puede argüir que era el difunto quien iba a velar por la menor, máxime si sus padres se hallaban vivos en el momento de su nacimiento.”⁹⁷

⁹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia abril 13 de 2000, Expediente 11892.

⁹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia abril 13 de 2000, Expediente 11892.

⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de octubre 6 de 1994, Expediente 7834.

H. Presunción de Daño moral por de lesiones físicas

Se puede presumir la existencia del daño moral en caso de lesiones físicas graves y leves, atendiendo a si la víctima es directa o indirecta. El Consejo de Estado ha señalado que Las lesiones graves hacen presumir el daño moral tanto en la víctima directa como en las indirectas. En las leves el daño moral se presume únicamente para la víctima directa, debiendo los parientes o víctimas indirectas, además demostrar la existencia del daño moral. Así se ha pronunciado el Consejo de Estado exponiendo esta línea jurisprudencial:

“En el primer caso, **lesiones graves**, se ha sostenido:

1. respecto a la víctima que con la demostración del daño antijurídico por lesión grave tiene derecho a la indemnización de perjuicio moral.
2. en lo que atañe con las víctimas indirectas —en este caso, padres, cónyuge, hermanos, hijos— tienen derecho a la indemnización del daño antijurídico por lesión grave de su pariente siempre y cuando demuestren, en primer término, esta lesión y, en segundo lugar, el parentesco. La jurisprudencia infiere de estos dos hechos, demostrados plenamente, que aquellos padecieron dolor moral.⁹⁸

En el segundo caso, es decir indemnización por perjuicios morales ocasionados por **lesiones leves**, deben distinguirse las siguientes situaciones:

1. “para la víctima directa: una vez prueba el daño antijurídico por lesión leve, es claro, que tiene derecho a la indemnización por perjuicio moral; es de la naturaleza de los seres humanos que cuando sufren directamente el impacto de una lesión física leve que fue producida con arma de fuego, tuvo que padecer congoja y tristeza pues su siquis se afectó desde el ataque, así el resultado no haya sido de magnitud grave; pero
2. para las víctimas indirectas —como en este caso padres, hermanos, cónyuge e hijos— es necesario demostrar a más de la lesión leve, el parentesco, que aquella lesión les produjo dolor moral; en esta lesión leve, la jurisprudencia no infiere padecimiento moral de los dos primeros hechos.”⁹⁹ (sin subrayar el original).

I. No parientes de la víctima pueden sufrir daño moral

⁹⁸ CONSEJO ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 28 de 1999, Expediente 12384. En igual sentido así lo ha considerado la Sala en varias providencias: Sentencia 7449 proferida el 26 de febrero de 1993, M.P. Juan de Dios Montes Hernández, actor: Antonio Diego Vallejo Jaramillo; 7872 proferida el 16 de junio de 1993, actor: Carmen Julio López Leal; 7622 proferida el 12 de julio de 1993, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, actor: José Orlando Isaza Cifuentes y sentencia proferida el 30 de octubre de 1996, M.P. Antonio José de Irrisarri, actor: Julieta Díez.

⁹⁹ CONSEJO ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 28 de 1999, Expediente 12384 En igual sentido Sentencia de octubre 28 de 1999. Expediente 12.384. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

Como hemos señalado antes, la existencia del daño moral es finalmente un problema fáctico, más que un juego de presunciones de parentescos. En correspondencia a este principio toda persona pariente o no tiene derecho a la indemnización de daño moral si prueba haberlo sufrido. El Consejo de Estado colombiano ha afirmado que todo daño debe ser reparado, sea quien sea el que lo sufra, incluidos amigos, con el único requisito de que sea cierto. El texto que recoge esta línea jurisprudencia señala:

“Por consiguiente, no hay que plantear más que una cuestión: ¿experimenta el demandante, sí o no, un verdadero pesar? En la afirmativa, ese pesar debe ser reparado, sea quien sea el que lo sufra, pariente cercano, pariente lejano o, incluso, sencillamente un amigo. En la negativa, no se debe ninguna reparación.

No cabe entonces sino rechazar las teorías restrictivas; todas ellas proceden de una confusión entre el perjuicio material y el daño moral. Así como no cabe reservarle la acción de indemnización tan sólo a los parientes consanguíneos y afines que sean acreedores de alimentos, no se podría reservarla para los parientes consanguíneos y por afinidad muy próximos (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas, suegros y suegras, yernos y nueras, cuñados y cuñadas), a los parientes en grado de suceder, o también a los que tengan un vínculo de parentesco consanguíneo o por afinidad reconocido por la ley. El pesar experimentado, cuya reparación se asegura, no se limita a unas u otras de esas categorías, rebasa el círculo mismo de la familia, y es susceptible de afectar a cualquier persona (...).

El único límite a la multiplicación de las acciones debe buscarse, por lo tanto, en la exigencia de un pesar real y suficientemente profundo. Corresponderá a los tribunales, en cada caso, averiguar si se ha cumplido con ese requisito” (sin subrayar el original) ¹⁰⁰

J. El daño moral a la persona jurídica

Es conocida la discusión en la doctrina sobre la posibilidad de que exista o no daño moral en las personas jurídicas. Entre los partidarios está Adriano de Cupis y como opositores, puede mencionarse a Renato Scognamiglio. El debate al interior del Consejo de Estado se dio con ocasión de la demanda de reparación por daño moral que la Compañía de Jesús alegó, sufrió como consecuencia de la muerte de uno de sus religiosos en hechos imputables al estado. Para desestimar las pretensiones de la demandante el Consejo de Estado definió el daño moral como aquel circunscrito al dolor y la pena exclusivos sentimientos de la persona humana y por lo tanto imposible para la persona jurídica. Dijo así la Sala:

“si bien por regla general la indemnización por perjuicios morales va acorde con la aflicción, la pena, el abatimiento y la amargura sufridos por la persona como consecuencia del daño recibido, tal gama de sentimientos angustiosos es inherente al ser humano sensitivamente capaz de recibirlos, de tal forma que la persona jurídica incapacitada e inhabilitada por su propia naturaleza para experimentar tales sensaciones, queda exenta de pretender indemnizaciones de índole moral cuando la causa del daño,

¹⁰⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 6 de 1998, expediente 10916.

como en el presente caso, es el fallecimiento de uno de los miembros adscritos de esa persona moral. Se ha considerado que la base del perjuicio moral subjetivo estriba en la aflicción, tristeza o angustia nacidas del amor, el efecto, la amistad que sienten los demandantes por la víctima, sentimientos que unidos al parentesco, en la mayoría de los casos, permiten presumir el dolor que la desaparición les causa y cuya compensación en dinero se procura.”¹⁰¹

No obstante el fallo dejó abierta la posibilidad al reconocimiento de otro tipo de daño moral propio de la persona jurídica que no sea el dolor o aflicción, como podría ser la afectación a su buen nombre. Dijo así la Sala recogiendo esta posibilidad:

“No significa lo anterior, según se advirtió, que las personas jurídicas se encuentren totalmente impedidas para acceder judicialmente a reclamar indemnización por perjuicios de orden moral. De ninguna manera.” Las consideraciones antecedentes son aplicables para casos como el presente donde el perjuicio moral va indiscutiblemente ligado con los sentimientos propios del afecto y amor de un ser humano.”¹⁰²

Dijo también este fallo que las personas naturales integrantes de la comunidad religiosa sí podían haber intentado la reparación del daño moral si pueden probarlo en el proceso, situación que no se intentó en la demanda

“La realidad continúa siendo la misma: de esa persona jurídica no puede predicarse el daño moral por cuanto carece de la capacidad afectiva y sentimental sobre la cual recaiga el perjuicio moral, sin que en estos casos haya lugar a identificar la situación de la persona jurídica con la de sus integrantes, pues para todos los efectos son diferentes. Estos, bien pudieron ser víctimas, individualmente considerados, del perjuicio moral narrado, pero así no se demandó”¹⁰³ (Sin subrayar el original)

K. En el daño moral puede existir el elemento corporal

El criterio para distinguir el daño extrapatrimonial y el patrimonial no está en el carácter material o inmaterial del bien o interés lesionado. PEIRANO FACIO rechaza la idea vulgar que identifica el daño moral por oposición a la idea de daño corporal o material. De acuerdo con esa concepción el daño material sería el que es perceptible por los sentidos, en tanto que el daño moral o inmaterial sería aquel perjuicio de carácter incorporeal, que no cae bajo los sentidos.¹⁰⁴ No compartimos la opinión del jurista Uruguayo. El carácter extrapatrimonial del daño moral no implica como pudiera pensarse que solo se refiere a aquellos aspectos del espíritu humano o aspectos puramente psicológicos, inmateriales. Además el más estricto daño moral también es perceptible por los sentidos, tanto el dolor físico como el dolor moral o interior que tiene sus manifestaciones en el mundo exterior de la víctima y sus allegados.

¹⁰¹ Ibídem.

¹⁰² Ibídem.

¹⁰³ Ibídem.

¹⁰⁴ JORGE PEIRANO FACIO. Op. Cit, p. 383.

En tal sentido ya nuestra Corte Suprema desde 1929 había advertido el punto. El daño corporal de la persona que en su naturaleza es eminentemente material tiene naturaleza de daño moral. “Se sabe que en materia de responsabilidad el daño material no es sólo el corporal susceptible de apreciarse por los sentidos. En el daño moral puede existir igualmente el elemento corporal; v. gr., la herida que desfigura.”¹⁰⁵ (sin subrayar el original). En otra ocasión la Corte había expresado: “Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, y no la circunstancia de que éste pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral hay daño moral. Si los del patrimonio material, existe el daño de esta clase.”¹⁰⁶

L. Distinción del daño moral con el daño a la vida de relación

La Corte Suprema de justicia en sentencia del año 2008 en la que reconoce la existencia del daño a la vida de relación como autónomo del daño moral condenó a su compensación en 90 millones de pesos.¹⁰⁷ Con el fin de intentar una unificación de la jurisprudencia con el Consejo de Estado, la Corte relacionó las características del daño a la vida de relación que determinan su identidad y autonomía de otros daños así:

“ **a)** tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado;

b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho;

Más adelante dijo:

Este mismo criterio de aceptación del daño a la vida de relación como autónomo del daño moral fue reiterado el 20 de enero de 2009 en el que se reproducen los apartes más significativos del fallo del 13 de mayo con el claro propósito de ir consolidando la doctrina del alto tribunal. Así se expresó la Corte Suprema en la sentencia de 2009:

“La Corte a tono con los postulados constitucionales vigentes y con la realidad jurídica y social, retomó el tema del “daño a la vida de relación”, en el fallo emitido el 13 de mayo de 2008 -Exp. No.1997 09327 01-, en el que reparó tanto en la doctrina foránea como en la jurisprudencia patria para concluir que es de completo recibo en nuestro ordenamiento como una especie de daño extrapatrimonial, incluso precisó que era distinto al de índole

¹⁰⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1937 septiembre 28 G.J.T. XLV, No. 1929, págs. 758-763.

¹⁰⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972.

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Civil, Sentencia del 13 de Mayo de 2008. Expediente. 11001-3103-006-1997-09327-01, Magistrado ponente: César Julio Valencia Copete.

moral -también inmaterial-; y, por tanto, su protección se impone en los casos en que esté cabalmente acreditado.”¹⁰⁸ (Sin subrayar el original)

V. CONCLUSIONES SOBRE EL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA

De lo expuesto hasta aquí podemos intentar esbozar algunas conclusiones sobre el tratamiento del daño moral en nuestra jurisprudencia

- El daño moral es reconocido tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso administrativa. Existen sin embargo algunos matices de desarrollos diferentes entre una y otra jurisdicción, tales como el criterio de equivalencia para valorar el daño moral (salarios mínimos legales en Consejo de Estado y cifra única en la Corte Suprema de Justicia). El tope máximo señalado por cada corporación y algunos criterios de presunciones de la existencia del daño moral son más explícitos en el Consejo de Estado
- La casuística no es el mejor modo de abordar el tema del daño moral y su reparación. Los principios de la reparación del daño, de que este debe ser cierto, personal y antijurídico deberían ser el criterio orientador utilizado. Esto permite saber si la legitimación por activa es adecuada sin tener que caer en reflexiones sobre los parentescos y sus grados, si los hijos son de crianza o si son póstumos, etc.
- En el daño moral hay que distinguir también la existencia, la intensidad y la cuantificación.
- Como regla general no se requiere de peritos para su determinación y cuantificación. La determinación de la cuantía se hace directamente por el juez en ejercicio de su facultad discrecional –arbitrium iudicis- que está enmarcado dentro de las circunstancias del caso, la intensidad del daño moral causado y dentro de los topes sugeridos por las altas cortes. Los topes señalados son guía jurisprudencial, pero no obligan. Para apartarse de ellos, el juez ha de fundamentar razonablemente los motivos que le llevan a separarse de la doctrina probable.
- El tope máximo es por cada uno de los perjudicados. No se divide entre todos. Ni se disminuye porque sean varios los dolientes.
- El daño moral de modo constante en nuestra jurisprudencia es el dolor sufrido por la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial.
- El quantum asignado por el daño moral tiene un carácter compensatorio. No es indemnizatorio y tampoco se equipara al daño punitivo que mira más la conducta dolosa o gravemente negligente del causante del daño, que la intensidad del daño.

¹⁰⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de enero de 2009, Expediente No.170013103005 1993 00215 01.

“Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia

- El daño moral es una especie de un género más amplio. Existen desarrollos jurisprudenciales reconociendo otras formas de daños extrapatrimoniales autónomas como el daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia.
- Se puede pronosticar que en el futuro cercano la jurisprudencia ampliará el número de daños extrapatrimoniales.
- Colombia perdió la oportunidad de desarrollar un cuerpo teórico consistente a partir del fallo Villaveces sobre la reparación del daño extrapatrimonial.
- Se debe abolir de la terminología jurídica la expresión daño moral objetivado. El daño moral es moral, sin apelativos. Es constante nuestra jurisprudencia al definirlo como pretium doloris.
- No se reconoce su existencia en cabeza de las víctimas que fallecen instantáneamente. Lo que no implica que sus familiares no puedan reclamar el daño moral causado a ellos la muerte de su pariente, pero no el dolor sufrido por la víctima.
- Como no es susceptible de valorar el daño, la valoración económica que se hace a los perjudicados no tiene un carácter indemnizatorio en el sentido estricto de la palabra sino meramente satisfactorio o compensatorio.
- La existencia del daño moral se prueba con los medios ordinarios, no obstante existe en la jurisprudencia el reconocimiento de las llamadas presunciones judiciales o indiciarias en las que el juez infiere la existencia del daño moral y su intensidad por los vínculos de parentesco de la víctima fallecida y sus familiares acreditados en el proceso.