

# El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento

ENRIQUE GIL BOTERO<sup>1</sup>

## RESUMEN

La tipología de los perjuicios a lo largo de la historia ha oscilado entre el reconocimiento y la negación de determinadas categorías; en este desarrollo, las categorías que conforman el daño material –lucro cesante y daño emergente– parecen haberse asentado; otra es la suerte de los perjuicios inmateriales, pues es cierto que el daño moral en alguna medida tiene una estabilidad similar a la que ostentan los daños materiales, pero del segundo rubro no puede afirmarse lo mismo, en particular cuando se trata de lesiones sobre la integridad personal. La jurisprudencia nacional fue, en principio, reticente a reconocer una categoría distinta a la del daño moral, al punto de que la Corte Suprema solo reconoció otro perjuicio en 2008, pero una vez aceptado el reconocimiento de otro rubro, el cambio ha sido constante: ha cambiado de nombre y contenido, de perjuicio fisiológico a daño a la vida de relación, luego a alteración grave de las condiciones de existencia y, por último, al daño a la salud. Daño este último que se aborda con las vicisitudes históricas que rodearon a sus antecesores y con la necesaria referencia del principio de reparación integral, arbitrio del juez e igualdad para los administrados, al tiempo que se le enmarca en la constitucionalización del derecho de daños. El análisis que del mismo se hace no se reduce a su conceptualización o a un análisis teórico, sino que el texto arroja las herramientas para la aplicación, tasación y reconocimiento de este perjuicio, con lo cual facilita la labor de los operadores jurídicos al momento de identificar la tipología de los perjuicios, de solicitar o reconocer los mismos de manera adecuada.

1 Consejero de Estado - Sección Tercera.

**Palabras clave:** Daño a la salud, Perjuicio fisiológico, Daño a la vida de relación, Alteración grave de las condiciones de existencia, Tasación de perjuicios, Constitucionalización del derecho de daños, Objetividad, Principio de proporcionalidad, Igualdad de los administrados.

## DAMAGE TO HEALTH IN COLOMBIA – CHALLENGES TOWARDS ITS DEFINITION, VALUATION AND REMEDIES

### ABSTRACT

The type of damages throughout our history, has oscillated between recognition and denial of certain categories, in this development, the categories regarding Compensatory Damages for economic loss –damnum emergens and lost profits damages– seem to have settled, different is the situation concerning Compensatory Damages for non-economic loss, it is true that the category of Pain and Suffering has gained certain stability similar to that of Compensatory Damages for economic loss, but the second kind represents greater difficulty in its definition, especially when it comes to injuries caused to the plaintiff. National case law was, in principle, reluctant to recognize a separate category different to Pain and Suffering to the extent that the Supreme Court recognized only another item in 2008, but once accepted, the change has been constant, several changes regarding its name and content have been introduced, changes such as physiological injury and damage to personal relationships. Afterward recognized as deterioration to living conditions and finally to health. Damage that is exposed in the historical events surrounding its predecessors and with the necessary reference to the principle of full compensation, the judge's discretion and equality for citizens, in the other hand, the author framed it in the constitutionalization of tort law. The analysis is not confined to its conceptualization, or a theoretical analysis, but the text raises the tools for implementation, assessment and recognition of this injury, which facilitates the work of attorneys at the moment of identifying the type of damages, to request or acknowledge them properly.

**Keywords:** Damage to health, Physiological Injury, Damage to life relationship, Serious deterioration of living conditions, Valuation of Damages, Constitutionalization of tort Law, Objectivity, Principle of Proportionality, Equality of Citizens.

## 1. INTRODUCCIÓN

La acreditación del daño, su valoración y cuantificación, implica abordar y dar respuesta a dos interrogantes: i) qué se repara y ii) cómo se repara.

A partir de los anteriores cuestionamientos, ha surgido la necesidad de que el derecho de daños estudie lo que se denomina la "valoración del daño corporal"; en esta sede se abordan problemas de una importante envergadura, como –a modo de ejemplo– definir si la muerte constituye un daño en sí mismo; si la afectación a la esfera psicofísica es un daño que se deriva de la lesión al derecho constitucional que le sirve de fundamento o si, por el contrario, lo que se indemniza son las manifestaciones externas, sociales y relacionales que ella produce; cuál es la forma de fijar o tasar el daño inmaterial en nuestro ordenamiento jurídico; y si el principio de reparación integral es aquel que permite al juez adoptar medidas de justicia restaurativa en aras de, huelga la redundancia, restaurar el núcleo –subjetivo u objetivo– de los derechos constitucionales que se ven afectados con el respectivo comportamiento.

Así las cosas, la valoración del daño corporal es lo que permite definir qué bienes jurídicos son tutelados y, por lo tanto, cómo se produce el restablecimiento de los mismos.

En el caso de las lesiones a la persona, es fundamental centrarse en delimitar y tomar postura sobre la forma que se adopta en cada ordenamiento jurídico para resarcir el daño corporal que se le irroga.

Colombia, a diferencia de otros países, tiene un sistema indemnizatorio abierto –igual al francés–, esto es, no existe una norma constitucional o legal –a diferencia, por ejemplo del sistema italiano que limita el reconocimiento e indemnización de los daños no patrimoniales a los definidos por la ley (art. 2059 C. Civil Italiano). Por lo tanto, a partir de un sistema abierto de reparación, es posible que exista una tendencia fuerte y marcada a la proposición de diferentes categorías de daños, la cual veo con preocupación, por lo cual se debe trazar una sistematización que garantice el respeto por el principio de reparación integral, sin llegar a generar un enriquecimiento sin justa causa de la víctima.

En efecto, teóricos del Derecho italiano, así como la propia Corte Constitucional de ese país en una decisión emblemática de 1986, han generado un "Derecho viviente" parafraseando al profesor FRANCESCO BUSNELLI (2001) que ha permitido brindar una interpretación constitucional "abierta" del texto rígido y cerrado contenido en el Código Civil de esa nación<sup>2</sup>.

2 "En virtud de la idea del derecho viviente, las disposiciones contenidas en reglas y los principios no deben ser interpretadas de manera exclusiva como grafismos, es decir, como términos y conjuntos de enunciados cuyo sentido deba ser esclarecido mediante la remisión a diccionarios y los textos legales. Por el contrario, el sentido de estos términos y enunciados se precisa de mejor manera mediante la consideración del contexto en que han surgido y

Como se aprecia, cada ordenamiento jurídico busca establecer una sistematización de los bienes o intereses que son relevantes para el derecho de daños, así como fijar unos criterios que permitan garantizar el principio de igualdad al momento de efectuar la valoración del daño sufrido. En esta búsqueda se han desarrollado perjuicios que se derivan del daño considerado en sí mismo, mientras que otros reconocen por el contrario las consecuencias y manifestaciones externas de aquél.

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

El daño a la salud surgió de la necesidad de reconocer un perjuicio más objetivo, que esté dotado de claridad y, por lo tanto, que garantice en mayor medida el postulado de la igualdad de indemnizaciones frente a un mismo o similar daño. En efecto, a diferencia de categorías abstractas o abiertas (v.gr. el daño a la vida de relación) no se tienen en cuenta –o se hace en un mínimo grado– las consecuencias externas del daño considerado en sí mismo, es decir, al evento como tal.

En ese orden de ideas, se abordará el siguiente derrotero: i) el análisis histórico de las categorías de daños inmateriales, diferentes al daño moral, en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en Colombia, ii) las sentencias

en que han vivido las disposiciones que los contienen. El objetivo ya no es determinar su definición, sino la forma en que se usan en los diferentes contextos relevantes, por parte de los órganos y las instancias autorizadas. Esta tesis aporta al estudio de la jurisprudencia un poder interpretativo de las reglas, en los casos en que mediante ella se cumplen los supuestos que [las Cortes han fijado]: que la interpretación judicial sea consecuente, es decir, que no se presenten contradicciones o diferencias significativas; que se trate de una interpretación consolidada, y que sea relevante para fijar el significado de la disposición en cuestión. Esta tesis forma parte de una interpretación sistemática de las disposiciones, a las que asigna un sentido práctico, con el fin de contribuir al logro de uno de los elementos de la seguridad jurídica: la operatividad de las disposiciones, es decir, la posibilidad de ser implementadas o llevadas a la práctica por sus destinatarios. Finalmente, esta tesis contribuye a entender el proceso interpretativo como un proceso cognoscitivo y no puramente volitivo, en tanto no parte del sentido que los jueces discrecionalmente puedan asignar a los términos o enunciados, sino que supone el conocimiento de la forma en que la comunidad jurídica los ha comprendido y usado, esto es, remite al conocimiento del contexto lingüístico y social de las disposiciones jurídicas vigentes” (QUINTERO MOSQUERA, 2011: 56 y 57).

gemelas de unificación en relación con el daño a la salud, iii) por qué el daño a la salud o fisiológico es importante en un sistema jurídico como el colombiano, iv) valoración del daño a la salud en el contexto del ordenamiento jurídico interno –la valoración médica del daño a la salud, v) las críticas formuladas al daño a la salud, y vi) conclusiones.

## 2. ANÁLISIS HISTÓRICO DE LAS CATEGORÍAS DE DAÑO INMATERIAL, DIFERENTES AL DAÑO MORAL, EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

A diferencia de la Corte Suprema de Justicia –que solo vino a reconocer un perjuicio distinto al moral en el año 2008– la línea jurisprudencial en el ámbito contencioso administrativo ha sido prolija, en esta materia, a partir de la expedición de la Carta Política de 1991.

2.1. El primer pronunciamiento que constituyó un conato en el tema se remonta al 14 de febrero de 1992, exp. 6477, demandante: MARIANA BARAZZUTTI, oportunidad en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó:

Se habla sólo de perjuicios del orden moral en su más amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no sólo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora BARAZZUTTI por lo que en la demanda se denomina “daños fisiológicos”, los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo.

De allí que la sala estime, en su arbitrio, que por ese concepto la indemnización deberá ser equivalente en pesos colombianos a 1.800 gramos oro<sup>3</sup>.

Como se aprecia, en esta oportunidad la Sala allanó el camino a la posibilidad de reconocer otro tipo o categoría de perjuicio inmaterial disímil al daño moral, pues indicó que dadas las particularidades del caso –paciente que presentó una fístula rectovaginal– era preciso conceder una indemnización de 1.800 gramos de oro debido a las incidencias traumáticas, razón suficiente para ampliar la noción de daño moral y así permitir que a través de este concepto se repararan las consecuencias fisiológicas que se desprendían para la víctima.

2.2. El segundo pronunciamiento, en relación con otras categorías de daño inmaterial en Colombia está contenido en la sentencia del 3 de julio de 1992,

3 M.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, exp. 25878, oportunidad en la que se puntualizó:

#### 8. El daño especial.

8.1. El demandante separa este perjuicio en tres categorías diferentes, a saber: a. El daño personal especial debido "al perjuicio sufrido... en su vida de relación social y personal, por efecto de la grave invalidez..." b. Los "perjuicios estéticos" y el "daño corporal especial" debido también a la invalidez total que sufre. **La Sala estima que los anteriores daños deben agruparse en uno solo que los comprende a todos: el perjuicio fisiológico, o el "préjudice d'agrément"** de que habla la doctrina francesa. A pesar de los elementos comunes que los unen, o confunden, en algunos casos, es posible afirmar que los daños moral subjetivo, materiales y fisiológico son diferentes, es decir, se refieren a distintos bienes del ser humano: a.- El moral subjetivo o "Pretium doloris", trata de mitigar la aflicción, la tristeza y la depresión que producen la muerte o las lesiones de un padre, un hijo, un hermano, etc., b.- El material, se encamina a mantener los ingresos que, por ejemplo, percibían en lesionado y la esposa y los hijos del padre fallecido., c.- El fisiológico, que pretende darle oportunidad a una persona como... que ha sido privado de llevar a cabo los "placeres de la vida", de reemplazar, o mejor, de tratar de reemplazar lo que en adelante no le será dado hacer...

(...) La parálisis de los miembros inferiores (paraplejía) que padece el actor lo priva de los placeres cotidianos de la vida, tales como los de caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares. La fijación de la indemnización de este rubro depende mucho del criterio prudente del juez, quien debe tener también en cuenta para el efecto la profesión y la edad del lesionado, las privaciones que sufre a raíz de la lesión, etc. Se condenará, en consecuencia, a la demandada, a cubrir al demandante, una suma equivalente a 2.000 gramos de oro fino<sup>4</sup>.

En esta oportunidad, con apoyo en la categoría del perjuicio de agrado francés, se determinó que las lesiones irrogadas al demandante debían ser compensadas a través del citado rubro dirigido a indemnizar la limitación o privación de una actividad que reportara placer para la víctima directa de la afectación.

Como lo pone de presente la doctrina, se trata de una categoría que tuvo sus orígenes en el lapso comprendido entre los años 1950 y 1973, este último año en el que entró en vigencia la ley relativa a los recursos de la seguridad social, que dispuso la exclusión del perjuicio de agrado de la acción subrogatoria de los terceros pagaderos y, además, señaló que solo podía ser padecido por la víctima directa (KOTEICH, 2012: 141).

4 M.P.: HUMBERTO CÁRDENAS.

2.3. Posteriormente, en la sentencia del 6 de septiembre de 1993, exp. 7428, la Sección Tercera del Consejo de Estado, indicó:

el PERJUICIO FISIOLÓGICO o A LA VIDA DE RELACIÓN, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar "...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia... A quienes sufren pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO..."<sup>5</sup>.

En esta ocasión, se trocaron dos categorías de daños inmateriales que tenían orígenes disímiles, el primero de raigambre francés y relativo a la pérdida de los placeres de la vida (deportivos, culturales, sexuales, estéticos, etc.) y, el segundo, de corte italiano que se refería a la indemnización de las actividades no productivas de la víctima<sup>6</sup>.

2.4. En sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 25 de septiembre de 1997, exp. 10.421, se precisó lo que se transcribe a continuación:

1. El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (*prejudice d'agrément*), *loss of amenity of the life* (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano<sup>7</sup>.

5 M.P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

6 "De particular importancia, por ser quizá la creación más original, fue la categoría, creada por la jurisprudencia italiana, del daño a la vida de relación, concepto si se quiere vago, dentro del cual, poco a poco, se fueron introduciendo todas las repercusiones del daño sobre las actividades no productivas del sujeto y que eran resarcibles con independencia de la demostración de su incidencia en la esfera patrimonial de la víctima... En otros términos, para el resarcimiento del daño a la vida de relación debía existir un ligamen, aunque fuera indirecto, con un interés patrimonial de la víctima, con lo que en últimas se hacía vano el remedio correctivo que tal tipo de daño pretendía ser, al terminar cobijado por la misma lógica, tradicional, de productividad y ganancias.

"En este sentido, un problema se hizo evidente: el tener que referir la 'vida de relación', esto es, el lugar o la forma en que la víctima desarrollaba su vida en sociedad, a las capacidades concretas de ganancias de las personas, lo que hizo que la figura se delinea como un perjuicio exclusivo de ciertas clases sociales, los profesionales, por ejemplo, o en general aquellas clases más privilegiadas, para las que reviste un carácter importante la atención que se preste a las relaciones que facilitan el desarrollo de la propia actividad. La jurisprudencia consciente de esta situación trató de quitarle al daño a la vida de relación cualquier connotación que se refiriera al estatus o a la posición social de las víctimas... aunque sin embargo, al momento de la liquidación del daño se seguía un criterio de medición que tenía en cuenta 'las condiciones sociales y el ambiente en el que vive' la víctima de la lesión" (CORTÉS, 2010: 108 y 109).

7 Algunos autores han sugerido llamar a este perjuicio *préjudice de désagrément*, perjuicio por desagrado (Cfr. YVEZ CHARTIER, s.f.: 147).

La jurisprudencia francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la resolución n.º 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en caso de lesión corporal, adoptada el 14 de marzo de 1975, según la cual la víctima debe ser indemnizada de "diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras" (MAX LE ROY, 1989: 66).

2. La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la "privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada" y los "problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida". El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer (ídem: 67).

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

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

(...)

5. Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, "a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida" (ídem), perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral"<sup>8</sup>.

Bajo la anterior perspectiva, se entronizó la asimilación del perjuicio fisiológico, a las categorías referidas al perjuicio de agrado, la pérdida de los placeres de la vida o el daño a la vida de relación.

8 M.P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

En ese orden de ideas, no se valoraba y fijaba la indemnización con fundamento en el daño o la lesión considerada en sí misma, sino que el juez tenía que verificar el impacto externo, social y relacional que esa afectación producía en el individuo. Por lo tanto, al margen de que el perjuicio tuviera su génesis en una alteración psicofísica o en general de la salud de la persona, era imprescindible que se demostrara qué tanto afectaba la órbita externa esa lesión; por lo tanto, entre mayor vida relacional o social tuviera la víctima, mayor indemnización le correspondía por este concepto.

2.5. De particular importancia resulta la sentencia proferida el 13 de junio de 1997, exp. 12499, en la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el perjuicio fisiológico, indicó:

(...) La sala confirmará igualmente la negativa del tribunal a reconocer los perjuicios fisiológicos solicitados en la demanda, pues como se muestra en el dictamen, la lesión no dejó secuelas médico-legales.

Sobre esta especie de perjuicios la Sala anota:

1-) Los perjuicios fisiológicos son de inspiración eminentemente jurisprudencial, pues en la legislación no existe norma que los consagre expresamente. Para reconocerlos el juez se apoya en los artículos 2341 y 2356 del C.C. que establecen la obligación de indemnizar los daños que causen.

2-) No corresponden a una entidad jurídica propia, pues se conforman a la vez de perjuicios morales y materiales. Son más bien una figura pretoriana para poder administrar justicia en estos casos en que dichos perjuicios no se recogen o encasillan totalmente dentro del rubro de los morales, ni de los materiales. También para distinguirlos de los daños morales objetivados concepto este que no pocos problemas presentó en la jurisprudencia, pues en el momento de su reconocimiento se confundían con los perjuicios materiales, hasta el extremo de afirmar que donde hay perjuicios morales objetivados no hay materiales, o a la inversa.

3-) Pertenecen a una categoría intermedia ubicados en el punto donde confluyen los dos rubros tradicionales, pero participando de ellos, se diferencian en que se encuentran inequívocamente relacionados con el goce de vivir, esto es que además del dolor en sí mismo, alcanzan un grado de intensidad mayor, pues van acompañados de la frustración de realizar una actividad de la cual el lesionado percibía placer físico o espiritual, lo que apareja normalmente, sentimiento de angustia, estados de depresión, intranquilidad y pérdida del sueño, entre otras consecuencias.

4-) Por los perfiles hasta aquí anotados, los perjuicios fisiológicos sólo se deben apreciar estudiando el caso concreto y por ello deben ser reconocidos por el juez teniendo en cuenta las condiciones personales y sociales afectadas con el daño.

Para la cuantificación del daño debe tenerse en cuenta que los perjuicios fisiológicos pueden ser genéricos, es decir, aquellos que se producen en todas las personas que padecen la lesión y que no necesitan otras pruebas para su reconocimiento, v.gr: pérdida de sentidos como la vista, la audición, el habla, de órganos como los de la reproducción; o, pueden ser específicos que se presentan por la incidencia de la lesión, en las actividades placenteras o el goce espiritual que disfrutaba la víctima antes de producirse el evento dañoso y que deben acreditarse en el expediente, tales como la pérdida de una extremidad superior en un pianista, o en un tenista, de una extremidad inferior en un ciclista, etc. Es cierto que en estos casos de entrada hay lugar al reconocimiento de esta índole de perjuicios, pero si se demuestra que la víctima ejercía la actividad o pasatiempo y su relación directa con el goce de vivir, el monto indemnizatorio deberá ser superior.

5-) Ahora bien, para la tasación misma de los perjuicios fisiológicos se debe tener en cuenta su naturaleza jurídica ya que, en cuanto a materiales que son, pueden ser resarcidos por el precio equivalente al salario de una enfermera, la dotación de una silla de ruedas, o el costo de la instrucción de un nuevo pasatiempo que sustituya aquél que resulta afectado; y, en cuanto, participan de la naturaleza de los perjuicios morales, esto es el dolor intenso e incalculable que representa la pérdida del goce de vivir, deben indemnizarse con el equivalente en pesos de los gramos oro fino que el Juez estime en consonancia con las circunstancias particulares de cada caso.

(...)"<sup>9</sup>.

En esta oportunidad el Consejo de Estado, al margen de algunas críticas que puedan formularse desde el campo dogmático del daño inmaterial, en el mencionado numeral 4 definió algo de suma relevancia, esto es, que el perjuicio fisiológico tiene una entidad dual o bifronte, la una de contenido genérico que se produce en todas las personas que padecen la lesión –lo cual garantizaría el principio de igualdad, porque a igual lesión correspondería la misma indemnización– y un componente específico que debe ser probado de manera particular en el proceso y que no se desprende simplemente del dictamen médico-legal, dirigido a compensar la pérdida de placer derivado del daño en la realización de actividades lúdicas, deportivas, sociales, relacionales, etc.

Entonces, si bien se puede cuestionar que en la providencia se diga que el perjuicio fisiológico es un híbrido entre los perjuicios materiales y los morales, así como que para su tasación se debe tener en cuenta el costo o el precio equivalente a enfermeras, sillas de ruedas, etc., lo cual constituiría un daño material en la modalidad de daño emergente, tal y como lo planteó el Consejero de Estado RICARDO HOYOS quien aclaró el voto, lo cierto es que la providencia

9 M.P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

es emblemática al reconocer que el mencionado perjuicio inmaterial tiene una doble entidad que permite su resarcimiento de manera genérica y específica.

2.6. Luego, en proveído del 19 de julio de 2000, expediente 11842, la Sección Tercera del Consejo de Estado, replanteó el *nomen iuris* del citado perjuicio con fundamento en el siguiente razonamiento que se transcribe *in extenso*<sup>10</sup>:

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

De otra parte, se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor FELIPE NAVIA ARROYO, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física<sup>11</sup>. Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el art. 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande

10 M.P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

11 NAVIA ARROYO (2013). Ensayo sobre la evolución del daño moral al daño fisiológico, próximo a publicarse. El doctor NAVIA ARROYO precisa, además, que el concepto de daño fisiológico –de acuerdo con el alcance que, hasta ahora, le ha dado esta Corporación– corresponde al de perjuicio de agrado, elaborado por la doctrina civilista francesa, y explica que la expresión *daño fisiológico*, en realidad, corresponde a una noción más amplia, también de creación francesa y aparentemente abandonada, que hace referencia a las repercusiones que puede tener una lesión permanente no solo en la capacidad de gozar la vida de una persona, sino, en general, en sus condiciones de existencia, al margen de cualquier consecuencia patrimonial, por lo cual resultaría más cercana al concepto de daño a la vida de relación, elaborado por la doctrina italiana.

que –al margen del perjuicio material que en sí misma implica– produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.

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

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

En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima –daño moral–, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión –daño material–, “sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”<sup>12</sup>.

Para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión *alteración de las condiciones de existencia*, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en

12 Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, expediente 11.652. M.P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él. Tal vez por esta razón se explica la confusión que se ha presentado en el derecho francés, en algunos eventos, entre este tipo de perjuicio y el perjuicio material, tema al que se refiere ampliamente el profesor HENAO PÉREZ, en el texto citado<sup>13</sup>.

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

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

2.7. De otro lado, en recientes pronunciamientos<sup>14</sup> se adoptó la denominación de "alteración a las condiciones de existencia", para designar ese "específico" perjuicio que desde el año 1993 fue avalado por la jurisprudencia contencioso administrativa, para indemnizar no solo las lesiones a la integridad psicofísica sino cualquier lesión de bienes, derechos o intereses legítimos diversos a la unidad corporal del sujeto, como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, etc., como se hizo a partir de la sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842, ya trascrita.

En efecto, en sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, se sostuvo:

**A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que "rebasa la parte individual o íntima de la persona y además**

13 Ídem: 252 a 263.

14 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385 M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR y sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, con aclaración de voto del ponente sobre esta materia.

*le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación*<sup>15</sup>.

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

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

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

Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que “para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece” (GIL BOTERO, 2006: 98).

Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d'existence* (NAVIA ARROYO, 2000: 78) pueden entenderse como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos” (CHAPUS, 1998: 252) o “las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral” (PAILLET, 2001: 278).

15 Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 2003, Radicación n.º 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083).

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

En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario<sup>16</sup> (negritas y cursivas del original – subrayado adicional).

Como se advierte, la discusión se circunscribió en determinar la definición o *nomen iuris* de aquel perjuicio inmaterial, distinto al moral, que estaba destinado a cubrir los espacios que dejaba abiertos el perjuicio moral. En ese sentido, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo siempre se centró, inclusive desde los primeros pronunciamientos en los que adoptó el perjuicio fisiológico, a establecer un compartimento estanco o, como algunos teóricos denominan, "mega categoría" que permitiera la reparación no solo de la integridad psicofísica, sino también otros bienes que son relevantes para la reparación y la teoría del daño, como son la libertad, la familia, el buen nombre, entre otros, todos pertenecientes a lo que se entiende como daño a la persona y, por lo tanto, importantes para la valoración del daño.

Esta última postura, es la que ha sido avalada por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 13 de mayo de 2008, exp. 1997-09327, oportunidad en la que se insistió en la necesidad de reconocer un perjuicio inmaterial autónomo que estuviera encaminado a proteger la órbita externa de la persona o el "patrimonio social". Al respecto, puntualizó:

Como se observa, a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó "actividad social no patrimonial".

(...) 5. En este orden de ideas, la Corte, a manera de compendio, puntualiza que el daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es eco-

16 M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

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

(...)<sup>17</sup>.

2.9. Por último, en providencia del 4 de mayo de 2011, esta Sección discurrió de la siguiente forma<sup>18</sup>:

(...) 26. Es preciso aclarar que la unificación de criterios en torno al uso de la expresión "alteraciones graves a las condiciones de existencia" no obsta para que en cada caso particular se identifique de manera clara el origen del daño que se pretende indemnizar el que, en todo caso, puede tener su causa en afectaciones físicas o fisiológicas de la persona, por lo que **no puede pretenderse que la utilización de la expresión "perjuicios fisiológicos" esté totalmente proscrita de la jurisprudencia de la Sala, y deberá ser utilizada cuando las "alteraciones**

17 M.P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

18 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de mayo de 2011, exp. 17396, M.P.: DANILO ROJAS BETANCOURTH.

graves a las condiciones de existencia" tengan origen en afectaciones de carácter físico o fisiológico.

27. Esta precisión es relevante, pues además de facilitar la prueba en relación con este particular tipo de perjuicio –de origen fisiológico–, también proporciona al juez mejores criterios para establecer la tasación del perjuicio...

(...) 31. En el *sub lite*, la expresión "perjuicios fisiológicos" utilizada por el demandante y por el *a quo* para referir los daños cuya indemnización se reconoció en la sentencia de primera instancia y que son materia de apelación, debe entenderse como incluida dentro de los perjuicios denominados por la jurisprudencia de la Sala como "alteraciones graves a las condiciones de existencia", en la medida que se trata de daños surgidos de afectaciones de carácter físico sufridos por uno de los sujetos pasivos del daño, que generaron cambios en la forma en como normalmente se desenvolvía su vida antes de que ocurriera el hecho generador del daño.

32. La Sala abordará el estudio del presente asunto con base en el concepto de "alteraciones graves a las condiciones de existencia" definido en la ya citada providencia del 19 de junio de 2000, pero deja en claro que en el caso de autos los daños reclamados –y reconocidos en la providencia apelada– tienen origen en alteraciones físicas o fisiológicas padecidas por la señora MARIANE VALOIS PALACIOS.

33.2. En efecto, se observa que los testimonios practicados dentro del proceso describen actividades cotidianas que realizaba la señora MARIANE VALOIS PALACIOS antes de sufrir la herida, tales como las labores del hogar –lavar la ropa–, actividades de índole familiar como jugar con sus hijos o cargarlos, o actividades recreativas como nadar. Igualmente, los testigos hacen alusión a las secuelas estéticas que implicó la herida para el demandante y narran que el aspecto físico de la señora VALOIS PALACIOS se vio considerablemente alterado como consecuencia de las lesiones.

33.3 Por ello, encuentra la Sala que la pérdida del miembro superior implica en forma genérica –para cualquier persona– una disminución en la posibilidad de realizar todas las actividades cotidianas y, además, una situación de alteración física que implica consecuencias diversas –de orden físico y psicológico– en la forma como el sujeto se relaciona con el mundo, alteraciones que se encuentran demostradas en el caso concreto, según acaba de revisarse" (negritas adicionales).

En este último pronunciamiento se reconoce de manera expresa la importancia de la noción de "perjuicio fisiológico" o daño a la salud, toda vez que "además de facilitar la prueba en relación con este particular tipo de perjuicio –de origen psicofísico–, también proporciona al juez mejores criterios para establecer la tasación del perjuicio."; no obstante, a continuación, la Sala señaló que ese perjuicio se encuentra incluido dentro de la "alteración a las condiciones de existencia", lo que genera un

problema hermenéutico y de aplicación jurídica, pues, se insiste, al margen de reconocer la relevancia del daño a la salud se retorna de inmediato a la denominación tradicional.

Por lo tanto, la decisión no suministra claridad sobre la materia comoquiera que reconoce la importancia del daño fisiológico, pero a paso seguido lo convierte en una especie del género denominado "alteración a las condiciones de existencia".

Entonces, no proscribe el uso de la expresión "perjuicio fisiológico", pero advierte que es una especie de lo que se entiende como alteración grave a las condiciones de existencia. En consecuencia, de nuevo, el Consejo de Estado incurre en una imprecisión al trocar dos conceptos de distinto raigambre y con contenidos diferentes; lo anterior, puesto que como se manifestó con anterioridad, la alteración grave a las condiciones de existencia es un tipo de daño que ha sido construido por la jurisprudencia francesa en aras de resarcir las modificaciones bruscas que se pueden derivar del daño para la existencia individual (v.gr. el hijo póstumo) o colectiva (v.gr. desplazamiento forzado).

Por otra parte, en la decisión del 4 de mayo se admite la posibilidad de que sea el juez, con apoyo en el *arbitrio iuris*, quien defina la forma de tasación de la alteración a las condiciones de existencia en la modalidad de perjuicio fisiológico.

Como se desprende de los anteriores pronunciamientos, la línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha generado una tensión entre dos extremos opuestos: i) de un lado, los defensores de categorías abiertas que permitan, bajo un solo rubro, la compensación de lesiones psicofísicas –los efectos externos que esa lesión genera en la persona–, así como los posibles daños irrogados a otros bienes jurídicos diferentes a la salud (v.gr. el buen nombre, la honra, etc.)<sup>19</sup> y, del otro, ii) quienes defienden la reparación integral del perjuicio a partir de la identificación del bien o interés jurídicamente tutelado para resarcirlo en atención al grado de afectación al mismo, es decir, el eje central del daño inmaterial tiene como fundamento un derecho constitucional específico y su núcleo esencial.

Este estado de cosas en la jurisprudencia, llevó al Consejo de Estado a reflexionar en la necesidad de hacer claridad en lo que concierne al perjuicio fisiológico, biológico, o daño a la salud para dotarlo de autonomía, de manera que no se valore y repare bajo los postulados de un concepto abierto o genérico que no tiene en cuenta los parámetros de igualdad material.

19 "En nuestra opinión, *les troubles dans les conditions d'existence* actualmente constituyen en Francia apenas una fórmula que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios, los cuales, ciertamente, acarrearán una alteración en las condiciones previas de la víctima. Es decir, no constituyen por sí mismos una categoría autónoma de perjuicio (al menos para la jurisdicción civil)..." (KOTEICH, Ob. cit.: 147 y 148).

En otros términos, como se verá a continuación, las sentencias del 14 de septiembre de 2011 de la Sala Plena de la Sección Tercera advierten en el sentido no solo de dotar de individualidad y autonomía al perjuicio fisiológico o daño a la salud, sino también de poner de presente la necesidad de que se haga una lectura constitucional de la responsabilidad, de tal forma que en vez de prohijar “mega categorías” de daños se indemnicen los perjuicios inmateriales derivados de lesiones a bienes o intereses constitucionalmente legítimos que tienen cabida en el derecho de daños (v.gr. la familia, en vez de la alteración a las condiciones de existencia; la libertad, en vez del daño a la vida de relación; el buen nombre, en vez de la alteración a las condiciones de existencia o el daño a la vida de relación, entre otros).

### 3. LAS SENTENCIAS GEMELAS DE UNIFICACIÓN EN COLOMBIA

En sentencias del 14 de septiembre de 2011, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera, del Consejo de Estado, en los procesos radicados n.ºs 38.222 y 19.031<sup>20</sup>, se estableció:

(...) De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que

20 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes n.ºs 19.031 y 38.222, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO

han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad<sup>21</sup>. En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia –antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

**Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona, se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.**

Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico-legal, mientras que el **daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...**" (VICENTE DOMINGO, 1994: 139) (Se destaca).

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)<sup>22</sup>, sin que esta última categoría

21 "El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o 'maneras de ser'" (FERNÁNDEZ SESSAREGO, s.f.: 71 y s.s.).

22 "Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana n.º 6572 del 24 de marzo de 2006 como todo perjuicio causado en el hacer no reidual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que

se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)<sup>23</sup>.

**Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica** puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo y desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial<sup>24</sup>. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior” (KOTEICH KHATIB, s.f.: 259).

23 Ver: Corte de Casación Italiana, Sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, n.º 26972.

24 Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: n.º 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica<sup>25</sup>. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima "a igual daño, igual indemnización"<sup>26</sup>.

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

**Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:**

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

25 "Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser "límites razonables", determinados sí, en términos jurídicos" (CORTÉS, Ob. cit.: 57).

26 "En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico 'debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado'" (ROZO SORDINI, s.f.: 209 y 210).

ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal<sup>27</sup>.

Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearón las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y afflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que

27 "Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico" (GIL BOTERO, s.f.: 10).

afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material".

El daño a la salud, a diferencia de lo sostenido por algún sector de la doctrina, no pretende asignarle un valor monetario a cada órgano o función corporal, toda vez que una postura de esa naturaleza sería reducir este perjuicio a una visión capitalista o monetarista del cuerpo y la psiquis humana. En efecto, el objetivo de esta nueva categoría de perjuicio consiste, única y exclusivamente, en garantizar el resarcimiento de un derecho de rango constitucional que, en términos estadísticos, se ve altamente comprometido en los diversos escenarios de responsabilidad patrimonial del Estado<sup>28</sup>.

28 "Así, el derecho a la salud, también de rango constitucional, abre unas perspectivas bastante amplias... y sin duda ofrece elementos importantes para desentrañar el sentido que hoy

En otros términos, con las sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes n.ºs 38222 y 19031, la Sala Plena de la Sección Tercera reconoció la importancia de limitar la dispersión que venía operando en materia de la tipología del daño inmaterial en Colombia, para fijar un esquema de reparación que atienda al restablecimiento de los principales derechos que se ven afectados con el daño antijurídico. En ese sentido, se catalogó a la salud como un derecho fundamental que cuenta con reconocimiento autónomo y cuya finalidad es servir de contenedor de categorías del daño inmaterial, en aras de evitar la dispersión de varias nociones abiertas que hacían compleja la aplicación efectiva del principio de igualdad y de reparación integral (v.gr. daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia)<sup>29</sup>.

De manera que la valoración del daño que se acogió en los referidos pronunciamientos tiene como propósito que la indemnización no refleje expresiones o valoraciones externas al sujeto, ya que esta visión sí traduce una dimensión capitalista y monetarista del ser humano<sup>30</sup>.

Así lo puso de presente la doctrina sobre la materia, en los siguientes términos:

asume el derecho de daños. La lesión a la salud es pues un caso paradigmático dentro de la responsabilidad civil, no solo por su frecuente ocurrencia (piénsese no más, en los accidentes de tránsito), sino también porque ofrece situaciones ejemplares, casos y soluciones que sirven de termómetro social, puesto que de la forma en que se repare un daño a la salud se podrá colegir la verdadera eficacia de los principios constitucionales" (CORTÉS, 2009: 20 y 21).

29 "(...) lo que no se puede tolerar es que el tratamiento diferenciado, que se deduce de la interpretación de las normas tradicionales de la responsabilidad, beneficie a aquellos que se encuentran en una situación de privilegio... Es evidente que la salud es uno de los aspectos de la condición humana en los que se revela como ausplicable una igualdad entre los coasociados, y de ahí que el principio se revele como fundamental en la materia; una persona que sufra una lesión debe tener, en lo posible, la oportunidad de seguir desarrollando su vida en igualdad de condiciones que los demás, afirmación de la que se desprende un corolario lógico: todo aquél que sufra una lesión igual a la de otra persona deberá tener, también una reparación igual" (CORTÉS, Ob. cit.: 15 y 84).

30 "Entre nosotros se ha sugerido que quizá sería más correcto identificar el daño corporal y el daño a la salud. Se trata este último, de un concepto bastante novedoso, cuya creación proviene de la doctrina italiana que por tal entiende, el perjuicio que deriva de la lesión de uno de los derechos de la personalidad –la integridad física– y es susceptible de valoración económica independiente. Lo más positivo de esta nueva creación es el haber superado la anterior práctica jurisprudencial por la que la incapacidad se apreciaba y valoraba, en tanto en cuanto afectara a la capacidad de producir ganancias o riqueza, valoración conocida como el 'método tradicional'... De aquí se desprende la autonomía del daño a la salud a nivel constitucional, cuya forma de protección es la tutela aquiliana. Lo que quiere decir que es un daño reparable en sí mismo, con independencia de sus posibles consecuencias pecuniarias... La independencia de la categoría del 'daño a la persona en sentido estricto', es una categoría que se une a las más conocidas de 'lesiones de bienes o de derechos primarios, en cuanto son inherentes a la persona humana (el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad...) todos ellos reconocidos en la Constitución'" (VICENTE DOMINGO, 1994: 138 y s.s.).

De particular importancia, por ser de la creación más original, fue la categoría, creada por la jurisprudencia italiana, del daño a la vida de relación, concepto si se quiere vago, dentro del cual, poco a poco, se fueron introduciendo todas las repercusiones del daño sobre las actividades no productivas del sujeto y que eran resarcibles con independencia de la demostración de su incidencia en la esfera patrimonial de la víctima. El objetivo era también aquél de sortear los escollos y la insatisfacción que se derivaba de dar lugar al resarcimiento del daño corporal con base en la capacidad de producir ganancias de la víctima, o mejor, el de elaborar un criterio alternativo, en relación con aquél de la renta de la persona, para evitar así resarcimientos insuficientes frente a sujetos cuya capacidad profesional no ayudaba a determinar, de manera segura, sus ingresos efectivos.

(...) En ese sentido, un problema se hizo evidente: el tener que referir la "vida de relación", esto es, el lugar o la forma en que la víctima desarrollaba su vida en sociedad, a las capacidades concretas de ganancias de la persona, lo que hizo que la figura se delineara como un perjuicio exclusivo de ciertas clases sociales, los profesionales, por ejemplo, o en general de aquellas clases más privilegiadas, para las que reviste un carácter importante la atención que se preste a las relaciones que facilitan el desarrollo de la propia actividad. La jurisprudencia consciente de esta situación [el autor se refiere al sistema italiano] trató de quitarle al daño a la vida de relación cualquier connotación que se refiriera al estatus o a la posición social de la víctima... aunque, sin embargo, al momento de la liquidación del daño seguía un criterio de medición que tenía en cuenta 'las condiciones sociales y el ambiente en el que vive la víctima de la lesión' (CORTÉS, Ob. cit.: 109).

En consecuencia, en un Estado Social de Derecho como el nuestro la concepción antropocéntrica hace que el derecho de la responsabilidad se acerque a los postulados constitucionales para definir con precisión qué derechos, bienes jurídicos o intereses legítimos son resarcibles y, por lo tanto, es imperativa su reparación integral en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

De modo que, cuando se indica que el daño a la salud gana objetividad donde otras categorías abiertas de perjuicios inmateriales la perdían, tiene sentido en tanto no se interprete esa acepción como la posibilidad de asignar un valor económico específico o de mercado a esta clase de derechos o intereses legítimos (v.gr. la integridad psicofísica, la honra, la libertad, etc.), puesto que este tipo de bienes jurídicos son de naturaleza incommensurable, circunstancia por la cual la forma y el *quantum* de la reparación no deben medir la indemnización del perjuicio en términos monetarios, sino la satisfacción o compensación del mismo a partir de criterios –estos sí objetivos– que procuren garantizar los principios de igualdad material y de dignidad humana<sup>31</sup>.

31 "Ahora bien, los daños irrogados a los bienes de la personalidad, por carecer de 'un valor de mercado', no pueden evaluarse objetivamente, lo que impide en consecuencia determinar la justeza o no de la indemnización. La función de esta última no es resarcitoria, sino más bien 'satisfactoria', es decir, busca que por medio del pago de una suma de dinero u otro paliativo

Ahora bien, el daño a la salud tratándose de la lesión o afectación a la integridad psicofísica, se insiste, busca evitar la dispersión de categorías o tipologías abiertas de perjuicios que pueden llegar a trocarse o superponerse y, por lo tanto, se atente contra los principios de reparación integral y la prohibición de enriquecimiento sin causa.

Así las cosas, las providencias del 14 de septiembre de 2011 (exps. 38222 y 19031) fijan una sistematización del daño inmaterial que resulta aplicable a los supuestos en los cuales el Estado sea responsable por daños que afecten el bienestar físico, psíquico, familiar o social del ser humano. Es decir, con las sentencias referidas se adoptó la noción de "daño a la salud", por ser apropiada para concretar la reparación del perjuicio relativo a las afectaciones a la integridad psicofísica de la persona, sin tener en cuenta aspectos de difícil acreditación y que pueden traducir o reflejar un trato discriminatorio o hermenéuticas encontradas en las que no se tenga certeza sobre el contenido y alcance del perjuicio indemnizable como viene ocurriendo en Francia<sup>32</sup>.

puede procurársele a la víctima una sensación placentera, que le permita apenas sobrellevar y aliviar su lesión, sería impropio pensar que el dinero pueda *resarcir* el daño inmaterial... No obstante, parece tendencia natural la de establecer mecanismos orientados a contener la 'inflación' del quantum de la indemnización del daño extrapatrimonial, bien sea mediante la creación de tablas sobre las cuales se fundamente su liquidación o, precisamente, por medio del establecimiento de topes periódicos por parte de la jurisprudencia (a manera de guía para los jueces), la cual debe en todo caso estar siempre atenta al entorno social y económico al que pretende dirigir esas pautas, para no establecer, en definitiva, sumas imposibles de pagar, que pugnarían con la equidad. Se lograría con dichos parámetros, además, favorecer cierta homogeneidad frente a casos similares, lo cual hace más apropiado que dejar al completo arbitrio del juez la tasación de un daño que sólo puede ser aproximativa, pues los medios probatorios ordinarios no son idóneos para la probanza de la extensión del daño extrapatrimonial, en virtud de su carácter no objetivable" (KOTEICH, 2006: 188 y 192).

32 "En efecto, el problema del sistema francés sobre el daño corporal está constituido por la negativa a considerar abiertamente el perjuicio fisiológico como un perjuicio de carácter personal..., cuya indemnización debe encontrarse al abrigo de la acción subrogatoria de los terceros pagadores y reservarse a la víctima en la medida en que las prestaciones pagadas por estos no lo reparen por completo (en la actualidad, si el tercero pagador ejerce la acción subrogatoria contra el responsable, la víctima no puede ir en contra de éste para exigir el pago del complemento ni para, eventualmente, acumular las dos indemnizaciones o prestaciones), lo que deriva en que su inclusión en el sistema de daños no sea del todo clara.

"Ello, particularmente desde que la *Cour d'Appel de París*, con la sentencia de mayo de 1994 (que recoge en realidad una tesis expuesta con anterioridad por LAMBERT-FAIVRE) sostuvo que por no ser posible escindir o distinguir entre el *perjuicio fisiológico* y el *préjudice d'agrément* entendido en sentido amplio, es decir, entendido como la 'privación de los placeres de una vida normal' (y no ya como la privación de actividades *específicas* variables de una persona a otra), se justifica que ambos rubros se comprendan en una sola categoría bajo el título de '*préjudice fonctionnel d'agrément*'.

"Este nuevo y complejo prospecto de categoría consistiría, de acuerdo con una sentencia de la *Cour d'Appel* de París del año 2002, en los problemas varios de la víctima ocasionados por el déficit funcional, surgidos luego de la consolidación de la discapacidad, que se ma-

De manera que las categorías abiertas de daños basados en expresiones inconmensurables, como el placer, el agrado, la lesión a la afectación social o relacional, generan distorsiones en el sistema indemnizatorio, toda vez que aunada a la dificultad que representa para el juez de la responsabilidad la valoración de un perjuicio inmaterial por la lesión a un bien de contenido personalísimo o un derecho fundamental, resulta de suma complejidad trazar derroteros o baremos que permitan establecer criterios compensatorios que respeten la igualdad y la dignidad humana.

En ese sentido, el daño a la salud evita una dispersión o explosión de perjuicios tales como: el fisiológico, el biológico, el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, de forma tal que se reconducen esas manifestaciones de la persona al concepto y derecho que las engloba, esto es, "la salud"<sup>33</sup>.

Por consiguiente, una tipología del daño que se estructure a partir de los bienes jurídicos, constitucionalmente protegidos, garantiza varios aspectos teóricos y prácticos, a saber: i) se repara o compensa el daño en sí mismo, y para ello es preciso verificar la gravedad de la afectación al respectivo interés legítimo (v.gr. la salud, la honra, la libertad, etc.), ii) se produce una constitu-

nfiestan en las condiciones de existencia, en los actos esenciales de la vida ordinaria, en las actividades afectivas y familiares y en las actividades de esparcimiento; en definitiva, en una pérdida de calidad de la vida de la víctima.

"Lo anterior significa que para la *Cour d'Appel* de París, el cuadro de los perjuicios personales que pueden derivarse de un daño corporal quedaría como sigue: *pretium doloris*, perjuicio estético y *préjudice fonctionnel d'agrément*, mientras que para la Corte de Casación, en cambio, se mantiene es *status quo* de la cuestión, es decir, siguen estando separados el perjuicio fisiológico y el perjuicio de agrado, conservando cada uno su autónoma identidad.

"En efecto, la Sala Plena de la Corte de Casación francesa, en conocida decisión de fecha 19 de septiembre de 2003, casó la sentencia del 2002 por medio de la cual la *Cour d'Appel* de París se expresaba en los términos revolucionarios descritos más arriba, sosteniendo que el perjuicio de agrado constituye un 'perjuicio subjetivo de carácter personal que resulta de los problemas en las condiciones de existencia' (al no referirse, como antes, a actividades específicas, y por ende, variables de un individuo a otro, nos parece, contrario a lo apenas dicho, que el perjuicio, antes de subjetivarse, se objetiva), que es diferenciable, y por ende autónomo, de 'la lesión objetiva a la integridad física de la víctima' cuya indemnización se encuentra sometida a la acción subrogatoria de los terceros pagadores.

"De donde, la solución propuesta por la *Cour d'Appel* de París parece, al menos por ahora, estar lejos de una verdadera concreción, porque hasta tanto no intervenga el legislador, los jueces seguramente se limitarán (sin olvidar y a pesar de su poder soberano) a establecer el monto del perjuicio de agrado y del perjuicio fisiológico tal como fue dispuesto por la Corte de Casación, pues resulta improbable que se atrevan a integrar los dos rubros en una sola categoría si el máximo tribunal desaprobó tal proceder" (KOTEICH, 2010: 186 y s.s.).

33 "[E]l bien salud es tutelado [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo, de tal forma que se configura como un derecho primario y absoluto, plenamente operativo aun en las relaciones entre privados... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo." Corte Constitucional Italiana, sentencia del 18 de julio de 1991, citada por CORTÉS (Ob. cit.: 132).

cionalización del derecho de la responsabilidad, en donde no se indemnizan perjuicios existenciales o derivados de la vida social o relacional del sujeto, sino los vinculados a derechos constitucionales, iii) comoquiera que la tipología del daño inmaterial se concentra en algunos de los derechos reconocidos a nivel constitucional, la labor de establecer una cuantificación del perjuicio se puede hacer a través de criterios más objetivos –no objetivables– con apoyo en el *arbitrio iuris* y las pautas fijadas en la jurisprudencia<sup>34</sup>.

#### 4. POR QUÉ EL DAÑO A LA SALUD O FISIOLÓGICO ES IMPORTANTE EN UN SISTEMA JURÍDICO COMO EL COLOMBIANO – LA VALORACIÓN MÉDICA DEL DAÑO A LA SALUD

En la segunda mitad del siglo XX se adquiere conciencia del carácter trascendental que tiene la salud, elevándola jurídicamente a la condición de derecho fundamental.

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de forma expresa lo reconoce (diciembre de 1948).

34 A modo de ejemplo, se pueden consultar: Sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 32651, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, en la que se puntualizó: 5.4. Finalmente, respecto al perjuicio de ‘daño a la vida de relación’ concedido al hijo del occiso VÍCTOR JULIO BARCELÓ ZAMBRAÑO, la Sala debe aclarar que si bien coincide con los argumentos del Tribunal para otorgar indemnización, no se hace bajo este criterio, en atención a que no solo se afectó la vida y existencia del menor con la ausencia indefinida de su padre, sino que también se violaron bienes jurídicos de raigambre constitucional que están íntimamente relacionados con el perjuicio a indemnizar.

“En el presente caso, se tiene que el daño causado al menor por la pérdida de su padre, indudablemente vulnera los derechos fundamentales del niño y de la familia, principios constitucionales que el Estado debe proteger y amparar, en atención a la vulnerabilidad de la población infantil.

“(…) 2.3. Por concepto de perjuicio por la vulneración de bienes jurídicos constitucionales a favor de VÍCTOR MANUEL BARCELÓ HERNÁNDEZ, 100 SMLV”.

Así mismo, en sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 19283, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, la Sección Tercera de la Corporación, puntualizó: “Se observa con claridad meridiana la vulneración del bien jurídico constitucional del cual hacen parte los derechos fundamentales al honor, buen nombre y honra. En relación con la reparación de este perjuicio, la Sala ha aceptado que aun cuando, en principio, se debería hacer una rectificación por parte de quien informó erróneamente utilizando similares medios e igual difusión, esto sólo es efectivo si se realiza en un período inmediato o cercano a la divulgación de la noticia, de lo contrario, podría tener un efecto contraproducente, de allí que, en estos casos la condena a una suma de dinero es lo adecuado”.

En similar sentido, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia 28 de febrero de 2005, exp. 2000-01408, condenó por perjuicios al buen nombre, así: “Para RICARDO ARTURO VÁSQUEZ RÍOS la suma en pesos, equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

De igual modo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –DESC–, de diciembre de 1966, en su artículo 12.

Por su parte, en el Consejo de Europa la Carta Social Europea del 18 de octubre de 1961, en su artículo 11 consagra la protección al citado derecho.

Así mismo, en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, se consagra que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el grado de bienestar más alto a nivel físico, mental y social; normativa que está en perfecta consonancia con la definición de salud que ha dado la Organización Mundial de la Salud –OMS–, según la cual “es el estado completo de bienestar físico, psíquico y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades”.

En Colombia, el derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política<sup>35</sup>, y de manera reciente ha sido catalogado como una garantía fundamental de naturaleza autónoma<sup>36</sup>, sin que sea necesario demostrar la conexidad con otro derecho (v.gr. la vida).

Por lo tanto, resulta innegable que existe un patrimonio biológico que lejos de estar asociado con una mercantilización del derecho fundamental, supone el reconocimiento de una compleja estructura genética, fisiológica, psicológica y social que representa el ser humano.

35 “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

“Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

“Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

“La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

“Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

“El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

“Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”.

36 Al respecto se pueden consultar las sentencias T-757 y T-893 de 2010.

En el campo médico, se ha sostenido que "el patrimonio biológico de la persona se inicia con los genes que le proporciona el primer sustento, a partir del cual se irán configurando todos y cada uno de los órganos, aparatos, y sistemas con sus complejas funciones, hasta conseguir una compleja y armoniosa dotación física y psíquica, única e irrepetible en cada individuo"<sup>37</sup>.

Significa lo anterior que la valoración médica del daño corporal corresponde a la actuación clínica o médico legista dirigida a conocer exactamente las consecuencias de un suceso traumático determinado, sobre la integridad psicofísica y la salud de una persona, con la finalidad de obtener una evaluación final que permita al juzgador establecer las consecuencias exactas del mismo.

En relación con la valoración médico legal del daño irrogado a la persona, resultan ilustrativas las palabras de la experta en la materia, la doctora MARÍA TERESA CRIADO DEL RÍO (2010: 43): "la valoración médico legal del daño a la persona o de los daños personales (valoración del daño corporal) es una rama de la medicina legal que hacemos equivalente a la medicina legal de las lesiones, denominada patología forense, y que los médicos forenses incluyen dentro de sus servicios de la clínica forense. Este motivo es suficiente por sí solo para hablar de "valoración médico legal", en vez de tan solo "valoración", pero también se justifica porque la valoración del daño puede entenderse desde dos puntos de vista: desde el ámbito médico de la valoración médico legal del daño o desde el ámbito jurídico de la valoración jurídica del daño que compete a los juristas".

La doctrina sobre el concepto de daño corporal, desde el plano médico legal, ha sostenido:

Daño corporal es la consecuencia de toda agresión, exógena o endógena, sobre cualquier parte de la geografía del cuerpo. El daño corporal puede tener una doble naturaleza: violenta y natural. La violenta, a su vez, reconoce tres causas: homicida, suicida, accidental. La natural es consecuencia de los múltiples procesos patológicos que llevan las distintas enfermedades.

El daño corporal de causa accidental puede ser debido a accidente laboral, de tráfico y casual.

(...) La valoración médica del daño corporal permitirá al juzgador cualificar, en primer lugar, la lesión y cuantificar su repercusión penal, civil y en su caso administrativa.

Corresponde al perito médico determinar la naturaleza del daño corporal, sus manifestaciones, tiempo de curación, tratamientos empleados, secuelas, si las hubiese, repercusiones a nivel laboral, social y familiar.

37 Cf. PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ (1991).

Corresponde al juzgador la valoración del daño corporal, apoyado en el peritaje médico, y cuantificar las penas, indemnizaciones y responsabilidades.

El daño corporal tiene manifestaciones propiamente corporales y otras derivadas a lo extracorpóreo. Es la lesión la manifestación básica del daño sobre el cuerpo. El daño extracorpóreo es aquel que se deriva hacia personas o cosas como consecuencia precisamente del daño que ha recibido el cuerpo.

Manifestaciones del daño corporal

a) Anatómicas

Las que afectan cualquier tejido, órgano, aparato o sistema de la economía corporal, con independencia de su función.

b) Funcionales

Afectan la función de cualquier tejido, órgano, aparato o sistema.

c) Estéticas

Afectan la belleza, armonía y/o estimación de la persona.

(...) e) Extracorpóreas

Cuando la lesión o daño corporal trasciende del propio cuerpo, derivando daños o perjuicios físicos o morales sobre personas o cosas.

(...)" (PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ, 1991: 1 a 3).

De modo que el médico legista, desde la perspectiva del daño a la salud, adquiere una significativa relevancia, puesto que es a partir de la valoración de la afectación de la integridad corpórea o psíquica que se establece el porcentaje de incapacidad, para lo cual es preciso acudir a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, de conformidad con el procedimiento descrito en el Decreto 2463 de 2001.

En otros términos, la evaluación médica legal del daño corporal o a la persona determina las secuelas que se derivan del mismo, en aras de establecer la invalidez de la víctima. Las secuelas son todas las alteraciones orgánicas, anatómicas, funcionales o psicológicas que modifican temporal o permanentemente el estado de salud<sup>38</sup>.

38 "Concepto de secuela

"Debemos considerar secuela toda manifestación a nivel anatómico, funcional, estético, psíquico o moral que menoscabe o modifique el patrimonio biológico del individuo, o se

Ahora bien, para realizar la calificación integral de la invalidez es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 917 de 1999, que establece:

ARTÍCULO 7°. CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN INTEGRAL DE INVALIDEZ. Para efecto de la calificación integral de la invalidez se tendrán en cuenta los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos de la siguiente manera:

a) DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.

b) DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.

c) MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.

ARTICULO 8°. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LOS CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN TOTAL DE LA INVALIDEZ. Para realizar la calificación integral de la invalidez, se otorga un puntaje a cada uno de los criterios descritos en el artículo anterior, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, dentro de los siguientes rangos máximos de puntaje:

derive extemporáneamente a cosas o personas, como resultado de una lesión física o psíquica no susceptible de mejoría o tratamiento, sin importantes riesgos sobreañadidos" (ídem: 15).

CRITERIO PORCENTAJE (%)  
 Deficiencia 50  
 Discapacidad 20  
 Minusvalía 30  
 Total 100  
 (...).

Como se aprecia, la valoración médica del daño a la salud es global y comprende no solo la incapacidad laboral<sup>39</sup>, sino que también apunta a la alteración fisiológica, psicológica y/o anatómica, y a la restricción o ausencia para desarrollar o ejecutar una actividad dentro del margen que se considera normal para un ser humano, así como a la aminoración que se genera para el desempeño de un específico rol en la sociedad, lo cual se mide desde la individualidad del sujeto, en relación con su entorno.

Esos tres factores sumados, la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía, con sus correspondientes porcentajes, son los que determinan el porcentaje de invalidez de la persona, a partir del cual se pueden fijar no solo los daños materiales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, sino, de igual forma, el inmaterial del daño a la salud en su componente estático u objetivo, tal y como se verá en el acápite siguiente.

Entonces, la valoración médica de la incapacidad integral constituye un elemento definitivo al momento de analizar y delimitar el daño a la salud, pues es precisamente el porcentaje de invalidez lo que, *prima facie*, determinará la indemnización que a título de compensación hay que otorgar a la persona afectada con el daño. Es precisamente la calificación de la invalidez lo que determina el porcentaje en el que se apoyará el juez para fijar la suma que opere como compensación por la alteración a la integridad psicofísica, de modo que a igual daño corresponderá, en principio, igual indemnización.

Es por lo anterior, que en la actualidad algunos tratadistas reconocidos en la materia distinguen el daño corporal del daño a la persona, en aras de circunscribir el primer concepto a la afectación a la integridad psicofísica que padece el individuo, mientras que el segundo correspondería a la valoración

39 "El médico legista, llamado a comprobar la existencia de un daño a la salud, debe expresar la invalidez que se sigue a la lesión, en puntos porcentuales, con lo que valora la reducción de la integridad a la persona, en toda su complejidad; no se trata de medir la incapacidad laboral de la que se hablaba antes, pues la nueva valoración es más amplia, ya que en ella se indica la reducción de todas las posibilidades del individuo para desarrollar cualquier actividad propia de la vida... Así, se puede decir que el estado de salud está representado por la eficiencia normal de la integridad psicofísica, y el menoscabo a la salud se presenta como una situación de empeoramiento, permanente o transitorio, de aquellas condiciones normales que representan el modo de ser de la persona, y que se manifiestan en una alteración negativa y apreciable de los actos ordinarios de la existencia" (CORTÉS, Ob. cit.: 142 y 143).

de la alteración a la integridad psicofísica de manera conjunta con todas las consecuencias asociadas a la misma. El primer ámbito sería objeto de estudio de los médicos forenses o de los peritos especializados, mientras que el segundo sería propio de un análisis de tipo jurídico para establecer las repercusiones de índole penal, civil, administrativo, etc.<sup>40</sup>.

En esa línea de pensamiento, el daño a la salud, lejos de pretender cosificar al ser humano o de darle un contenido económico a la integridad de la persona, pretende compensar o paliar, a partir de los principios del derecho de daños, los efectos nocivos que se desprenden de la afectación a la integridad psicofísica, con la garantía, de que a una igual lesión corresponderá la misma satisfacción.

Inclusive, la valoración del daño corporal o a la persona y, por consiguiente, la necesidad de proteger la integridad o la salud frente a atentados de otras personas no es un tópico novedoso, sino que, por el contrario, tiene antecedentes vetustos que se remontan a las denominadas Tablas de Nippur, al Código de Hammurabi, e inclusive a los textos bíblicos<sup>41</sup>.

A modo de ejemplo, en el derecho romano se reconocía la importancia de la integridad psicofísica a partir del concepto de *iniuria*, es decir, todo aquello que fuera contrario a derecho. En las doce tablas se preveían tres posibles situaciones: i) *membrum ruptum*, consistente en la amputación o inutilización del órgano para lo que se aplicaba el mismo principio de la Ley del Talión, ii) *os factum*, lesiones graves sin amputación ni inutilización y iii) *iniuriae*, correspondiente a las lesiones personales de menor gravedad. Con posterioridad, con la expedición la ley Aquilia (*lex aquilia*), se estableció el *damnum iniuria datum*, de tal forma que cuando el afectado con la lesión era un esclavo, se abría paso la reclamación y el pago de una indemnización por ese concepto, mientras que si la misma se irrogaba a un hombre libre se aplicaba la ley del Talión porque esa afectación no podía ser compensada en dinero<sup>42</sup>.

40 "Enfocado de esta manera, el daño corporal es el equivalente del daño a la integridad física y psíquica de la persona, y el daño a la persona se corresponde con la afectación de la integridad psicofísica y con todas sus consecuencias" (CRIADO DEL RÍO, Ob. cit.: 47).

41 "El primer baremo de incapacidades del que se tiene noticia está constituido por un documento muy incompleto conocido como las Tablas de Nippur—llamadas también Ley de Ur Namur—, del año 2500 a.C., aunque el primer tratado completo corresponde al Código de Hammurabi (1700 a.C.), basado en la Ley del Talión... Del mismo período son las Leyes de Moisés (1500-1600 a.C.) que se ocupan específicamente de las relaciones entre médicos y pacientes y de las responsabilidades que los primeros debían afrontar en caso de malpraxis (v.gr. art. 219. Si un médico ha tratado a un esclavo de una herida grave y le deja tullido, pagará esclavo por esclavo)... A mayor abundamiento, en las propias Sagradas Escrituras se recogen referencias a la evaluación e indemnización de daños, basadas también en la Ley del Talión. Es en ellas donde aparece también la primera referencia histórica que se conserva del daño estético, bien protegido necesario para completar la belleza espiritual imprescindible para presentarse ante Dios, tal y como se señala en el libro Éxodo, XXI, 18 y s.s., así como en el Levítico, XIX, 28..." (Cf. HERNÁNDEZ CUETO, 2001: 4 y 5).

42 Cf. HERNÁNDEZ CUETO (Ob. cit.: 6 y 7).

Por lo tanto, el juez frente a la valoración del daño corporal –y concretamente el perjuicio inmaterial– dada la subjetividad de conmensurar la integridad psicofísica, así como el estado de ánimo y los sentimientos de la persona, tiene dos posibilidades: i) negar su reconocimiento por no ser un perjuicio tangible o medible o ii) establecer a partir de criterios sociales, científicos y jurídicos una metodología que, sin pretender cuantificar el valor equivalente de la vida, la integridad y los sentimientos humanos, sí permita compensar o tratar de resarcir las lesiones a esos bienes jurídicos.

De allí que, de aceptar los cuestionamientos que se formulan al daño a la salud a partir de argumentos de índole capitalista o clasista, conllevarían a que se negaran, de igual forma, los perjuicios morales deprecados por el deceso de una persona, toda vez que los sentimientos, las pasiones y las emociones son intereses subjetivos que solo hacen parte de la órbita interna del individuo y que, bajo esa misma lógica, significaría dar un contenido monetario a un bien de connotación personalísima<sup>43</sup>.

En ese orden de ideas, la valoración y compensación de daños ocasionados a bienes de naturaleza inmaterial no constituye un aspecto o tópico novedoso que genere aprensiones; *contrario sensu*, la labor del fallador consistirá en promover sistemas o esquemas de resarcimiento que garanticen la efectiva protección del derecho o interés lesionado, así como estándares o baremos de cuantificación del perjuicio que sean respetuosos de los principios de igualdad y de dignidad humana<sup>44</sup>.

## 5. VALORACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD EN EL CONTEXTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

El daño a la salud obtiene su precisión y concreción en la medida que resulta fácil para el juez trazar parangones a partir de los precedentes judiciales contenidos en las decisiones del Consejo de Estado, según los cuales a lesiones graves que afecten de manera significativa la integridad psicofísica del sujeto

43 "(...) el problema de la valoración del dolor sigue existiendo, radicando esencialmente en la subjetividad, elemento que no puede ser obviado dado que forma parte nuclear del propio dolor" (HERNÁNDEZ CUETO, Ob. cit.: 58).

44 "(...) [A] todo individuo, con independencia de su actividad productiva real, se le debe reconocer un determinado valor económico que depende más de su potencialidad que de su capacidad productiva real... Pero las consecuencias de un fenómeno lesivo sobre un ser humano no se limitan a las que se producen sobre su capacidad productiva; es decir, no quedan reducidas a la mera esfera de la actividad laboral, ni a su exclusivo patrimonio biológico (físico y psíquico, anatómico y funcional). Muy al contrario, la víctima afronta otros daños de especial importancia de los que también es justo que sea resarcida. Por ello, modernamente se ha comenzado a considerar la afectación o daño extrapatrimonial..." (HERNÁNDEZ CUETO, Ob. cit.: 48 y 49).

se otorga un máximo de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes. De modo que el porcentaje de invalidez o la gravedad de la lesión y la edad de la víctima serán los factores determinantes con los cuales el juez contará para, a partir del arbitrio judicial, fijar la indemnización del perjuicio respectivo<sup>45</sup>.

Corresponderá al juez, a través de todos los medios de convicción –directos o indirectos y, principalmente, los que se refieran técnica o científicamente al porcentaje de incapacidad temporal o permanente derivado del daño– la verificación de la existencia de la lesión, las consecuencias que de la misma se derivan en términos de la integridad psicofísica considerada en sí misma y las limitaciones que esa afectación genera en el estado general de bienestar.

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona. La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación genérica, estática u objetiva y la específica, dinámica o subjetiva, esto es, los efectos internos y externos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que, como se ha explicado, permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos<sup>46</sup>. En otros términos, se insiste, se repara el daño consi-

45 "La *ratio* de la proporcionalidad entre la edad y el valor del punto se encuentra, también en este caso, en consideraciones de orden científico: la incidencia de la lesión en las funciones vitales y sociales del damnificado es tanto más grave cuanto menor es su edad, en consideración del mayor lapso durante el cual el damnificado debe soportar la lesión de su integridad psicofísica [si es de carácter permanente]" (ROZO SORDINI, 2002: 313).

46 De esta manera se evita la preocupación que han manifestado algunos sectores de la doctrina, en relación con un posible desbordamiento del derecho de daños y de la tipología de perjuicios inmateriales, sin que se delimiten bien los cauces y las categorías de los mismos. "Consolidado como se encuentra hoy el daño a la vida de relación en Colombia, con los contornos propios que la jurisprudencia fue cuidadosa en trazar, resta la preocupación, como se ha manifestado antes, por lo que está sucediendo en algunas instancias en las que se propende por la aceptación, como categorías autónomas, de un sinnúmero de 'perjuicios': estético, síquico, sexual, por alteración de las condiciones de existencia –este último, en realidad, con la pretensión de 'sustituir', en la jurisdicción administrativa, el daño a la vida de relación– entre muchos otros, que introducen el riesgo de un posible acopio no suficientemente reflexivo, y por ende, no ajustado a nuestra realidad socioeconómica, o a nuestra sistematización sobre el daño, de categorías extranjeras de perjuicio, como, recordemos, infortunadamente sucedió en el Consejo de Estado colombiano..." (KOTEICH, Ob. cit.: 251).

derado en su generalidad (afectación a la integridad psicofísica), así como las consecuencias particulares que el mismo produce de manera individual a la persona (aspecto dinámico o específico), a partir de una lectura en clave del derecho fundamental que se protege, es decir, la salud.

Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material<sup>47</sup>. De manera que, para la valoración del daño a la salud, no es viable ni procedente la aplicación del denominado test de proporcionalidad, como tampoco verificar si la reparación responde a la protección de una esfera mínima y esencial del individuo<sup>48</sup>.

En consecuencia, ante la inexistencia de baremos o tablas de punto legales que definan las indemnizaciones a diferencia de la experiencia de otros países (v.gr. Francia e Italia), para la liquidación el daño a la salud en el derecho vernáculo es preciso recurrir a la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía satisfacción o compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la integridad psicofísica. En este punto, la sentencia del 4 de mayo de 2011, que fue recogida por las sentencias gemelas del 14 de septiembre de ese mismo año, es conteste en señalar que inclusive en la valoración del daño a la salud es el juez quien, con fundamento en el principio del arbitrio judicial, debe fijar las pautas para la indemnización del perjuicio.

En esa línea de pensamiento, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de forma mayoritaria con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, en reciente sentencia del 28 de marzo de 2012, exp. 22163<sup>49</sup>, trazó los criterios hermenéuticos que, con fundamento en el principio jurídico del arbitrio judicial, se deben tener en cuenta al momento de valorar y liquidar el daño a la salud.

47 "De las definiciones anteriores se puede ver cómo un elemento central del concepto [daño a la salud] es el llamado 'valor hombre', que debe dar la medida del resarcimiento, pues es la afectación de cualquier manifestación de la persona que se sigue a una lesión a la integridad psicofísica el parámetro de referencia para la correcta valoración y liquidación del daño que se ha causado. Además de este aspecto central, se pueden identificar algunos otros elementos de la figura, como su carácter prioritario, autónomo, unitario y no referido al rédito de la persona" (CORTÉS, Ob. cit.: 133).

48 Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de febrero de 2012, exp. 22.199, M.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO.

49 M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

En esa perspectiva, señaló la mencionada Corporación que –en similar sentido a la decisión del 13 de julio de 1997, exp. 12499– son dos los componentes del perjuicio fisiológico o daño a la salud: i) el ingrediente estático u objetivo, en el cual opera una regla de tres, de tal forma que en principio a una incapacidad del 100% corresponderá una indemnización de 400 SMMLV; en consecuencia, dependiendo del porcentaje de incapacidad, se fijará con el referido método matemático la indemnización correspondiente al componente estático del daño a la salud, y ii) el elemento dinámico o subjetivo, que permitirá valorar al juez las particularidades de la víctima, de tal forma que se permita incrementar, en el porcentaje que defina el funcionario judicial, la indemnización siempre que compruebe que respecto de ese sujeto en particular la lesión psicofísica produjo unas consecuencias específicas que requieren ser compensadas (v.gr. imposibilidad de practicar el deporte preferido, no poder ejercer una actividad lúdica o cultural, la pérdida de un placer como por ejemplo la actividad sexual de la persona, entre otras).

El primer ámbito del daño a la salud opera de manera automática sin que se requiera una prueba particular, salvo la que sea conducente para demostrar la afectación a la integridad psicofísica y el porcentaje respectivo, por lo que los dictámenes periciales y las actas de calificación de invalidez se tornan en los principales medios de convicción para los mencionados efectos. *Contrario sensu*, la esfera dinámica requerirá que la parte que la alega demuestre esos efectos o consecuencias que se desprenden de manera particular para la persona.

De allí que sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, en el siguiente horizonte:

1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del *arbitrio iuris*, para lo cual se podrá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde en principio un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme<sup>50</sup>. En esta esfera es imprescindible tener en cuenta no solo el porcentaje de invalidez definido por el médico legista, por la junta de calificación de invalidez o por el perito designado en el proceso, sino, de igual manera, la edad de la víctima, pues a partir de esos dos criterios se establecerá la indemnización en una dimensión más objetiva, ya que

50 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de marzo de 2002, exp. 12.054, M.P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; 13 de diciembre de 2004, exp. 14722, M.P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; 5 de junio de 1998, exp. 11545 M.P.: JUAN DE DIOS MONTES; 6 de mayo de 1993, exp. 7428, M.P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA; 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO; 8 de julio de 2009, exp. 17960, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO; 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, y sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

- una cuádrupleja –incapacidad del 100%– en una persona de avanzada edad (v.gr. adulto mayor) no puede ser indemnizada de igual forma que para un niño o un joven que está iniciando su vida.
2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como "hobbie" ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el *arbitrio iuris*, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, en principio no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud<sup>51</sup>.

Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima "a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio", y una perspectiva dinámica o subjetiva –que posibilita hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave<sup>52</sup>.

51 Según las recomendaciones del grupo de Tréveris que elaboró la recomendación a la Comisión, al Parlamento y al Consejo Europeo, nacido por iniciativa de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, "(...) toda persona que haya sufrido un atentado a la salud debe, en virtud de los principios fundamentales de dignidad de la persona humana y de tutela de la salud, recibir una reparación; esa reparación debe ser diferente de la que recibirá la víctima por las pérdidas económicas sufridas por los daños que sólo son susceptibles de una valoración subjetiva; el principio de igualdad, entonces impone un tratamiento igualitario para las víctimas, que se logra con la valoración de carácter objetivo del daño, es decir con las bases que ofrece la ciencia médico legal, que puede crear tablas o baremos con grados de invalidez, a los que cada Estado podrá fijar un valor determinado; de todas formas, dice el documento, se insta a los Estados para dejen al juez un campo de apreciación equitativo para ajustar la reparación a las circunstancias propias del caso" (CORTÉS, Ob. cit.: 184).

52 "Sin embargo, como sucede también en otras experiencias europeas, jurisprudencia y doctrina buscan identificar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad. El uso del criterio de cálculo por puntos diferencial brinda una herramienta muy importante en este sentido. Luego, una tabla indicativa de sus valores, elaborada sobre la base de los precedentes liqui-

En ese orden de ideas, se reitera, los criterios fijados en las sentencias del 14 de septiembre de 2011, exs. 38222 y 19031, son respetuosos de los principios constitucionales mencionados, así como de un aspecto fundamental del derecho de daños, esto es, la materialización del postulado de la reparación integral, sin sacrificar la igualdad material a la hora de administrar justicia.

De otro lado, el criterio mayoritario e imperante de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sección Tercera y de la Subsección C de esta última, ha considerado que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio inmaterial (moral o daño a la salud), pues lo es, como siempre lo ha sido, el *arbitrio iudicis*, por las siguientes razones:

Los perjuicios inmateriales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño a la salud constituye una lesión a la órbita psicofísica del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio fisiológico o a la salud es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del mismo, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar:

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. **A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.** En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

daciones judiciales ofrece una base de uniformidad indispensable para satisfacer el principio de paridad de tratamiento" (KOTEICH, 2006: 178 y s.s.).

1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.
3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

(...) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación" (se destaca) (BERNAL PULIDO, 2005: 37 a 39 y 77).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de tres subprincipios –idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido–, el primero de los cuales se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “*adecuada*” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo se refiere a que la medida de intervención debe ser la más “*benigna*” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales, las cuales deben “compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad”.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación<sup>53</sup>, como un tipo de juicio mediante el que se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación (BERNAL PULIDO, 2005: 99). El primero se explica así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>54</sup>. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “*per se*” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados<sup>55</sup>.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) pro-

53 La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” (ídem: 575).

54 Cita de ROBERT ALEXY dentro del texto de CARLOS BERNAL PULIDO (ídem: 99).

55 Ídem: 101 a 103.

porcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige<sup>56</sup>.

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, comoquiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc.

Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el cual es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor ROBERT ALEXY (2002: 89), en los siguientes términos:

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo

56 Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P.: ÁLVARO TAFUR GÁLVIS.

pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño a la salud —igual a como ocurre con el daño moral— no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación de los daños inmateriales parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

Y ello no es correcto, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.

Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales<sup>57</sup>.

57 Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente n.º 414. En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió

Al respecto, es importante la distinción efectuada por ALEJANDRO NIETO, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor (NIETO, 2001: 219) señala:

El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien –como es lo más frecuente– combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso– utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despena inevitablemente en la arbitrariedad.

Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño a la salud, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la visión personal de quien padece el daño, puesto que termina siendo la víctima la que define si para ella la integridad psicofísica puede ser considerada un “valor en sí mismo”, o si la reparación debe reducirse a la vida relacional que se ve afectada con la lesión a la integridad psicofísica.

El anterior planteamiento desdibuja por completo el daño a la salud toda vez que, como se ha precisado, éste tiene por finalidad garantizar los principios de igualdad material y de dignidad humana. Y, si bien, a partir de la compensación del daño a la salud se acude a una valoración estática (a igual lesión igual reparación) y dinámica (qué consecuencias particulares y espe-

así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”.

cíficas tiene para la víctima en el caso concreto la lesión), ello no es óbice para desechar la aplicación del arbitrio judicial como mecanismo idóneo para su tasación, en aras de buscar parámetros o criterios que permitan al juez, a través de la sana crítica y el análisis de los precedentes jurisprudenciales, fijar un sistema resarcitorio en el que el tope máximo a reconocer sea la suma de 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para aquellos casos en que se presenten graves lesiones a la integridad, como por ejemplo, eventos de cuadraplejía o paraplejía<sup>58</sup>.

El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley<sup>59</sup>.

En consecuencia, a modo de corolario, solo resta señalar que las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, junto a la sentencia del 28 de marzo de 2012, se acoplan de tal forma que fijan unas conclusiones sobre la materia.

## 6. CRÍTICAS FORMULADAS AL DAÑO A LA SALUD

Los cuestionamientos contra el daño a la salud en Colombia se pueden concentrar en dos grandes grupos:

58 "No hay cicatriz, por brutal que parezca, que no encierre belleza. // Una historia puntual se encuentra en ella, // algún dolor. Pero también su fin. // Las cicatrices, pues, son las costuras de la memoria, // un remate imperfecto que nos sana dañándonos. La forma // que el tiempo encuentra // de que nunca olvidaremos las heridas" (PIEDAD BONETT, "Las Cicatrices").

59 "Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. DAVIS y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee" (FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, 2005: 131 y 132).

6.1. El primero censura el daño a la salud en sí mismo: un sector de la doctrina considera inapropiado estructurar una tipología del perjuicio inmaterial a partir del derecho constitucional que se defiende, ya que, según se indica, esto conduciría a tres situaciones reprochables: i) la dispersión de un sinnúmero de perjuicios como el sexual, el estético, el hedonístico, el fisiológico, la alteración a las condiciones de existencia, el daño a la vida de relación, entre otros, ii) la "supuesta" grave afectación al patrimonio público que se produciría a partir de esta postura, y iii) la posibilidad de indemnizar varias veces a la víctima por el mismo concepto o parcialmente.

Según los críticos, deviene más consecuente con una racionalidad del daño, el reconocimiento de categorías abiertas centradas en la afectación externa o consecuencial que produce una lesión a un bien o interés legítimo, lo cual permitiría que el juez valorara esas manifestaciones exógenas y, a partir de las mismas, con fundamento en el arbitrio judicial fijara las condenas.

Como se aprecia, son los defensores de las megacategorías de daños quienes se oponen a una sistematización del perjuicio a partir de una lectura constitucional del derecho de la responsabilidad. De otro lado, discrepan de toda posibilidad de resarcir el perjuicio considerado en sí mismo, es decir, se apartan de una valoración del daño corporal estructurada en el campo científico de la medicina legal, para concentrarse, se insiste, en todas las manifestaciones que produzca la lesión antijurídica en el mundo exterior<sup>60</sup>.

Ahora bien, a diferencia de lo sostenido por los críticos, el daño a la salud evita una dispersión o proliferación de perjuicios, puesto que su afectación reconduce todas las manifestaciones relacionadas con la integridad física y psíquica de la persona bajo la perspectiva del daño corporal (*dommage corporel*) y, por lo tanto, toda alteración o afectación de una expresión corpórea (sexuales, psicológicas, hedonísticas, físicas, etc.) se repara bajo su égida.

Así mismo, el daño a la salud –tal y como lo ha precisado el Consejo de Estado en sus sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011– gana precisión, claridad y objetividad donde las categorías abiertas la pierden, lo que, sumado a las pautas jurisprudenciales contenidas en la providencia del 28 de marzo de 2012, crea un engranaje que permite la evaluación del daño a partir de criterios objetivos que el juez aplica con apoyo en el arbitrio judicial.

De otro lado, a diferencia de los opositores del daño a la salud, un sistema de la tipología del daño inmaterial estructurado en derechos constitucionales y, concretamente, aquellos que tienen cabida en el derecho de la responsa-

60 "No participo del criterio de quienes plantean la necesidad de construir un orden autónomo de perjuicio inmaterial para identificar la afectación de cada uno de los derechos en juego, y aluden, entre otros, a los daños psicológico, estético, sexual y a la vida de relación. Podría llegarse de este modo, a una explosión de categorías, que en mi opinión, lejos de contribuir a la precisión conceptual de dicho perjuicio inmaterial, supondrían su indefinición permanente..." (M'CAUSLAND, 2008: 165).

bilidad –lo que corresponderá definir al operador judicial con fundamento en la sana crítica y las reglas de la experiencia– genera certidumbre y la posibilidad de fijar criterios resarcitorios más objetivos que sean garantistas de la igualdad material, de modo que también el Estado tenga certeza de cómo defenderse respecto a la existencia o inexistencia del perjuicio, su valoración y cuantificación.

Lo anterior, comoquiera que las categorías abiertas de daños generan incertidumbre desde su misma existencia, ya que, al contrario de lo que sucede con la lesión a un derecho específico y las manifestaciones o consecuencias que se desprenden de esa afectación, los compartimientos estancos como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia pueden variar significativamente de un individuo a otro, según lo que logren probar en el proceso, al margen de que en el sustrato las dos personas hayan, por ejemplo, sufrido la misma lesión (v.gr. la pérdida de un dedo).

Aunado a lo anterior, el daño a la salud, al reconducir toda afectación a la integridad psicofísica a un solo concepto, según la valoración médico legal que se logre demostrar en el proceso, garantiza certidumbre sobre su forma de valoración judicial y el *quantum* indemnizatorio.

Por último, es la integralidad del daño a la salud lo que evita que se produzca una doble indemnización a favor de la víctima o sus familiares (daños de rebote), porque al entender al ser humano como una unidad compuesta por un ámbito físico y otro psicológico, la valoración y cuantificación del perjuicio dependerá de la magnitud o contundencia de la lesión a esa integridad psicofísica, lo que impide que las personas soliciten, de manera simultánea e individual, varias expresiones del daño, como la sexual, la psicológica, la hedonística, la física, etc.

Es por ello que este daño gana concreción y precisión donde las tipologías abiertas la pierden, lo cual redundará en beneficio de ambas partes en el proceso. Se parte de un daño que lejos de ser asimilado a una caja de pandora, se estructura en la medicina legal para establecer un sistema efectivo de valoración judicial, en aras de certidumbre para los sujetos procesales y para fijar un precedente jurisprudencial que permita que el juez de Turbo y el de Tunja indemnicen lesiones psicofísicas con una mayor igualdad, sin caer en el igualitarismo, puesto que todos los seres humanos son únicos e irrepetibles, de tal modo que para esas particularidades se instituye la existencia de un componente dinámico o subjetivo.

6.2. El segundo grupo de críticos son defensores asiduos o aceptan la existencia del daño a la salud, pero discrepan del sistema de valoración empleado por el Consejo de Estado.

En su criterio, al haberse permitido el uso del arbitrio judicial en las sentencias del 14 de septiembre de 2011, exp. 38222 y 19031, la Sección Tercera del Consejo de Estado se apartó de lo señalado en la motivación y fundamentos

del daño a la salud. Según esta perspectiva, al haberse defendido un criterio objetivo de valoración del mencionado perjuicio, resulta incongruente que se haya recurrido al *arbitrio juris* para su tasación, puesto que, desde su punto de vista, el citado instrumento jurisprudencial tornaría subjetiva la valoración del daño.

A diferencia de lo sostenido por los censores, el daño a la salud, su valoración objetiva y su acoplamiento con el arbitrio judicial no resultan incompatibles o contradictorios, por las siguientes razones:

- i) Porque el daño a la salud se compone de dos ámbitos, el objetivo o estático y el subjetivo o dinámico. En el primero el juez en un razonamiento objetivo y crítico, determina, con fundamento en el dictamen médico, el grado de incapacidad y la edad de la víctima para tasar el perjuicio con apoyo en la regla matemática de tres, teniendo en cuenta que a una incapacidad del 100%, por regla general, ha correspondido 400 SMMLV. Por el contrario, en la segunda dimensión, el juez analiza las particularidades de la víctima para definir si es procedente que a partir del daño irrogado, sea necesario incrementar –en un determinado porcentaje– la indemnización, dadas las condiciones especiales acreditadas en el proceso (v.gr. la persona que tenía como *hobbie* tocar el piano y perdió una mano).
- ii) Como se aprecia, la objetividad del perjuicio fisiológico o daño a la salud no es incompatible con el *arbitrio juris*; *a contrario sensu*, el arbitrio judicial –que no es equivalente a arbitrariedad– permite al juez nutrirse de las reglas de la experiencia, de la sana crítica y del sentido común para establecer la proporción en que es posible incrementar el perjuicio en el componente dinámico, siempre que existan suficientes pruebas en el proceso.  
En otros términos, dado que el legislador –a diferencia de otras latitudes, como los países europeos– no ha intervenido para regular la materia del daño fisiológico o a la salud, es preciso que el juez trace unos criterios mínimos –sin llegar a invadir la órbita del Congreso de la República– que permitan fijar las condiciones objetivas para la valoración jurídica de la lesión a la integridad psicofísica.
- iii) El tema fue abordado con amplitud en la sentencia del 28 de marzo de 2012, exp. 22163<sup>61</sup>, oportunidad en la que se hizo énfasis en la compatibilidad que existe entre el arbitrio judicial y los criterios de valoración objetiva del elemento estático del daño a la salud.

En otros términos, la objetividad del perjuicio que se obtiene a partir de tener como fundamento la valoración médico legal de la incapacidad

61 M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

- permanente o temporal de la víctima, no deviene incompatible con el *arbitrio juris*, ya que este último es la herramienta que permite al juez valorar las particularidades del caso concreto, sin caer en un automatismo judicial que es incompatible con nuestro sistema normativo.
- iv) El arbitrio judicial no es sinónimo de arbitrariedad, ni de subjetividad, lo que significa que existe una lectura o hermenéutica errada del contenido y alcance de la mencionada figura. No debe perderse de vista que el juez debe tener un mínimo de discrecionalidad en la valoración del daño, de tal forma que a través de la misma fije criterios hermenéuticos que sirvan de pautas para que hechos similares sean fallados de conformidad con el precedente.

## 7. CONCLUSIONES

1. El Consejo de Estado no ha pretendido abrir un sinnúmero de categorías de perjuicios inmateriales. Si bien es cierto que en sentencia del 4 de diciembre de 2007, exp. 1791<sup>62</sup> se hizo referencia a una posible existencia del "daño estético", lo cierto es que ese perjuicio nunca fue reconocido, ni la Sección Tercera ha forzado los tipos de daños existentes para producir una explosión de perjuicios que afecten la estabilidad socioeconómica del país.
2. La constitucionalización de la responsabilidad genera beneficios concretos, ya que le permite identificar al juez, con mayor facilidad, qué bienes o intereses legítimos son relevantes para el derecho de daños y, por consiguiente, se debe perder el temor infundado de que se van a crear una multiplicidad de daños autónomos que los teóricos conservadores de la responsabilidad ven como una amenaza al patrimonio público. La preocupación provocada por la incidencia del costo elevado de las condenas sobre las finanzas públicas, no es un problema que deba recaer sobre el juez, ni que le deba causar desazón, porque *mutatis mutandis*, ese peligro "no es real", según se explicó en la obra Estudio Sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (1991, t. III: 2.824), en la que se indicó sobre el particular:

Conviene a este respecto recordar una cita de Sourdat de hace más de cien años, que centra a mi juicio correctamente el problema: "no es admisible invocar el peligro del tesoro público; este peligro no es real. Si las decisiones de los tribunales que declaran responsable a la administración son tan numerosas que suponen una seria amenaza para el tesoro público, significa que existe algo anormal en el funcionamiento de los servicios públicos. Contra esta anomalía no hay nada

62 M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

más que un remedio: obligar a la administración, mediante una aplicación justa y severa por parte de los jueces de los principios de responsabilidad, a escoger mejor a sus funcionarios y a obligarles a respetar las leyes y el interés público”.

3. El Consejo de Estado con las sentencias del 14 de septiembre de 2011, optó para el caso concreto del daño a la salud por un sistema autónomo, sin tener que acudir a categorías o compartimientos estancos abiertos como el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia que permiten que se creen desigualdades entre los asociados, ya que quien acredite una mayor vida relacional o una alteración mayor de su condición de vida (v.gr. participación en clubes sociales, más amistades, una vida social más intensa) recibiría una mayor indemnización que quien tiene una vida relacional menor (v.gr. una persona aficionada a la lectura), cuando la lesión psicofísica puede ser la misma<sup>63</sup>.
4. Por lo tanto, las denominadas megacategorías son perjudiciales para sistemas jurídicos porque se genera el efecto de una bolsa de contención. Es decir, obtiene más la persona que logre llenar más el respectivo compartimiento a partir de elementos externos –sociales o relacionales– ajenos al daño considerado en sí mismo y las consecuencias individuales que se desprenden directamente de aquél.
5. El daño a la salud gana objetivación frente al reconocimiento individual de las secuelas, de la lesión al bien jurídico, ya que con fundamento en la medicina legal y el arbitrio judicial, es posible fijar criterios indemnizatorios como se determinó en la sentencia del 28 de marzo de 2012, esto es, el componente estático u objetivo y dinámico o subjetivo del daño fisiológico o biológico que tienden a garantizar un real y efectivo resarcimiento del derecho fundamental al cual está asociado el perjuicio.
6. El hecho de que se defienda un criterio más objetivo para la tasación del daño fisiológico o a la salud, no excluye, como se ha señalado por la posición minoritaria del Consejo de Estado, la inaplicación del arbitrio judicial. En otros términos, la reparación integral del daño a la salud, a partir del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, no entra en contradicción con el arbitrio judicial, máxime si un componente del citado perjuicio es dinámico y, por consiguiente, debe el funcionario judicial determinar con fundamento en la sana crítica, la experiencia y el sentido común, el porcentaje compensatorio dirigido a resarcir la lesión psicofísica. En otros términos, la objetivación del daño a la salud no es excluyente de la aplicación del principio del *arbitrio iudice*, toda vez que en Colombia, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el legislador no ha

63 “Lo que no se puede tolerar es que el tratamiento diferenciado, que se deduce de la interpretación de las normas tradicionales de la responsabilidad, beneficie a aquellos que se encuentran en una situación de privilegio” (CORTÉS, Ob. cit.: 15).

trazado baremos ni fijado tablas indemnizatorias (v.gr. la Ley 57 del 5 de marzo de 2001 proferida por la Cámara de Diputados y el Senado de la República Italiana, que contiene normas sobre apertura y reglamentación de mercados, y que contiene una regulación específica sobre el daño biológico y su tasación).

7. La tesis que se defiende es que el derecho de daños se acerque al texto constitucional para que sea la Carta Política la hoja de ruta con la que cuente el juez a efectos de definir qué bienes, derechos o intereses legítimos de la persona tienen cabida en la responsabilidad y, por lo tanto, merecen ser indemnizados.

Por ejemplo, en sentencia del 18 de marzo de 2010, exp: 32651<sup>64</sup>, se condenó a la entidad pública demandada a pagar a favor de un menor la suma de 100 SMMLV, en los siguientes términos: "2.3. Por concepto de perjuicio por la vulneración de bienes jurídicos constitucionales a favor de VÍCTOR MANUEL BARCELÓ HERNÁNDEZ, 100 SMLV."

El fundamento de la decisión fue el siguiente:

Así las cosas, es incuestionable que la pérdida de un padre afecta gravemente el núcleo familiar de un niño pues genera la privación abrupta e injustificada de la compañía y afecto paternal sin la posibilidad de restablecer esas condiciones ideales para su desarrollo y crecimiento. Esta situación vulnera bienes jurídicos de raigambre constitucional, se reitera, que al estar íntimamente relacionados con el bienestar de los infantes, en el caso específico produjo un daño que debe ser indemnizado.

En consecuencia, como está debidamente demostrado que el entorno familiar del menor y su desarrollo emocional se alteraron por la muerte del padre, y esta afectación se mantendrá durante toda su vida debido a la edad al momento de la ocurrencia del hecho –1 año–, no hay duda que esta situación le cercenó la posibilidad de disfrutar del apoyo, afecto, compañía y cariño paternal por el resto de sus días, de allí que, se confirmarán los perjuicios otorgados por el Tribunal de primera instancia pero por las razones que se vienen de exponer.

Como se aprecia, se dejan de lado categorías abiertas de daños (v.gr. la alteración grave a las condiciones de existencia), para centrar la reparación integral del daño en el bien jurídicamente tutelado, siempre que tenga relevancia constitucional y sea necesaria su compensación por ser una afectación a un interés de contenido personalísimo que no puede ser resarcido por equivalente –como lo son los perjuicios materiales.

8. En ese orden de ideas, el daño a la salud, así como su valoración a partir de un estándar objetivo que tiene como máxima la indemnización

64 M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

- en principio de 400 SMMLV, y que permite fijar una indemnización del ámbito estático a partir de reglas de tres que tengan en cuenta la edad y el porcentaje de invalidez –permanente o temporal– de la víctima es lo que genera un respeto de los principios de dignidad humana y de igualdad. Así mismo, con el componente dinámico se garantiza la igualdad material, es decir, reconocer que cada ser constituye una individualidad y universalidad, y que, por consiguiente, es posible que dadas las particularidades de la lesión se pueda incrementar la indemnización, sin que se pueda superar en principio el tope de 400 SMMLV, lo que de paso genera certidumbre sobre las condenas contra el patrimonio público, si sobre este aspecto pudiera generarse alguna preocupación.
9. La experiencia del perjuicio fisiológico, su evolución y la forma como se ha ido decantando hasta llegar al daño a la salud es un triunfo de la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo. El atreverse a proponer, a formular, discutir, discurrir sobre la lógica de los tipos y categorías de daños es una conducta plausible porque, en últimas, es pensar y reflexionar, en mover las fronteras de la responsabilidad a su eje central, esto es, la persona, el ser humano.
  10. En consecuencia, los daños que puede reclamar una persona que ha sido afectada en su salud, son los siguientes: i) los materiales de daño emergente y lucro cesante, y ii) los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por la lesión, mientras que el último, encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal<sup>65</sup>.  
**“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social...”** (Se destaca) (Sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222).
  11. El llamado no puede ser otro que al fortalecimiento del daño a la salud como tipo de perjuicio inmaterial que gana concreción frente a otros daños abiertos que generan distorsiones e inequidades en el sistema de

65 “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico” (GIL BOTERO, “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”: 10).

reparación. Por lo tanto, el trabajo mancomunado de la doctrina y la jurisprudencia debe estar dirigido a proponer fórmulas para el fortalecimiento del daño fisiológico o a la salud, puesto que dado el volumen de controversias que versan sobre la afectación psicofísica de las personas, éste se constituye en un baluarte del derecho de daños, que permite al juez centrarse en la afectación psicofísica de la persona –lo que redundaría en más claros y objetivos estándares indemnizatorios– pero, de igual forma, en el análisis de la individualidad propia de cada sujeto, para lo cual, se insiste, no puede el operador judicial privarse de elementos tan importantes como la sana crítica, la experiencia, el sentido común y el arbitrio judicial para la tasación del perjuicio, al menos hasta que el legislador intervenga sobre la materia.

En este punto, resulta imprescindible parafrasear al reconocido vate universal JORGE LUIS BORGES, "todas las teorías son legítimas, lo importante es lo que se hace con ellas".

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BERNAL PULIDO, CARLOS (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL PULIDO, CARLOS (2005a). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BUSNELLI, FRANCESCO (2001). *Il danno biologico. Del diritto "viviente" al diritto vigente*. Torino.
- CHAPUIS RENÉ (s.f.). *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. Citado por JUAN CARLOS HENAO (1998). *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CORTÉS, ÉDGAR (2009). *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CORTÉS, ÉDGAR (2010). *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CRiado DEL RÍO, MARÍA TERESA (2010). *Valoración Médico Legal del Daño a la Persona*, t. I. Madrid: Ed. Colex.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS (s.f.). "El daño a la persona", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN (2005). *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Ed. Iustel.
- GIL BOTERO, ENRIQUE (2006). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*. Ed. Comlibros, 3.ª ed.
- GIL BOTERO, ENRIQUE (s.f.). *Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación*.
- HERNÁNDEZ CUETO, CLAUDIO (2001). *Valoración médica del daño corporal*. Granada: Ed. Masson.
- KOTEICH KHATIB, MILAGROS (s.f.). "El daño extrapatrimonial", en *Diritto Romano Comune e America Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- KOTEICH, MILAGROS (2006). La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del 'daño corporal') en el ordenamiento francés", en *Revista de Derecho Privado* n.º 10. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- KOTEICH, MILAGROS (2010). "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del 'daño corporal') en el ordenamiento francés", en *Revista de Derecho Privado* n.º 18. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- KOTEICH, MILAGROS (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- M'CAUSLAND, MARÍA CECILIA (2008). *Tipología y reparación del daño no patrimonial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MAX LE ROY (1989). *L'évaluation du préjudice corporel*. Paris: Librairie de la Cour de Cassation.
- NAVIA ARROYO, FELIPE (2000). *Del daño moral al daño fisiológico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- NAVIA ARROYO, FELIPE (2013). *Ensayo sobre la evolución del daño moral al daño fisiológico*. En imprenta.
- NIETO, ALEJANDRO (2001). *El arbitrio judicial*. Ed. Ariel.
- PAILLET MICHEL (2001). *La Responsabilidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PÉREZ PINEDA, BLANCA y MANUEL GARCÍA BLÁZQUEZ (1991). *Manual de valoración y baremación del daño corporal*. Granada: Ed. Comares.

QUINTERO MOSQUERA, DIANA PATRICIA (2011). *La salud como derecho*. Bogotá: Editorial Siglo del Hombre.

ROZO SORDINI, PAOLO EMANUELE (2002). *El daño biológico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

VICENTE DOMINGO, ELENA (1994). *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: Ed. Bosch.

VV.AA. (1991). *Estudio Sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. III: 2. Madrid: Editorial Civitas S.A.

YVEZ CHARTIER (s.f). Citado por JAVIER TAMAYO JARAMILLO (1986). *De la responsabilidad civil*, t. II, "De los perjuicios y su indemnización". Bogotá: Ed. Temis.