

# Crítica a la doctrina y jurisprudencia del daño a la salud en Colombia

ERICK VALDÉS<sup>1</sup>

LAURA VICTORIA PUENTES<sup>2</sup>

## RESUMEN

La interpretación del daño a la salud en la doctrina y jurisprudencia colombianas es eminentemente unívoca, a saber, es reduccionista y determinista, lo cual atenta seriamente contra el respeto y observancia de los principios de igualdad y reparación integral. Es reduccionista porque acota el entendimiento del daño a la salud a una sola valoración epistemológica, desechando otras categorías de daños que sí deberían ser consideradas como susceptibles de ser reparadas para garantizar el cumplimiento de los principios antes mencionados. Esta mirada oblicua implica, además, que la doctrina y jurisprudencia colombianas son deterministas en su entendimiento del daño a la salud, ya que predisponen el razonamiento jurídico, tanto en lo teórico como en lo procesal, a pensar el problema en una esfera jurídica restringida, dispuesta e impuesta por un ar-

- 1 Doctor en Filosofía Política, Universidad de París-Sorbonne (París 4) y Doctor en Derecho, Universidad de París 1 (Pantheon-Sorbonne). Postdoctorado en Filosofía analítica, Universidad de Oxford, Inglaterra; Postdoctorado en Bioética, Universidad de Georgetown, Estados Unidos, y Postdoctorado en Bioderecho, Washington College of Law, Estados Unidos. Profesor Investigador Adjunto del Kennedy Institute of Ethics de la Universidad de Georgetown, y Profesor asociado de Bioética, Bioderecho y Derechos Humanos en la Universidad George Mason, American University y el Washington Center for Internships and Academic Seminars, en Washington, DC, Estados Unidos. Correo-e: erv7@georgetown.edu.
- 2 Abogada por la Universidad del Cauca. Pasante de Postgrado en Bioderecho, Universidad de Georgetown, Estados Unidos, y Pasante de Postgrado en Teorías de la Democracia y Derechos Humanos, Washington College of Law, Estados Unidos. Correo-e: laurapuentes@unicauca.edu.com. Fecha de recepción: 17 de enero de 2014, Fecha de modificación: 3 de marzo de 2014, Fecha de aceptación: 11 de abril de 2014. Para citar el artículo: VALDÉS, ERICK y PUENTES, LAURA VICTORIA (2014). "Crítica a la doctrina y jurisprudencia del daño a la salud en Colombia", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 255-282.

quetipo preestablecido, que más bien obedece a una deconstrucción forzada de lo que históricamente el daño a la salud ha significado, y que adolece de serias inconsistencias que deben ser reparadas con urgencia para así asegurar que el ordenamiento jurídico colombiano considere la reparación del daño a la salud en términos reales de justicia y equidad. Por ello, es necesario profundizar críticamente en su análisis para así establecer parámetros más objetivos que garanticen la efectiva protección del derecho o interés lesionado, así como criterios que permitan la valoración y cuantificación del perjuicio y que estén en completa sintonía con los principios de igualdad y dignidad humana.

**Palabras clave:** Daño a la salud; Doctrina; Jurisprudencia; Crítica; Reparación.

## Critique on doctrine and jurisprudence of health harm in Colombia

### ABSTRACT

Colombian doctrine and jurisprudence on health harm are univocal, reductionist and determinist. This situation puts the observance of equality and integral reparation principles in jeopardy. They are reductionists because they turn health harm understanding into only one single epistemological interpretation by neglecting other categories of harms, which should be considered in reparation. This oblique approach also implies that both Colombian doctrine and jurisprudence are determinist regarding health harm since they foster a narrow understanding of it, which points out a predetermined archetype that lacks consistency and obeys a forced deconstruction of what health harm has historically meant. Therefore, it is necessary to critically display a deep analysis on health harm to establish more objective parameters that guarantee an effective protection of rights as well as plausible criteria for reparation, which should be in tune with equality and human dignity principles.

**Keywords:** Health Harm; Doctrine; Jurisprudence; Critique; Reparation.

### 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo intentamos dar respuesta al problema jurídico referido a si la doctrina y jurisprudencia colombiana del daño a la salud posibilita realmente la reparación integral de los perjuicios inmateriales sufridos como consecuencia de un evento dañoso y si las implicaciones que para una vida humana se derivan de una eventual decisión incompleta o injusta.

Dicha pregunta generará muchas otras relacionadas, las cuales también deberán ser respondidas, como condición de posibilidad tanto epistemológica como metodológica, para dar finalmente solución al problema jurídico planteado: ¿Por qué al mismo daño debe existir la misma reparación si es claro que los perjuicios derivados de ese daño siempre están asociados a condiciones existenciales de carácter subjetivo (talante psicológico, entorno social, condición socioeconómica, atención familiar, estabilidad laboral, etc.)? ¿Por qué la cuantía del erario público debe ser un factor determinante para restringir la aplicación de criterios a la hora de reparar, restaurar o indemnizar a un individuo que ha sufrido daños y perjuicios a su salud? ¿Puede implicar la no consideración de estos elementos subjetivos, un trato discriminatorio a los individuos que han sufrido daños objetivamente similares pero perjuicios subjetivamente diferentes? ¿Son realmente estas categorías subjetivas aspectos de difícil acreditación para el ordenamiento jurídico colombiano en lo que respecta al daño a la salud? ¿Abandonar otras teorías que en el pasado han sido adoptadas por la jurisprudencia colombiana implica necesariamente el fortalecimiento de la doctrina del daño a la salud y el respeto al principio de la reparación integral? ¿Por qué solo una hermenéutica jurídica unívoca sería aceptable como criterio para garantizar una reparación justa del daño a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano? ¿La reducción operada por la actual jurisprudencia colombiana del concepto de daño a la salud en los componentes objetivo y subjetivo acaso no limita y reduce a su vez el razonamiento del juez situándolo en un ámbito acotado de deliberación, y atenta además contra la aplicación de su sana crítica? ¿Esta limitación causada por la definición reduccionista ya señalada no atenta, a su vez, contra los principios de igualdad y de reparación integral?

La respuesta al problema jurídico planteado y a los cuestionamientos detallados, pueden plantearse en términos de la siguiente hipótesis: la doctrina y jurisprudencia colombiana del daño a la salud sería actualmente insuficiente para abordar, sancionar y resolver con suficiencia y eficacia jurídica, a saber, respetando los principios de reparación integral e igualdad, los casos resultantes en perjuicios inmateriales como consecuencia de un evento dañoso.

La hipótesis planteada se basa en los siguientes argumentos que, por ahora, especificamos en términos condicionales:

1. El concepto de daño a la salud, por implicar intrínsecamente perjuicios inmateriales sufridos por las personas, debería ser abordado desde una perspectiva jurídica multifactorial, en la cual la consideración de diferentes teorías y concepciones significaría la posibilidad cierta de optimizar la doctrina colombiana y, consecuentemente, señalaría una determinación más objetiva e imparcial de los elementos y categorías que deben ser considerados en las sentencias para garantizar una indemnización justa y una reparación integral.

2. En este sentido, sería necesario subjetivar los criterios hermenéuticos que establezcan una tipología del daño que considere no solo la protección de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, sino que también las eventuales consecuencias subjetivas perjudiciales derivadas de ese daño que están relacionadas con otras esferas de manifestación humana, como lo son la psicológica, la cognoscitiva, la sexual, la existencial, la relacional, e incluso la genética, entre otras, las cuales, de acuerdo con lo que se establecerá y demostrará en este artículo, deberían ser considerados como rubros indemnizatorios que se fundamentan en el criterio jurídico de daño-consecuencia por cuanto todas las esferas relacionales del individuo pueden verse afectadas como resultado del evento dañoso original<sup>3</sup>.
3. Por lo tanto, no sería necesaria la identificación, determinación y definición de otros resarcibles para la consideración de los perjuicios que no se encuentran actualmente incluidos en la doctrina colombiana del daño a la salud, sino que dichos perjuicios deberían ser directamente integrados a dicha doctrina.

En otras palabras, plantearemos la posibilidad cierta de lograr mayor objetividad en los fallos indemnizatorios por daño a la salud mediante la subjetivación de las categorías que deberían ser consideradas para garantizar de forma fehaciente en la práctica el respeto de los principios de igualdad y reparación integral.

En términos conceptuales, desplegaremos un análisis crítico de la doctrina y jurisprudencia colombiana del daño a la salud, considerando para ello elementos conceptuales y epistemológicos que redunden en una delimitación más clara del concepto y una consecuente optimización de su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano.

## 2. LA DOCTRINA: UNA INTERPRETACIÓN UNÍVOCA DEL DAÑO A LA SALUD

El daño a la salud ha ganado objetividad jurídica con respecto a otras categorías de perjuicios inmateriales. Sin embargo, esta objetividad es aparente, y obedece ciertamente a un entendimiento acotado de la doctrina colombiana, la cual no ha sido capaz de identificar criterios de reparación realmente consistentes. Por ello, es necesario profundizar de forma crítica en su análisis para así establecer parámetros más objetivos que garanticen la efectiva protección del derecho o interés lesionado, así como criterios que permitan la valoración

3 Esta mención es solo instrumental, pues no compartimos la nomenclatura daño evento-daño consecuencia adoptada por el ordenamiento jurídico colombiano. Nuestros fundamentos se exponen más adelante en este artículo.

y cuantificación del perjuicio y que estén en completa sintonía con los principios de igualdad y dignidad humana.

La interpretación del daño a la salud en la doctrina colombiana es eminentemente unívoca, a saber, es reduccionista y determinista, lo cual atenta seriamente contra el respeto y observancia de los principios de igualdad y reparación integral. Es reduccionista porque acota el entendimiento del daño a la salud a una sola valoración epistemológica, desechando otras categorías de daños que sí deberían ser consideradas como susceptibles de ser reparadas para garantizar el cumplimiento de los principios antes mencionados. Esta mirada oblicua implica, además, que la doctrina colombiana es determinista en su entendimiento del daño a la salud, ya que predispone el razonamiento jurídico, tanto en lo teórico como en lo procesal, a pensar el problema en una esfera jurídica restringida, dispuesta e impuesta por un arquetipo preestablecido que más bien obedece a una deconstrucción forzada de lo que históricamente el daño a la salud ha significado, y que no merece un voto de plausibilidad, pues adolece de serias inconsistencias que deben ser reparadas con urgencia para así asegurar que el ordenamiento jurídico colombiano considere la reparación del daño a la salud en términos reales de justicia y equidad.

La doctrina colombiana del daño a la salud no es vasta ni extensa, pero sí ha alcanzado un estatuto de verdad jurídica a partir de su aceptación tácita y explícita por parte de juristas y teóricos del Derecho. Existe, además, casi nula crítica a sus postulados centrales, y su extensión epistemológica y metodológica es profusa en la Sección Tercera del Consejo de Estado (contadas las excepciones, claro está). Su máxima expresión la ha alcanzado en el trabajo del magistrado ENRIQUE GIL BOTERO, cuyas ideas y postulados constituyen el *Corpus* central de la doctrina colombiana del daño a la salud. Esa es la razón por la cual centramos nuestro análisis y nuestra crítica en su trabajo. Esperamos, a partir de esta exégesis, demostrar la validez de nuestra propia perspectiva sobre el asunto, y desvelar las inconsistencias de la doctrina oficial. La metodología que emplearemos es simple. Citaremos textualmente la doctrina del magistrado, exponiendo después nuestra crítica y justificando de manera argumentativa nuestra posición.

En el contexto de la acreditación del daño a la salud y su valoración y cuantificación, GIL BOTERO (2011: 321) señala que

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.

La reducción del daño a la salud al ámbito meramente corporal es aquí elocuente. Se trata de una limitación extrema del entendimiento del daño a la salud, asumiendo de manera tácita que los perjuicios resultantes de un evento dañoso son apenas físicos. Es incluso, por lo menos, abierto a interpretación, si un específico daño corporal solo genera perjuicios psicofísicos y no alcanza

otras dimensiones ontológicas del individuo. Es claro que la corporal no es la única dimensión de la existencia. Aceptar este razonamiento implicaría atentar incluso contra la Doctrina de los Derechos Humanos, a la cual Colombia ciertamente adhiere. Está científicamente probado, por ejemplo, que la tortura física, siendo técnicamente un atentado contra el cuerpo, no solo provoca daños físicos u orgánicos en la personas, sino que, por sobre todo, impacta y resiente, a veces irreversiblemente, su esfera psicológica y relacional.

Esto implica un entendimiento demasiado acotado y unívoco del daño a la salud, lo cual, sin lugar a dudas, constituye una debilidad, no solo teórica o semántica, sino también metodológica de la doctrina colombiana del daño a la salud. Es un principio natural *prima facie* que el ser humano posee otras dimensiones más allá de la mera esfera psicofísica (o corporal, como también la entiende la doctrina). Aceptar este axioma reduccionista de la doctrina sería contradictorio con principios éticos y jurídicos universales a los cuales Colombia ha adherido, y además sería darle la espalda a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, las cuales serían eventualmente resarcidas solo por los perjuicios ocasionados a su esfera corporal, dejando impunes las lesiones operadas en sus otras dimensiones ontológicas.

Por otra parte, al considerar el daño a la salud como daño meramente corporal se entiende el cuerpo desde una perspectiva capitalista y monetarista, ya que se considera el daño solo como cuantificable y no como cualificable. Es evidente que las consecuencias de un evento dañoso no son solo materiales sino que también implican lesiones sustantivas a la calidad de vida, psiquis, alma y espíritu del ser humano.

Luego, el magistrado afirma:

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 ello 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 (ídem: 321-22).

Lo que propone aquí GIL BOTERO debe ser considerado muy seriamente ya que puede significar un profundo error de la doctrina. Es cierto que la sistematización que él señala evita el enriquecimiento sin causa, pero a la vez origina un empobrecimiento injustificado, ya que se priva a la víctima de la indemnización reparatoria que realmente merece. En este sentido, aceptar esta propuesta de la doctrina es aceptar lesionar a la víctima doblemente, ya que al daño en sí mismo se le agrega el perjuicio material que surge de una reparación injusta. Es claro, entonces, que la mala administración de justicia origina también un daño antijurídico, y, como es sabido, el error judicial en este contexto implica responsabilidad extrapatrimonial.

La doctrina propone evitar la dispersión categorial del daño a la salud. Uno de los temores que fundamentan este rechazo es la posibilidad (eventual) de que se genere un enriquecimiento sin causa; sin embargo, la doctrina no advierte que lo que propugna contiene elementos que pueden significar un profundo y serio error doctrinario.

La sistematización rígida y unívoca del daño a la salud, y su posterior reducción al ámbito de lo meramente corporal o psicofísico, puede provocar un empobrecimiento injustificado de la víctima, ya que esta no recibe, a fin de cuentas, la indemnización que, en justicia, le corresponde. La propuesta de la doctrina a este respecto afecta y lesiona la víctima por partida doble: al daño ya sufrido y sus consecuentes perjuicios, ahora se agrega una nueva lesión: el perjuicio material provocado por una indemnización incompleta e injusta.

En otra parte de su doctrina, GIL BOTERO (ídem: 322-23) ha señalado que:

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.

Aquí, la doctrina a lo menos admite dos críticas relevantes. La primera: es necesario eliminar la semántica del "daño evento", ya que reduce y acota el universo de perjuicios solo al plano corporal. Además, genera una ambigüedad que resta nitidez al hecho de si lo que se repara en Colombia es el daño en sí mismo o las consecuencias (perjuicios) del mismo. Esta distinción es, además de retórica, artificiosa y nociva para nuestro ordenamiento jurídico. Distinguir o separar las "categorías" de daño evento y daño consecuencia significa centrar el entendimiento del daño a la salud en un elemento esencial del evento considerado en sí mismo, a saber, lo que debería repararse es el daño *per se*, y bajo ningún punto de vista, sus consecuencias materiales y simbólicas. Como es evidente que hay otras consecuencias susceptibles de ser reparadas, más allá de las psicofísicas, la eventual distinción es completamente inoficiosa y pierde valor absoluto.

Además, la distinción en comento implica una grave paraconsistencia de la doctrina. Distinguir daño evento de daño consecuencia implica admitir que ambas son dos categorías distintas de daños, escindidas entre sí, carentes de reciprocidad. Sin embargo, es también evidente que tanto el evento como su consecuencia son dos momentos sucesivos y esencialmente consustanciales

del mismo acontecimiento dañoso. Al daño en sí mismo le sigue necesariamente una consecuencia, y tratar de desconocer ese hecho irrefutable de la vida tras una determinación doctrinaria no puede ser aceptado en nuestro ordenamiento jurídico.

La segunda: el argumento de que "frente a una misma lesión debería declararse una idéntica o similar reparación" es falaz. Ante una misma lesión, no necesariamente debería haber una similar reparación. Es ciertamente necesario considerar el contexto existencial y relacional del individuo en la reparación. La razón es simple: esas esferas también son afectadas considerablemente y no hay razón plausible que justifique su exclusión. El acto de la reparación es eminentemente contingente al alcance y magnitud de los perjuicios a la vida del individuo, y no existe objetivamente una relación de causalidad necesaria entre la naturaleza del daño y la cuantía de la indemnización. Dicho razonamiento implica ocultar abiertamente de la vida las otras dimensiones de la existencia que también son lesionadas por un evento dañoso.

En una sentencia que resulta paradigmática para la demostración del profundo error doctrinario en el cual GIL BOTERO incurre respecto de la identificación y definición de los criterios reparatorios, señala:

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 (ídem; 46).

El primer elemento que salta a la vista es la evidente contradicción entre dos afirmaciones sostenidas por GIL BOTERO en el mismo párrafo. Primero, señala: "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", para luego contradecirse al señalar que el segundo componente en el cálculo de la reparación debe ser: "uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada". La confusión es elocuente, así como evidente, y propicia que GIL BOTERO entienda el componente subjetivo como intrínsecamente ligado a expresiones psicofísicas de las personas, concebidas en términos genéricos y no individuales. Precisamente es en este argumento que basa su afirmación de que "ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica" (GIL

BOTERO, 2011b: 46). El problema es que imponer una misma reparación para una misma lesión implica considerar el daño subjetivo en términos meramente abstractos, como si las vidas de los individuos fueran arquetipos comunes que se iteran hasta el infinito. La doctrina colombiana no puede considerar a los individuos como iguales en términos contingentes abstractos. De hecho, la reparación no puede ser en términos teóricos sino que prácticos. La reparación es eminentemente contingente y relativa al alcance concreto de los perjuicios en la vida personal y relacional de cada individuo. Es precisamente este componente subjetivo concreto el que objetiva los criterios para determinar los límites y alcances de las indemnizaciones reparatorias. La objetividad en la tasación de los daños no proviene de la acotación o restricción ontológica de las dimensiones de la existencia humana, menos de ignorarlas como si desaparecieran al momento de reparar. Este es un recurso artificioso, diseñado a la medida de lo que la doctrina oficial pretende probar, como si las indemnizaciones reparatorias debieran obedecer a un criterio de profecía autocumplida, a saber, responder a criterios prediseñados solo para ajustarse epistemológica y procedimentalmente a lo que la misma doctrina entiende por igualdad y objetividad.

Pretender estructurar la reparación a partir de este criterio reduccionista y predeterminista es no entender lo que es la justicia distributiva. Otorgar beneficios "desiguales" en función de perjuicios "desiguales" no es injusto, sino que corresponde a la más pura aplicación de la justicia social, concibiendo la justicia distributiva como equidad, hecho que representa el canon de la justicia más aceptado mundialmente en la actualidad (RAWLS, 2001).

Justicia social significa justicia distributiva, y el criterio de distribución de acuerdo con las necesidades particulares y las consecuencias relacionales y existenciales no es injusto sino que equitativo, y es perfectamente aplicable como criterio reparatorio según los principios que sustentan, ética, jurídica y políticamente, la distribución material de justicia.

Por lo tanto, el argumento que subyace a esta propuesta de la doctrina es falaz, ya que de la premisa "dos personas sufrieron el mismo daño" no se sigue necesariamente la conclusión "ambas personas deben ser resarcidas en términos idénticos". Dicha inferencia no es lógicamente sostenible, y no puede, por lo tanto, transformarse en fundamento de un error doctrinario de consecuencias materiales relevantes en el ámbito de la reparación. No es necesariamente verdadero que de la premisa "igual lesión" se siga la conclusión "igual reparación". Además de tratarse de una inferencia directa o inmediata, en términos lógicos, el silogismo encierra una evidente falacia, precisamente porque la relación entre ambos enunciados es eminentemente contingente y no señala una relación directa de causalidad entre ellos.

Aceptar esta visión de la doctrina implica asumir que las reparaciones son intrínsecamente injustas, ya que desconocen aspectos ontológicos del individuo que quedan sin reparación (lo cual es jurídica y constitucionalmente inaceptable

e impresentable en un ordenamiento jurídico serio y democrático), asumiendo errada y forzosamente que todos los seres humanos llevan a cabo vidas similares, sienten de modo homogéneo y son afectados por las circunstancias de la vida de manera completamente idéntica, independientemente de las diferencias de forma y fondo que toda vida humana posee en relación con otra.

Esta idea puede ser reforzada a partir de lo que ha planteado MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ (2008: 166):

[...] La protección constitucional de ciertos derechos, como el derecho a la salud, impone una reparación uniforme a las víctimas de lesiones psicofísicas similares. Considero que estas últimas pueden causar efectos no patrimoniales diferentes, más o menos graves, en los distintos casos, dependiendo de la situación particular del ofendido, de su ocupación, de sus intereses, de sus proyectos, de su actitud de vida.

Más adelante, y refiriéndose a las "sentencias gemelas", GIL BOTERO (2011: 327) afirma 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 traduciría una dimensión capitalista y monetarista del ser humano.

Lo que señala el magistrado es todo lo contrario a lo que realmente ocurre al aplicar su razonamiento. La consideración de esas "valoraciones externas" que él señala no son ciertamente reminiscencias capitalistas sino que, muy por el contrario, reflejan de modo absoluto la idea de justicia. Lo capitalista en este caso es centrar la indemnización reparatoria solo en el contexto físico (material) del individuo, sin considerar las consecuencias existenciales del daño. Esta valoración doctrinaria reviste serias consecuencias jurídicas, ya que afirma positivamente lo que pretende evitar, a saber, implica el máximo nivel de paroxismo de la ideología del capitalismo: ponerle precio al cuerpo humano y sus partes.

Más adelante, y continuando con su argumentación, el magistrado señala:

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 inconmensurable, 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 (ídem: 328).

GIL BOTERO insiste en que solo el daño corporal es mensurable y reparable. Sin embargo, es claro que experiencias tales como el placer, el agrado, la relación a la afectación social o relacional, no por ser de índole subjetiva o eventualmente inconmensurables, generan distorsiones en el sistema indemnizatorio, sino que pueden incluso objetivar la aplicación de justicia y el respeto y observancia del principio de reparación integral. Dar carta blanca al razonamiento del magistrado implica aceptar que la indemnización y la reparación por daño moral no debería existir en ningún ordenamiento jurídico por ser improcedente e injustificable.

Este argumento bien puede ser refrendado por lo siguiente:

Hago a este planteamiento una salvedad, surgida igualmente de las dificultades que se derivan de la significación del término "moral", que en mi opinión no podría incluir la afectación consistente en el dolor físico, dado que aquel, justamente, se refiere a las facultades del espíritu, por contraposición a lo físico. En ese sentido, tal vez, dicho dolor merecería una valoración como categoría independiente (M'CAUSLAND SÁNCHEZ, 2008: 164-65).

Por otra parte, cuando GIL BOTERO ocupa el apelido "material" para identificar lo que él entiende por igualdad, aquello implica una semántica, al menos, antojadiza, ya que dicho apelativo de "material" está claramente pensado a la medida del razonamiento subyacente a la doctrina que pretende establecerse y, por lo mismo, pierde objetividad epistemológica y procedimental. Además, GIL BOTERO nunca explica qué es la igualdad material ni tampoco justifica por qué es necesario mentarla como "material" y no solo como igualdad.

Finalmente, cuando el magistrado se refiere al *quantum* de la reparación, señalando que lo que él propone garantizaría los principios de igualdad material y dignidad humana, equivoca el camino. La aplicación de su propuesta implica, en términos prácticos, todo lo contrario a lo que él afirma: la omisión forzada de ciertos bienes jurídicos en la ecuación indemnizatoria es ciertamente fuente de injusticia, inequidad y hasta discriminación, a saber, aquello no garantiza la observancia ni el respeto de los mentados principios, sino su violación.

En el mismo tenor, más adelante, se puede encontrar la siguiente afirmación:

Por consiguiente, 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 (GIL BOTERO, 2011: 329).

Lo señalado por GIL BOTERO es ciertamente contradictorio. Al considerar el daño a la salud como daño meramente corporal, se enfatiza precisamente una visión capitalista o monetarista del cuerpo. Por otra parte, su visión implica un entendimiento unívoco y limitado de la reparación. Solo considera el daño como cuantificable y no como cualificable. Un daño corporal no implica solo perjuicios mensurables cuantitativamente, y además origina lesiones sustantivas a la calidad de vida, psiquis, alma y espíritu del ser humano. En este sentido, él rechaza lo que ciertamente dotaría de objetividad a la reparación, ya que cualificar el daño es lo que precisamente garantiza el respeto de los principios de reparación integral e igualdad. De aceptar su argumento, tendríamos también que rechazar la existencia jurídica de reparaciones simbólicas, como las relacionadas con la memoria histórica de un grupo o pueblo, como por ejemplo, o los detenidos desaparecidos bajo una dictadura militar.

Luego se puede observar un nuevo punto contradictorio:

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 (ídem: 329).

Es claro que al afirmar lo anterior, GIL BOTERO incurre en una inconsistencia. Es una falsa dicotomía afirmar que los perjuicios al cuerpo y a la integridad psicofísica pueden ser entendidos como equivalentes. Ambas categorías señalan distintas dimensiones ontológicas del ser humano y no pueden ser mensuradas de acuerdo con criterios homogéneos. Las esferas existencial y relacional del individuo solo son inconmensurables cuantitativamente, pero pueden ser perfectamente determinadas en términos cualitativos.

Sin embargo, el magistrado insiste en su punto central:

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 (ídem: 329-330).

Es claro que la valoración de un perjuicio inmaterial relacionado con la esfera relacional o subjetiva del individuo no debería representar dificultad alguna para el juez, si aquella esfera se encontrara claramente definida y procedimentada en el derecho de daños. Más bien la dificultad para el juez radica en que

este termina encapsulado en la reducción que la doctrina opera en el daño a la salud, acotándolo al ámbito corporal, y su razonamiento es confinado a un ámbito restringido de deliberación, lo cual atenta, además, contra la aplicación de su sana crítica.

En el mismo sentido, el magistrado propone una tipología del daño que se estructura a partir de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, lo cual garantizaría, entre otras cosas, "la constitucionalización del derecho de la responsabilidad" (ídem: 330), prescindiendo de indemnizar perjuicios existenciales o derivados de la vida social o relacional, sino solo aquellos de rango constitucional. La idea que subyace esta conclusión es paraconsistente: la constitucionalización que propone GIL BOTERO es inconstitucional, ya que no reconoce perjuicios que podrían alterar, por ejemplo, el daño al proyecto de vida o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como lo garantiza y consagra el artículo 16 de nuestra Carta Política.

Sin embargo, parece que el magistrado aceptara a ratos reconocer otras dimensiones ontológicas del individuo como susceptibles de ser reparadas, lo cual señala una inconsistencia en su doctrina:

En Colombia, el derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política, y de manera reciente ha sido catalogado como una garantía fundamental de naturaleza autónoma, 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 (ídem: 331).

Parece haber una clara contradicción doctrinaria en el párrafo citado. GIL BOTERO ahora afirma que el derecho a la salud, como derecho fundamental, implica el reconocimiento de otras dimensiones del ser humano que, por extensión, deberían ser consideradas como indemnizables.

Frente a la valoración del daño corporal (nuevamente el magistrado restringe el asunto) y la función del juez al respecto, resulta interesante revisar lo siguiente:

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 (ídem: 332).

Aparentemente, GIL BOTERO olvida u omite una tercera posibilidad: cualificar los perjuicios de acuerdo al contexto existencial para dotar de objetividad la reparación. Además, las emociones y pasiones individuales no son solo parte de un buen personalismo, ya que también afectan al entorno directo e indirecto de la víctima: familia y amigos, al menos.

Los sentimientos son también resultado de los hechos del mundo. La fenomenología y psicoanálisis lo han mostrado fehacientemente<sup>4</sup>. Filósofos notables han demostrado también que la existencia posee una esencia multifactorial de reciprocidad e interdependencia entre conciencia y mundo. HEIDEGGER (2008: 78) señaló que "la esencia del *Dasein* (ser humano) reside en la existencia", y ORTEGA y GASSET (1998) sentenció que "yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo". La doctrina colombiana, entonces, parece estar desconociendo verdades indubitables respecto de la dimensión ontológica del ser humano.

En el contexto del ordenamiento jurídico interno, GIL BOTERO (2011: 334-35) señala que:

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. 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.

En primer lugar, GIL BOTERO propone un criterio decisional insuficiente. No es posible cuantificar ni cualificar el daño a la integridad psicofísica sin atender a aspectos relacionales externos. La ecuación no se completa sin esos valores existenciales que, como se ha demostrado hasta ahora, merecen ser incluidos como criterios en la reparación.

En segundo término, es retórico señalar que el daño a la salud reconduce otras expresiones del ser humano a una misma categoría resarcitoria, ya que lo que realmente esta reducción opera es la desaparición y olvido de esas categorías.

Tercero, así entendida, la reparación no observa los principios de dignidad e igualdad. La valoración del daño a la salud es incompleta y basada en criterios retóricos, ambiguos y confusos, como por ejemplo, fundar la *ratio* de la reparación en el llamado "valor hombre", el cual es "calculado" atendiendo a la manifestación subjetiva del daño y no a sus consecuencias reales y objetivas. Con esto llegamos al punto central de nuestra afirmación: las consecuencias

4 Consultar los trabajos de HUSSERL y FREUD al respecto.

objetivas son mensurables en relación con el contenido particular de una vida, entendida como constructo existencial, y no solo como la expresión particular y encapsulada de una conciencia desvinculada de los hechos del mundo.

Técnicamente hablando, atender a los aspectos subjetivos implica considerar las relaciones estructurales del individuo y su mundo circundante, las cuales han sido dañadas, alteradas, violentadas y desfiguradas por un evento dañoso. Esa compleja red de relaciones multifactoriales y todos los plexos pragmáticos en los que el individuo despliega su existencia constituyen su subjetividad. Ergo, la única manera de objetivar la reparación es "subjetivando" su análisis y consideración.

En primer lugar, las esferas existencial y relacional del individuo solo son inconmensurables cuantitativamente, pero no lo son, bajo ningún punto de vista, si las consideramos en términos cualitativos.

En segundo término, pretender mensurar la reparación solo en términos cuantitativos es un acto inconstitucional, ya que no reconoce perjuicios que podrían alterar, por ejemplo, el daño al proyecto de vida o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como lo consagra el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia.

Y en tercer lugar, negarse a cualificar los perjuicios de acuerdo con el contexto existencial del individuo le resta objetividad a la reparación. Las emociones y pasiones individuales no son solo parte de un bien individual e irrepetible sino que también afectan al entorno directo e indirecto de la víctima.

No es aceptable, entonces, que la doctrina colombiana del daño a la salud desconozca verdades indubitables respecto de la dimensión ontológica del ser humano, ya demostradas científicamente por la psicología y la fenomenología mundiales.

Continuando el análisis crítico, es útil revisar lo siguiente:

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 (ídem: 335).

El argumento no otorga objetividad a la reparación. La sana crítica del juez se ve, de todos modos, afectada y reducida, ya que queda supeditada a un solo modelo de pensamiento y a un solo entendimiento, limitado y retórico por lo demás, del daño a la salud.

Finalmente, el magistrado elabora once conclusiones en las que busca probar la suficiencia de sus argumentos (ídem: 338-42). Tenemos algo que decir respecto de cada una de ellas:

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. 179128 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.

A esta conclusión le subyace un criterio abiertamente monetarista que el mismo magistrado pretende rechazar, pero que aquí afirma de manera explícita. Constitucionalmente, los derechos humanos y la dignidad humana no tienen precio, y la cuantía del erario público no debería ser una limitante en el cálculo de las indemnizaciones reparatorias por constituir esa práctica un hecho a todas luces inconstitucional.

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 constitucionalización de la responsabilidad de la que habla el magistrado es intrínsecamente inconstitucional, ya que ignora categorías de perjuicios que implican principios inalienables que se encuentran explícitamente consagrados en la Carta Política.

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.

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.

Las mentadas desigualdades que el magistrado invoca son, en términos reales, inexistentes, ya que solo obedecen a un entendimiento insuficiente de lo que es la justicia distributiva. Otorgar beneficios "desiguales" en función de perjuicios "desiguales" no es injusto, sino que corresponde a la más pura aplicación de la justicia social, como ya ha sido definida por grandes teóricos de la justicia, como JOHN RAWLS (2001), por ejemplo, quien, como ya hemos señalado con anterioridad, concibió la justicia distributiva como equidad, siendo este el canon de la justicia más aceptado mundialmente hasta hoy día.

Justicia social es eminentemente justicia distributiva, y el criterio de distribución de acuerdo con las necesidades no es injusto sino que equitativo, y es perfectamente aplicable como criterio reparatorio de acuerdo a los principios que sustentan ética, jurídica y políticamente, la distribución material de justicia.

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.

Es efectivo que el daño a la salud gana objetividad, pero solo conceptualmente, a saber, en términos abstractos. Desde el punto de vista material, los conceptos de reparación son subjetivados al extremo, a partir de criterios arbitrarios y excluyentes, que no deberían ser aceptables en un ordenamiento jurídico democrático e incluyente como pretende ser el colombiano.

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.

No es correcto que la reparación integral del daño a la salud no se contradiga con el arbitrio judicial. De hecho, el operador judicial queda encapsulado en un solo entendimiento del daño a la salud, con lo cual su reparación integral es, por lo menos, improbable.

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. 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–.

Las categorías abiertas de daños no son constitucionalmente irrelevantes. Es más, la Carta Política contempla tácitamente categorías abiertas de daño, a partir de la consagración explícita de principios como autonomía, dignidad e integridad, cuya importancia constitucional no admite ser sometida a duda.

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 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.

La dignidad humana no puede ser interpretada en términos aritméticos. Su cálculo debe ser cualitativo más que cuantitativo. Lo que afirma el magistrado implica tratar a la víctima como un medio que es instrumentalizado para cumplir con los preceptos de la doctrina.

Por otra parte, el concepto de igualdad material, mentado por GIL BOTERO, debe ser redefinido. La igualdad material debería entenderse como equidad. De esto se sigue que la reparación debe ajustarse a los alcances de los perjuicios, y no implica reconocer la individualidad sino las diferencias en los alcances dañinos de las consecuencias, en función de que estas son objetivamente mensurables en el contexto particular de la víctima.

La reparación, de acuerdo con este principio, que debería llamarse principio de equidad, reconoce los aspectos objetivos y subjetivos del daño. Objetivamente, el daño y sus perjuicios son hechos del mundo que son causa eficiente de lesiones y alteraciones a la vida. Subjetivamente, los individuos se afectan de modo diferente, en virtud de los componentes particulares y subjetivos de su vida: proyecto existencial, disposición afectiva, entorno y condiciones, entre otros.

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.

Siempre es un triunfo deliberar en torno a categorías tan sensibles y fundamentales como el daño a la salud. Sin embargo, la forma como su entendimiento ha decantado en la doctrina y jurisprudencia colombianas no puede considerarse fuente de satisfacción sino de preocupación, ya que su reducción determinista, unívoca y unilateral, limita su aplicación y, como ya hemos señalado, victimiza doblemente al afectado, lo cual constituye un hecho de la máxima gravedad en cualquier ordenamiento jurídico.

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.

*"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).

El razonamiento subyacente a las sentencias es errado. Ambas esferas (individual y social) no son ajenas ni escindidas. Es más, forman parte de la individualidad, ya que estructuran la historia ontológica de la persona en términos de reciprocidad e interdependencia. De este modo, ambas esferas, lejos de ser extrañas entre sí, representan dos dimensiones ontológicas consustanciales en la vida de una persona. El razonamiento contenido en las sentencias se basa, entonces, en un presupuesto falaz, ya que la conclusión (los daños a la vida de relación o a las condiciones de existencia no son categorías válidas para la reparación) no se sigue necesariamente de las premisas, ya que una de estas afirma algo que no es correcto (la inexistente confrontación entre las esferas individual y social).

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 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, para lo cual, se insiste, es necesario acudir a principios 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.

Las categorías llamadas "abiertas" no son agentes distorsionadores en la reparación. Ese efecto lo adquieren solo si se entiende el daño a la salud desde la perspectiva unívoca que propone la doctrina.

Por lo demás, ¿cómo se puede obtener objetividad desde principios que apelan a aspectos decisionales subjetivos? (No todos los jueces tienen la misma experiencia ni manejan el mismo sentido común, lo cual reduce la consideración de las indemnizaciones reparatorias a una casuística extrema). ¿Cómo sería posible garantizar el establecimiento de normas generales, de mayor alcance y dotadas de mayor contenido, a partir de criterios tan relativos que no implican reglas preestablecidas, ni menos procedimientos objetivos que garanticen su cumplimiento?

El análisis que hemos llevado a cabo no tiene pretensiones absolutas. Solo hemos buscado evidenciar falencias y debilidades de una doctrina unívoca que, sin mayores justificaciones, incurre en explícitas desatenciones a la norma constitucional, sometiendo injusta y arbitrariamente a la víctima a un doble perjuicio, agregando a la carga del daño en sí mismo, la privación injustificada de una reparación justa, y reduciendo su aspecto ontológico solo al plano corporal, y entendiendo su dimensión psicológica como una mónada encapsulada en la soledad de una conciencia desconectada del mundo de la vida. En otras palabras, la doctrina se fundamenta en un razonamiento falaz que entiende las dimensiones del ser humano como escindidas entre sí, y mide el daño solo en términos cuantificables, olvidando que el valor de una vida no solo puede ser juzgado desde el punto de vista material, sino también, y por sobre todo, cualitativamente.

A continuación, complementamos nuestro análisis, con una mirada crítica a la jurisprudencia colombiana del daño a la salud.

### 3. LA JURISPRUDENCIA: DICOTÓMICA Y CONTROVERSIAL

Al comienzo, la jurisprudencia colombiana del daño a la salud fue proclive a aceptar y reconocer otras categorías de perjuicios; sin embargo, con el paso del tiempo se observa una involución en el entendimiento del daño a la salud que ha decantado en su reducción epistemológica. Las diferencias históricas en la consideración jurídica del daño a la salud en dicha jurisprudencia revelan una dicotomía que aún no ha sido resuelta, generando, desde una perspectiva histórica, un entendimiento controversial de este rubro reparatorio inmaterial.

En este parágrafo, nos proponemos mostrar someramente esa involución a partir de la consideración de seis sentencias hito que muestran cómo el significado y alcance del daño a la salud ha mutado críticamente a través de los años. La exposición, por motivos de espacio, será sinóptica, aunque crítica:

*Sección tercera, Consejo de Estado, Sentencia del 6 de mayo de 1993, Radicación n.º 7428, C.P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.*

Esta sentencia inaugura en Colombia la consideración y acreditación resarcitoria del daño a la salud bajo el concepto de daño fisiológico. Lo más relevante es que considera como susceptible de indemnización reparatoria el daño a la vida de relación, categoría que actualmente ha desaparecido de la jurisprudencia colombiana como merecedora de consideración indemnizatoria.

La sentencia es paradigmática para reforzar ciertos puntos de nuestra argumentación. Primero, reconoce al ser humano como una entidad dotada de una dimensión ontológica multifactorial, la cual debe ser considerada de manera integral a la hora de reparar los perjuicios suscitados por un evento dañoso que la haya lesionado o alterado. Segundo, afirma la necesidad de reconocer el daño a la vida de relación como una categoría resarcitoria integrada y tributaria del daño a la salud (no la sustenta como una categoría independiente), con lo cual se demuestra que la aceptación de otras formas de perjuicios no implica necesariamente una dispersión categorial del daño a la salud que tanto temen los dogmáticos. Tercero, reconoce la necesidad de reparar con equidad el daño causado, a saber, ajustar la cuantía de la indemnización al dolor subjetivo experimentado por la víctima, con el propósito del todo plausible, de procurar un resarcimiento equivalente al valor moral destruido. Y cuarto, a partir de la consideración anterior, la sentencia afirma tácitamente que lo que es objeto de reparación no es el daño en sí mismo sino las consecuencias perjudiciales que este origina en la víctima.

*Sección Tercera, Consejo de Estado, Sentencia del 2 de enero de 2001, Radicación n.º 114413, C.P.: GILBERTO MÁRQUEZ HENAO.*

Esta sentencia continúa con la aplicación de los presupuestos teóricos y procedimentales consagrados en aquella del año 1993. Sin embargo, amplía incluso más la categorización del daño a la salud, incluyendo como objetos de la reparación perjuicios basados ya no solo en los aspectos morales o relacionales de la víctima, sino también los relativos a su honra (lo cual, claro está, podría considerarse una especificación procedimental del daño moral).

La sentencia resulta también elocuente para demostrar una de nuestras afirmaciones centrales vertidas antes. La sentencia separa y distingue daño moral y daño a la vida de relación, reconociendo así que la dimensión psicofísica del individuo no es exclusiva ni excluyente. El daño a la vida de relación indica que, además, de las alteraciones y lesiones subjetivas, como a los sentimientos, talante, disposición afectiva y emociones, no son las únicas indemnizables, sino que también existen otras esferas ontológicas relevantes que pueden ser alteradas y fracturadas existencialmente por un evento dañoso, como lo son todas aquellas relacionadas con las posibilidades que un individuo tiene de desplegar su vida más allá de las fronteras de su ego y conciencia.

*Sección Tercera, Consejo de Estado, Sentencia del 29 de enero de 2004, Radicación n.º 25000-23-26-000-1995-00814-01(18273) C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.*

Esta sentencia afirmó, en su momento, la verdad jurídica de que existen daños extrapatrimoniales diferentes del moral, los cuales pueden además ser extensivos a los familiares de la víctima.

Esta sentencia refuerza nuestra hipótesis de que otras dimensiones ontológicas del individuo son también merecedoras de indemnización reparatoria, y que su consideración no implica una explosión categorial que nublaría el entendimiento del daño a la salud, sino que, muy por el contrario, ayudarían a dotarlo de más contenido, incluyendo como parte de él otras categorías de perjuicios que no gozarían de independencia sino que serían tributarias del mismo. Se reconocen además las afectaciones a la vida y dimensión espiritual de la víctima, las cuales, no por ser de carácter cuantitativamente inconmensurables, deben ignorarse como parte de la reparación. En seguida, enfatiza la extensión del daño desde la víctima hacia su entorno más cercano, precisamente en virtud de la categoría del daño a la vida de relación, la cual implica que la afectada ha sido lesionada y menoscabada en su capacidad de relacionarse con "las cosas del mundo", modificando, así, sus roles vitales y proyectos. Esta significativa alteración a su forma de vida es también extensiva a su círculo cercano, ya que este se ve también afectado por el sufrimiento y angustia de la víctima. Con esto, nuevamente queda de manifiesto, al menos, el valor teórico de lo que hemos venido proponiendo, con respecto a la necesidad de considerar en la reparación la dimensión ontológica multifactorial del individuo.

*Sección Tercera, Consejo de Estado, Sentencia del 15 de agosto de 2007, Radicación n.º 190012331000200300385-01, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.*

Al año 2007, la jurisprudencia del Consejo de Estado reconocía otras categorías de daño, aunque no las integraba sistemáticamente al daño a la salud. Además, si bien consideraba esas otras categorías como susceptibles de ser indemnizadas (en este caso específico, el daño a las condiciones de existencia), llamaba la atención sobre la exigencia que debía imponerse, específicamente en lo referido a la cuantía del daño, para que dicha categoría adquiriera el estatuto de "jurídicamente relevante". Sin duda, esta sentencia representa un punto de quiebre en la concepción histórica del daño a la salud dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

La jurisprudencia del Consejo de Estado da un giro hermenéutico en esta sentencia. Se consideran otras categorías de daños, pero a la vez se enfatiza que no cualquier alteración es jurídicamente relevante. La sentencia no ahonda mayormente en este punto, originando una dicotomía irresoluta referente al carácter y magnitud que los perjuicios debieran tener para resultar indemnizables. Lo único que la sentencia aporta son consideraciones semánticas sobre

el particular, señalando, por medio de superlativos, que para que los perjuicios a las condiciones de existencia califiquen como susceptibles de reparación, deben ser de carácter "grave, drástico, evidentemente extraordinario". En este sentido, la sentencia es ambigua, ya que acepta, por un lado, una nueva categoría resarcitoria, y, por el otro, señala ciertas condiciones para su aceptación, las cuales no son identificadas ni especificadas con precisión.

El hecho acaecido aquí no es menor, ya que revela una mirada oblicua y dicotómica del Consejo de Estado, que resta claridad sobre el alcance y significado del daño a la salud como rubro indemnizatorio inmaterial.

*Sección Tercera, Consejo de Estado, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Radicación n.º 05001232500019940002001, C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.*

Con esta sentencia, el daño a la salud es restringido a una interpretación unívoca, sujeta a valoraciones, económica y técnicamente, cuantificables, señalando un cambio de paradigma en el entendimiento de este rubro indemnizatorio inmaterial. Otras formas de perjuicio inmaterial pierden valor jurídico en esta sentencia, y su eventual dispersión categorial se considera nociva para el ordenamiento jurídico colombiano, ya que podrían ser fuente de enriquecimiento injustificado.

Sin embargo, debemos insistir en que no compartimos la precisión que el magistrado GIL BOTERO realiza, ya que el evitar el enriquecimiento ilícito, en este caso, podría generar un empobrecimiento sin causa en la víctima, agregando a la carga de soportar el daño causado y sus consecuencias, el hecho de no ser reparado en la justa medida, y siendo obligado a tolerar una doble lesión u ofensa: el daño en sí mismo y sus perjuicios, y la frustración causada por una reparación intrínsecamente injusta.

Más allá de estas consideraciones que, obviamente, están abiertas a discusión e interpretación doctrinaria, lo relevante en esta sentencia es el giro epistemológico-jurídico que experimenta el concepto de daño a la salud, involucrando de un entendimiento más rico en contenido y más rotundo en cuanto a su aplicación y alcance, a una concepción de naturaleza acotada y restringida, más carente de contenido, por lo demás, a saber, más inclinada a los aspectos formales del daño que a sus consecuencias materiales. El giro es ciertamente controversial y señala una dicotomía inconsistente y hasta confusión, desde el punto de vista epistemológico e histórico, en los elementos que deberían ser considerados como susceptibles de indemnización reparatoria en el contexto del daño a la salud.

*Sección Tercera, Consejo de Estado, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Radicación n.º 05001232500019931854 01, C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.*

Lo más relevante en esta sentencia es la ratificación del "principio" de que a una igual lesión corresponderá la misma satisfacción.

El magistrado GIL BOTERO define el principio como "una garantía *prima facie*", lo cual representa un error de fondo en el asunto. Que la garantía sea *prima facie*, significa que esta representa una verdad *a priori*, a saber que implica una certeza que es autoevidente a la conciencia de cualquier individuo comprometido con la moral y las leyes. Sin embargo, el hecho de que a un mismo daño corresponda la misma reparación está lejos de ser un principio que se justifique a sí mismo, libre de contingencias. Queremos decir que no es necesariamente verdadero que de la premisa "igual lesión" se siga la conclusión "igual reparación". Además de tratarse de una inferencia directa o inmediata, en términos lógicos, el silogismo encierra una evidente falacia, precisamente porque la relación entre ambos enunciados es eminentemente contingente y no señala una relación directa y necesaria de causalidad entre ellos.

En términos materiales, aceptar el argumento de GIL BOTERO implica consentir en que las reparaciones deberían ser intrínsecamente injustas, ya que desconocerían aspectos ontológicos del individuo que quedarían sin reparación (sin ninguna razón plausible que lo justifique), asumiendo errada y forzosamente que todos los seres humanos llevan a cabo vidas similares, sienten de modo homogéneo y son afectados por las circunstancias de la vida de manera completamente idéntica, independientemente de las diferencias de forma y fondo que toda vida humana posee en relación con otra.

No está de más advertir el hecho de que en esta sentencia el daño a la salud se considera solo como daño corporal, con todas las consecuencias jurídicas y ontológicas que dicho entendimiento conlleva, las cuales han sido discutidas con anterioridad en este trabajo.

#### 4. CONCLUSIONES

El daño a la salud es todavía un concepto abierto a interpretación en la jurisprudencia colombiana. Esto ha redundado en una acotación y delimitación del concepto de daño a la salud, generando una interpretación más bien unívoca de este, excluyendo elementos fundamentales que sí garantizarían una reparación integral. Un ejemplo concreto de esto es la actual tendencia, manifiesta en la jurisprudencia colombiana, a solo reconocer el daño psicofísico del individuo, omitiendo otras alteraciones y afectaciones relevantes a su capacidad de llevar a cabo una vida en condiciones normales de salud, como lo son todos aquellos perjuicios de carácter subjetivo que impactan en la forma como dicha persona se relaciona en la vida, es capaz de entenderla y concebirla, y en cómo, por consecuencia de ese daño, sus modos de ser son modificados influenciando negativamente su existencia, el sentido de su vida y, en último término, su bienestar y capacidad de ser feliz.

Para comprender correctamente los ulteriores alcances y significados del daño a la salud, ha sido necesario tomar distancia de cómo ha sido este entendido hasta ahora; alcanzar cierta objetividad epistemológica con respecto a la doctrina y jurisprudencia imperantes; tomar la posición del observador objetivo, sin intereses creados, con el único propósito de realizar una suerte de arqueología de este rubro reparatorio inmaterial, con vías a descifrar sus reales posibilidades de aplicabilidad. Hemos intentado mostrar y fundamentar el trasfondo jurídico-ontológico que trasciende la mirada puramente doctrinaria del daño a la salud, en la convicción de que solo esa actitud podrá evidenciar la estructura multifactorial de este rubro reparatorio inmaterial, como una condición *sine que non* para la determinación justa y equitativa de las indemnizaciones reparatorias.

Finalmente, y ya hecha y fundamentada nuestra propuesta central, solo nos resta decir que nuestra ulterior pretensión en este trabajo ha sido generar una nueva plataforma de reflexión para abordar el tema del daño a la salud en Colombia. Haciendo la obvia salvedad de que nuestra crítica no representa en absoluto una teoría acabada, hemos pretendido dar cuenta de los conflictos que subyacen a este rubro reparatorio inmaterial y que exigen ser dichos y debatidos con urgencia.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS, TEXTOS Y ARTÍCULOS LEGALES

BARGAGNA, MARINO (1986). "Rilievi, critici e spunti ricostruttivi", en *La valutazione del danno alla salute*. Padova: Cedam.

BARROS, ENRIQUE (2006). *Tratado de la responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

BRAITHWAITE, JOHN (2002). *Restorative Justice & Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press.

BREBBIA, ROBERTO (1967). *El daño moral: doctrina, legislación, jurisprudencia, precedida de una teoría jurídica del daño*. Rosario: Ediciones Jurídicas Orbir.

BRICEÑO DE VALENCIA, MARTHA TERESA y ZAMBRANO CETINA, WILLIAM (coords. académicos) (2011). *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Colombia, Consejo de Estado.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS (1995). "Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico", en *Themis. Revista de Derecho*, n.º 32. Lima: Universidad Católica.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS (1996). "El daño a la persona", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS (1996). "Daño al proyecto de vida", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lima*. Derecho PUC. Lima.
- GENTILE, GUIDO (1962). *Danno alla persona*. Italia: Enciclopedia del diritto.
- GIL BOTERO, ENRIQUE (2011a). "La institución del daño a la salud en Colombia", en BRICEÑO DE VALENCIA, MARTHA TERESA y ZAMBRANO CETINA, WILLIAM (coords. académicos). *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Colombia, Consejo de Estado.
- HEIDEGGER, MARTIN (2008). *Being and Time*. New York: Harper and Row.
- KOTEICH KHATIB, MILAGROS (2005). "El daño extrapatrimonial", en *Diritto Romano Comune e America Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- KOTEICH KHATIB, MILAGROS (2013). "La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. Daño existencial", en *Comparazione e diritto civile*. Disponible en [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it). Italia.
- LAMBERT-FAIVRE, Y. (2000). *Droit du dommage corporel*. París: Dalloz.
- LIEBMANN, M. (2007). *Restorative Justice: How it Works*, London: Jessica Kingsley Publishers.
- LONG, RODERICK T. (1998). "Towards a Libertarian Theory of Class", en *USA, Social Philosophy and Policy* 15 (2).
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, MARÍA CECILIA (2008). *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ORTEGA Y GASSET, JOSÉ (1998). *Meditaciones del Quijote*, 7.<sup>a</sup> ed. España: Cátedra.
- RAWLS, JOHN (2001). *Justice as Fairness: A Restatement*. USA: Harvard University Press.
- URIBE RUIZ, AGUSTÍN (2010). "El perjuicio a la vida de la relación: una entidad autónoma y reparación independiente de los demás daños resarcibles en la responsabilidad civil", en *Criterio Jurídico Garantista*, 2. Colombia.
- VALDÉS, ERICK (2010). "Autonomy and Human Rights: An Analysis from the Perspective of Biolaw", en *Human Rights Brief*, N. 14. USA: Washington College of Law.
- VALDÉS, ERICK (2011a). "El principio de autonomía en la doctrina del bioderecho", en *La Lámpara de Diógenes*. México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

VALDÉS, ERICK (2011b). *Bioethical Principlism: Origins, Foundations and Problems*. Germany: VDM Verlag Dr. Muller.

VALDÉS, ERICK (2013a). "Bioderecho, genética y derechos humanos. Análisis de los alcances jurídicos del bioderecho europeo y su posible aplicación en Estados Unidos como fuente de derechos humanos de cuarta generación", en *Universitas, Revista de Derecho, Filosofía y Política*, n.º 17. Madrid.

VALDÉS, ERICK (2013b). *Bioethics and Law: Theory and Practice*. USA: University Readers.

WALGRAVE, LODE, ed. (2002). *Restorative Justice and the Law*. Uffculme, Cullompton, Devon, U.K.: Willan Publishing.

WEITEKAMP, ELMAR, and KERNER, HANS-JÜRGEN (eds.) (2003). *Restorative Justice: Theoretical Foundations*, Uffculme, Cullompton, Devon, U.K.: Willan Publishing.

#### CONSTITUCIONES, DECLARACIONES, PACTOS Y OTROS

Constitución Política de Colombia, Colombia, Editorial Leyer (2012).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, France, Conseil constitutionnel (1789).

#### CASOS LEGALES

(1993). Sentencia del 6 de mayo de 1993. C.P.: JULIO CESAR URIBE ACOSTA, Radicado 7428, Actor: Jhon Jairo Mejía, Demandando: Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

(1999). Corte Constitucional. M.P.: FABIO MORÓN DÍAZ, Sentencia: 23 de julio de 1999 (T-528), Referencia: Expediente T-212155.

(2000). Sentencia 11250 de Sección Tercera, del 2 de marzo de 2000. C.P.: RICARDO HOYOS DUQUE, Actor: HERNÁN EGBERTO PERALTA GARZÓN y otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

(2000). Sentencia Hito 11842, del 19 de julio de 2000. C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

(2001). Sentencia 11413, del 25 de enero de 2001. C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Actor: GILBERTO MÁRQUEZ HENAO, Demandado: Nación – DAS.

(2002). Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. M.P.: EDUARDO CAMPO SOTO, Sentencia: 24 de enero de 2002, Referencia: Expediente 20013895-01.

- (2004). Sentencia 18273, del 29 de enero de 2004. C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Actor: MERY TERESA COLMENARES TOVAR, Demandado: Nación – Ministerio de Salud, Bogotá D.C., Secretaría Distrital de Salud.
- (2007). Sentencia 190012334000200300385-01, del 15 de agosto de 2007. C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.
- (2011). Sentencia Hito 19031, del 14 de septiembre de 2011. C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, Actor: ANTONIO JOSÉ VIGOYA GIRALDO y otros, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.
- (2011b). Sentencia 38.222, del 14 de septiembre de 2011. C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, Actor: JOSÉ DARÍO MEJÍA HERRERA y otros, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.
- (2011c). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19.031 y 38.222. M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.
- (2012). Sentencia 22.163, del 28 de marzo de 2012. C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, Actor: LUIS CARLOS GONZÁLEZ ARBELÁEZ y otros, Demandado: Nación – Ministerio de Salud.