RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Lesiones sufridas por conscripto / DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación

Se encuentra acreditado que Antonio Jose Vigoya Giraldo, se encontraba prestando el servicio militar obligatorio como soldado regular en el Ejército Nacional, y que en cumplimiento del mismo sufrió un accidente que le ocasionó la pérdida de su extremidad inferior derecha y del 95% de su capacidad laboral.

FUERZA PUBLICA - Militar profesional / FUERZA PUBLICA - Conscriptos / CONSCRIPTOS - Clases / CONSCRIPTOS - Noción. Definición. Concepto / CONSCRIPTOS - Regulación normativa

En preciso señalar, que la Sala ha entendido que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal del militar profesional, es un riesgo propio del servicio que prestan en cumplimiento de operaciones o misiones castrenses. Al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del afectado a un riesgo mayor respecto al de sus demás compañeros, con quienes desarrolle la misión encomendada, o que se le ponga en situación de desigualdad ante aquéllos y en relación al servicio mismo. Sin embargo, dicha tesis no es de aplicación al presente caso, como erróneamente lo interpretó el a quo, toda vez, que el soldado Antonio Jose Vigoya Giraldo no se encontraba vinculado con el Ejército Nacional como profesional, sino en condición de conscripto, por estar prestando el servicio militar obligatorio como soldado regular. En efecto, de conformidad con el artículo 13 de la ley 48 de 1993, las modalidades en las que se presta el servicio militar obligatorio son las siguientes: (...) El decreto 2048 de 1993, por medio del cual se reglamentó la ley 48 de 1993 sobre el servicio de reclutamiento y movilización, establece las modalidades así: "Artículo 8o. El servicio militar obligatorio podrá prestarse en el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional, en las siguientes formas y modalidades. a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses; b) Como soldado bachiller, durante 12 meses; c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses; d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses, la calidad de campesino la determinará el Comandante de la Unidad Táctica correspondiente.

FUENTE FORMAL: LEY 48 DE 1993 - ARTICULO 13 / DECRETO 2048 DE 1993 - ARTICULO 8

NOTA DE RELATORIA: Sobre diferencia entre la clase de vínculo que se crea para el Estado frente al soldado conscripto y el soldado voluntario o profesional, consultar sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 17187

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Fuerza pública / FUERZA PUBLICA - Conscriptos / CONSCRIPTOS - Títulos de imputación aplicables / TITULOS DE IMPUTACION APLICABLES - Daño especial, riesgo excepcional y falla del servicio. Precedente jurisprudencial / CONSCRIPTOS - Aplicación del principio iura novit curia

En relación con los títulos de imputación aplicables a los daños causados a soldados conscriptos, la Sala ha avalado que éstos sean, en primer orden, los de naturaleza objetiva - el daño especial o el riesgo excepcional-, y de otro lado, el de la falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada. (...) En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, conscriptos, en la medida que su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un

servicio que, no es nada distinto, a la imposición de una carga o un deber público, es claro que la organización estatal debe responder bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al que normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial. (...) En relación con los conscriptos, el principio *iura novit curia*, reviste una característica especial, ya que el juez debe verificar si el daño antijurídico resulta atribuible al Estado, con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación que se vienen de enunciar. No debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga la obligación de prestar el servicio militar, deber garantizar la integridad psicofísica del soldado pues se encuentra sometido a su custodia y cuidado, además que, por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que en términos de imputabilidad deriva en que debe responder por los daños que le sean irrogados en virtud de la ejecución de la carga pública. Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre títulos de imputación aplicables a los daños causados a conscriptos, consultar sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 18725 reiterada en sentencia del 15 de octubre de 2008, exp. 18586; sentencia del 10 de agosto de 2005, exp. 16205; sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 15445 y sentencia del 2 de marzo de 2000, exp. 11401. Sobre la posición de garante del Estado frente a los conscriptos y reclusos, consultar sentencia de 9 de junio de 2010, exp. 19849

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO A CONSCRIPTO - Causa extraña / RESPONSABILIDAD COCAUSAL DEL ESTADO - Eventos. La entidad demandada debe acreditar que su actuación no contribuyó en la producción del daño / EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD - Causa extraña

En cada caso concreto en que se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, de manera específica al poner al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio. No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que éstos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del mismo, circunstancia por la cual no le es imputable ni fáctica ni jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero el resultado puede tener una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, toda vez que también podría serle atribuible jurídicamente. No quiere significar lo señalado que en este tipo de situaciones, no opere la causa

extraña en sus diversas modalidades como eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, sólo que, como se ha venido indicando, tal acreditación debe hacerse a través de la demostración de que en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, como lo ha aceptado la doctrina, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre culpa de la víctima de forma parcial (concausa) en la producción del daño constituyendo así un factor de graduación del perjuicio, consultar sentencia de 13 de agosto de 2008, exp. 17042, M.P.: Enrique Gil Botero.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Lesiones causadas a conscripto por mina antipersonal sopro colocada por el Ejército / LESIONES CAUSADAS A CONSCRIPTO POR MINA ANTIPERSONAL SOPRO COLOCADA POR EL EJERCITO - No es aplicable la convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción

Si bien, en el sub iudice, no es aplicable la "Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción", pues el hecho ocurrió el 13 de enero de 1992, y la ley que la aprobó es la 554 de 2000, sirve como guía de la conducta que la fuerza pública debió asumir en el sitio del minado; el ordinal segundo del artículo quinto de esa convención establece

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Lesiones causadas a conscripto por mina antipersonal sopro colocada por el Ejército / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Omisión en la falta de señalización de base militar sembrada con minas antipersonales sopro / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - No se configuró / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Configuración / DAÑO ANTIJURIDICO - Imputable a la entidad demandada

En los informes del accidente sufrido por el soldado Antonio Vigoya, la base se encontraba cercada con minas antipersonales sopro, y conforme a lo expresado por la parte demandada en los alegatos de conclusión de primera instancia, ello obedeció a una medida de seguridad, es decir, que fue el propio Ejército quien sembró las minas, de allí que una forma mínima de protección, para la propia tropa y más para los soldados conscriptos, era la demarcación de la zona. En el presente caso, quien debía realizar esa demarcación era el Ejército, protegiendo así la vida e integridad de todos los militares, como quiera que no resulta lógico que una trampa mortal destinada al enemigo, tenga las mismas consecuencias nefastas para sus propios hombres, por ello se debía establecer una señal que identificaran y que garantizara su seguridad, cuando ellos tuvieran que acercarse a esa zona, la cual por demás rodeaba toda la base, es por esto que se configuró una omisión de su parte, imputable a título de falla del servicio. Por lo expuesto, es que no se puede hablar de culpa exclusiva de la víctima, toda vez que si bien es cierto, los miembros del Ejército tenían conocimiento de que el área estaba minada sin la debida demarcación, por más precauciones que tomaran les resultaba imposible precisar si se estaba pisando o no una mina antipersonal. En esas condiciones, para la Sala, en el caso sub examine, el daño antijurídico es imputable a la demandada a título de falla del servicio, ya que en el proceso se

encuentra probado el comportamiento negligente de la entidad frente a la obligación de protección y seguridad que debía brindar al personal militar, más aún si se trataba de un soldado conscripto, cuya voluntad se encuentra sometida por la administración pública, y que, por lo tanto, no tiene una libre elección en la prestación o no del deber impuesto. Por último, se tiene que la causa extraña consistente en la culpa de la víctima, no se encuentra acreditada, toda vez que el daño no se hubiera producido de haberse instalado la señalización o respectiva advertencia al propio personal militar a través de signos internos que sólo ellos conocieran.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Acreditación / PERJUICIO MORAL - Lesiones causadas a conscripto por mina antipersonal sopro colocada por el Ejército / PRESUNCION DE DOLOR MORAL - Aplicación reglas de la experiencia / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

En lo que concierne a la indemnización de perjuicios, se tiene que Antonio José Vigoya Giraldo, es hijo de María Lucero Giraldo de Vigoya y José Augusto Vigoya; hermano de Juan Manuel, Sandra Clemencia y Viviana Vigoya Giraldo, según dan cuenta las copias auténticas de los registros civiles de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, Valle y Única de Quimbaya, Quindío (fls. 4, 6 a 8 cdno. No. 1).7.1. Así las cosas, la prueba de la lesión es suficiente para establecer el daño moral del lesionado, de otro lado, la prueba de la relación de consanguinidad permite inferir la existencia de afecto y unión entre la víctima y sus padres y hermanos. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de alguno de los miembros de la familia afecta a los demás, en lo que concierne al perjuicio moral. Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los demandantes, con motivo de las lesiones de su familiar, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad. Las reglas del común acontecer, y la práctica científica han determinado de manera general, que cuando se está ante un atentado contra la integridad física o psíquica de un ser querido, se siente aflicción. En consecuencia, como la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes con las lesiones de su pariente (hijo y hermano) en primer y segundo grado de consanguinidad, de acuerdo con los certificados de los registros civiles allegados al proceso, se da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama "inferencias"; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógica-deductiva, participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas. En consecuencia, conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

NOTA DE RELATORIA: Para establecer el monto de la indemnización se tendrá

en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, exps. 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, la entidad demandada pagará a favor de los demandantes las sumas de dinero, liquidadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes

PERJUICIO MORAL - Lesiones causadas a conscripto por mina antipersonal sopro colocada por el Ejército. Reconocimiento a familiares / PERJUICIO MORAL - Lesiones graves y leves / PERJUICIO MORAL - Reconocimiento a familiares. Presunción de dolor moral / GRADUACION DEL MONTO DEL PERJUICIO - Se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones

Para presumir el perjuicio moral de los familiares inmediatos del lesionado, no es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones. En efecto, independientemente de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear como la que impera en la sociedad colombiana, no resulta equitativo que ese padecimiento moral, su prueba y reconocimiento se condicione al resultado material del daño en cuanto a su mensurabilidad. Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la presunción del dolor y aflicción constitutivos del perjuicio moral en las víctimas indirectas, consultar sentencia de 18 de marzo de 2004, exp. 14003. Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez

PERJUICIO MATERIAL - Lesiones causadas a conscripto por mina antipersonal sopro colocada por el Ejército / PERJUICIO MATERIAL - Daño emergente consolidado. Debe solicitarse / PERJUICIO MATERIAL - Daño emergente futuro / DAÑO EMERGENTE FUTURO - Rehabilitación física, psicológica y psiquiátrica. Terapias físicas

En cuanto al daño emergente consolidado se tiene que no fue solicitado en la demanda, motivo por el cual la Sala se abstiene de hacer consideración alguna, frente a este aspecto. En lo que respecta al daño emergente futuro, El Ministerio de Defensa, Ejército Nacional deberá proporcionarle a Antonio José Vigoya Giraldo lo necesario para su rehabilitación, esto es, servicio médico de ortopedia, rehabilitación, psicología y psiquiatría; asimismo, el número de terapias físicas que sean necesarias, la prótesis adecuada para la pierna derecha y la renovación de la misma por el desgaste que presente.

PERJUICIO MATERIAL - Lesiones causadas a conscripto por mina antipersonal sopro colocada por el Ejército / PERJUICIO MATERIAL - Lucro cesante / LUCRO CESANTE LUCRO CESANTE - Cálculo / CALCULO - Si no se tiene un ingreso establecido se tendrá en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente / LUCRO CESANTE - Disminución de la capacidad laboral / INGRESO BASE DE LIQUIDACION - La jurisprudencia reconoce un incremento del 25 por ciento / LUCRO CESANTE - Indemnización consolidada. Actualización. Cálculo / LUCRO CESANTE - Indemnización futura. Cálculo y fórmula

Frente al lucro cesante, de conformidad con las reglas de la sana crítica que enseñan que una persona laboralmente activa, no podría devengar menos del salario mínimo, para lo cual se tomará el vigente para el presente año (\$535.600) por razones de equidad, toda vez que, el valor del salario mínimo, vigente para la fecha de los hechos correspondía a la suma de \$65.190, el que actualizado equivale a \$476.761, es decir, inferior al vigente para el año 2011. Al salario base de liquidación, de conformidad con la posición de la Sala, se le debe aumentar un 25%, por concepto de prestaciones sociales, en atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas; ya que el lesionado perdió el 95% de la capacidad laboral, se tomará el valor total, quedando como salario base de liquidación la suma de \$669.500. La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula: (...) La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula: (...).

NOTA DE RELATORIA: Sobre aumento del 25% en el salario base de liquidación consultar sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 16058 (acumulado 21112) y sentencia de 11 de noviembre de 2009, exp. 18849

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Daño a la salud. Perjuicio fisiológico / PRINCIPIO DE LA IGUALDAD MATERIAL - Aplicación

El daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud –comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico– como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica. (...) El problema de asimilar la tipología del daño a compartimentos abiertos en los que se pueden llenar o volcar una serie de bienes o intereses legítimos genera problemas en sede de la reparación integral del daño y los principios de igualdad y dignidad humana que deben orientar el resarcimiento de aquél. En efecto, con la implementación en Colombia de los conceptos de “daño a la vida de relación” de raigambre Italiano y la “alteración a las condiciones de existencia” de estirpe Francés, se permitió que se implementaran en nuestro ordenamiento jurídico unos tipos de daños abiertos que en su aplicación pueden desencadenar vulneraciones al principio de igualdad material.

PERJUICIO INMATERIAL - Sistematización / PERJUICIOS INMATERIALES RESARCIBLES - Diferentes al daño moral / INDEMNIZACION DEL DAÑO - Daño evento y daño consecuencia

Resulta necesario que se sistematice la indemnización del perjuicio inmaterial en Colombia para determinar cuáles son los perjuicios inmateriales resarcibles – diferentes al daño moral–, pues con la tipología vigente no se define con claridad: i) si se indemniza el daño por 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, que 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, toda vez que frente a una misma lesión podría eventualmente declararse una idéntica o similar reparación.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Aplicación / DAÑO A LA SALUD - Daño fisiológico

En efecto, es forzoso regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que es el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación. Precedente jurisprudencial / PERJUICIO FISIOLÓGICO - Reformulación del concepto / DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Reformulación del concepto por alteración a las condiciones de existencia. No es precisa / ALTERACION GRAVE A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Cambio jurisprudencial

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en varias providencias que han sido proferidas desde el año 2007, ha reconocido que el perjuicio fisiológico, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las alteraciones a las condiciones de existencia. El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el daño a la vida de relación adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de alteración a las condiciones de existencia, circunstancia que no es precisa.

NOTA DE RELATORIA: Sobre perjuicio fisiológico, daño a la vida de relación y alteraciones a las condiciones de existencia, consultar aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia y aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 - 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17744, M.P. Enrique Gil Botero y sentencia del 18 de octubre de 2007, exp. AG-029.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Justa y correcta medición del daño ocasionado / RESPONSABILIDAD ESTATAL - Fundamentada en el daño antijurídico

El principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima. Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas. La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991

diseñara y adoptara en el artículo 90 de la Carta Política, un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

DERECHO DE DAÑOS - Transformaciones / DERECHO DE DAÑOS - Constitucionalización

El derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole que han significado que se ajuste a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad. De otro lado, lo que podría denominarse como la “constitucionalización del derecho de daños”, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil. En consecuencia, la cuantificación del daño en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico interno, obedece al criterio de la restitutio in integrum cuyo objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer, lo cual encuentra su fundamento y límite, se itera, en dos principios generales del derecho que además tienen soporte normativo: la reparación integral del daño (art. 16 ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) y el enriquecimiento injusto (art. 8 ley 153 de 1887); por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho.

TIPOLOGIA DEL PERJUICIO - Noción. Definición. Concepto

Para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo que se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que él produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos? Como se observa, existe toda una serie de cuestionamientos que el juez debe formularse, con el fin de establecer una posición en la materia, lo que implica, a todas luces, un ejercicio hermenéutico e interpretativo a partir del análisis de las normas constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado, para con fundamento en ello, arribar a las conclusiones que consulten los parámetros efectivos de justicia material, en lo que concierne a la reparación integral.

DAÑO FISIOLÓGICO - Noción. Definición. Concepto / DAÑO FISIOLÓGICO - Reformulación jurisprudencial del concepto / TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO INMATERIAL DIFERENTE AL MORAL - Línea jurisprudencial

En nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), así como los inmateriales, género éste en el que se han decretado condenas por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, categoría esta última en la que desde que fue reconocida por primera vez en 1993, ha sido denominada de diversas formas, en ocasiones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de existencia”, pero con un sustrato idéntico, esto es, la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones del sujeto con su entorno. (...) en recientes pronunciamientos 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 sólo 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. (...) en reciente providencia del 4 de mayo de 2011, esta Sección discurrió de la siguiente forma (...) Como se aprecia, 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 señala 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. 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 supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto –daño evento– (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación).

NOTA DE RELATORIA: Sobre noción de daño fisiológico denominado en diversas formas, en ocasiones daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, consultar sentencia de 25 de septiembre de 1997, exp. 10421; sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842; sentencia de 2 de octubre de 1997, exp. 11652; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15657; sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 - 385; sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17744, con aclaración de voto del ponente sobre esta materia; sentencia del 10 de julio de 2003, exp. 14083 y sentencia de 4 de mayo de 2011, exp. 17396

DAÑO FISIOLÓGICO, A LA VIDA DE RELACION O ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Doble connotación. Limitación de la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material

Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia –entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula–, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material –es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables–. En consecuencia, esa

naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc. No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado algunos inconvenientes que se pretenden aclarar con los contenidos desarrollados y expuestos en esta providencia.

DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Mutación del nombre / ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Perjuicio autónomo / ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Diferente a daño a la vida de relación / DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Perjuicio de placer o agrado

Con el criterio adoptado en el año 2007, la confusión relacionada con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto “daño a la vida de relación”, se mutó su nombre, para designarlo como “la alteración a las condiciones de existencia” (des troubles dans les conditions d’existence), lo cual no es apropiado, puesto que este último corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación), y que se refiere a la modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida que cada persona tiene trazado.

DAÑO A LA SALUD - Perjuicio de agrado / DAÑO A LA SALUD - Alteración a las condiciones de existencia / DAÑO A LA SALUD Y ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Daños autónomos

El daño a la salud denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.

TIPOLOGIA DEL PERJUICIO INMATERIAL - Sistemas jurídicos francés e italiano. Polos diametralmente opuestos

Los sistemas jurídicos francés e italiano se encuentran en dos polos diametralmente opuestos en cuanto a la tipología del perjuicio inmaterial se refiere, puesto que el primero ha permitido –dado el esquema normativo abierto del código civil– la formulación de diversas categorías de daños y perjuicios que pretenden resarcir las diversas afectaciones que produce un daño en la órbita interna y externa de un sujeto; contrario sensu, el segundo ha tenido que enfrentar un sistema legal rígido o cerrado que limita el reconocimiento de perjuicios inmateriales, razón por la cual ha correspondido a las jurisdicciones constitucional y ordinaria ampliar el contenido y alcance de ese sistema indemnizatorio. (...) Ahora bien, en uno u otro sistema la preocupación ha sido común y consiste en determinar o establecer “justos medios” que, como lo ha sostenido el reconocido profesor italiano Francesco Busnelli, sirvan de diques de tal forma que no se limite el reconocimiento de perjuicios inmateriales a los de contenido moral, pero tampoco se genere un abanico de perjuicios que distorsione el derecho de daños y

que pueda afectar los principios de reparación integral y de prohibición de enriquecimiento sin causa.

DAÑO A LA SALUD - Afectación a la integridad psicofísica. Ambitos físico, psicológico y sexual / DAÑO - Valoración daño corporal / DAÑO A LA INTEGRIDAD PSICOFISICA - Perjuicios que se pueden reclamar / PERJUICIOS QUE SE PUEDEN RECLAMAR POR DAÑO A LA INTEGRIDAD PSICOFISICA - Moral, materia y daño a la salud

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 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 establecer 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.

DAÑO A LA SALUD - Contenido y alcance primigenio / DAÑO A LA SALUD - Desplaza por completo las otras categorías de daño inmaterial. Daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia / PERJUICIOS INMATERIALES - Daño moral y daño a la salud

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 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. 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.

DAÑO A LA VIDA DE RELACION O LA ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - No son instrumentos para obtener la reparación del daño a la salud / DAÑO A LA VIDA DE RELACION O LA ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica

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 e 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.

DAÑO A LA SALUD - Afectación de la integridad psicofísica de la persona / DAÑO A LA SALUD - Cubrimiento

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. 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. 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. 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.

DAÑO A LA SALUD - Indemnización / INDEMNIZACION DEL DAÑO A LA SALUD - Componentes. Objetivo y subjetivo / MAXIMA DE IGUALDAD - A igual daño igual indemnización

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”.

DAÑO A LA SALUD - Concepto / DAÑO A LA SALUD - Perjuicio inmaterial diferente al moral / DAÑO A LA SALUD - Casos en que procede / DAÑO CORPORAL - Perjuicios que se reconocen / DAÑO A LA SALUD - Categoría autónoma e independiente

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; 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. Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto.

TIPOLOGIA DEL PERJUICIO INMATERIAL - Clases

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.

DAÑO A LA SALUD - Sistematización

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 acarrearán 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 aflictiva 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

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.

DAÑO A LA SALUD - Importancia / RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD - Garantiza los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material

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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031)

Actor: ANTONIO JOSE VIGOYA GIRALDO Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

En cumplimiento y acatando del criterio mayoritario de la Sala, contenido en el auto del 13 de junio de 2011, del cual el Consejero Ponente se apartó –tal y como se puso de presente en salvamento de voto del 11 de julio de 2011 en los procesos Nos. 19.031 y 38.222, y la aclaración de voto del 25 de agosto del mismo año en el expediente No. 17.936– se somete a consideración de la Sala Plena de la Sección Tercera el presente proyecto de sentencia.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de abril de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se resolvió lo siguiente:

“1. NIÉGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA.

“2. SIN COSTAS.” (fl. 284 cdno. ppal.).

I. Antecedentes

1. En demanda presentada el 15 de diciembre de 1993, Antonio José Vigoya Giraldo (lesionado), María Lucero Giraldo de Vigoya (madre), José Augusto Vigoya (padre), Juan Manuel, Sandra Clemencia y Viviana Vigoya Giraldo (hermanos), solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por las lesiones sufridas por el primero de ellos, cuando se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, en hechos acaecidos el 13 de enero de 1992, en la Base Militar La Marconio, Repetidora de Yarumal, Antioquia.

En consecuencia, deprecaron que se condenara al pago, por concepto de perjuicios morales, a la suma que en pesos corresponda a 1.000 gramos de oro, para cada uno; por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, lo que resultara de aplicar las fórmulas utilizadas por la jurisprudencia, en la modalidad de daño emergente futuro el valor de una prótesis y los servicios de siquiatria; por perjuicios fisiológicos el equivalente a 4.000 gramos oro para el lesionado.

Como fundamento de sus pretensiones narraron que en la fecha y municipio citados, Antonio José Vigoya Giraldo, se encontraba prestando el servicio miliar

en la base La Marconio, Repetidora de Yarumal, y como quiera que se trataba de una “zona roja”, sus alrededores fueron minados por las tropas.

El día de los hechos, el soldado Vigoya Giraldo solicitó permiso para ir a la letrina, y cuando se dirigió a la misma hizo contacto con una mina, lo que le ocasionó heridas de gravedad, perdiendo su pierna derecha.

2. La demanda fue admitida, en auto del 28 de abril de 1994, y notificada en debida forma.

La entidad demandada, manifestó que los hechos debían ser probados y solicitó la práctica de pruebas.

3. Concluida la etapa probatoria, iniciada por auto del 21 de enero de 1998, y fracasada la conciliación, se dio traslado para alegar. El actor y el Ministerio Público guardaron silencio.

El Ministerio de Defensa, adujo que se encontraba acreditada la culpa exclusiva de la víctima, ya que el soldado Vigoya tenía conocimiento de que el área se encontraba minada por tratarse de una zona roja, de allí que el daño se produjo al exponerse imprudentemente al mismo, y que él tenía el entrenamiento necesario para desenvolverse en zonas de orden público.

II. Sentencia de primera instancia

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda, al considerar que Antonio José Vigoya fue sometido a un riesgo inherente a la actividad que desempeñaba, pues estaba advertido de la existencia de las minas alrededor de la base militar.

Consideró, asimismo, que el personal que se incorpora al Ejército Nacional con el fin de prestar sus servicios a dicha institución, adquiere una relación de carácter laboral, y como asumen grandes riesgos gozan de una legislación especial, denominada indemnización a for fait.

III. Recurso de apelación

1. La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia, el que le fue concedido el 14 de julio de 2000, y admitido el 2 de noviembre del mismo año.

2. La parte demandante, en la sustentación del recurso, indicó que los riesgos a los que se sometió al soldado Vigoya Giraldo, no fueron inherentes al servicio prestado, por el contrario, rebasaron los riesgos propios del servicio militar obligatorio, toda vez que el hecho de colocar minas en los alrededores del campamento, implicaba la obligación de imponer adecuadas medidas de seguridad y de alerta frente a los conscriptos.

Adujó, que la entidad no probó que se hubiere dado el entrenamiento necesario al soldado Antonio Vigoya, en el manejo de los elementos de dotación oficial, y que en consecuencia no se le podía someter a contingencias superiores a las que normalmente debía asumir.

Señaló, igualmente, que en relación con los conscriptos existe una obligación de resultado, en el sentido de devolver al militar en las mismas condiciones de salud que tenía al momento de su incorporación al estamento castrense.

Por último, afirmó, que el daño se produjo con un arma de dotación oficial, ya que fue el propio Ejército Nacional quien colocó las minas en los alrededores del campamento.

3. Durante el traslado para presentar alegatos de conclusión, la demandada guardó silencio, la parte actora, reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

El Ministerio Público, solicitó se confirmara la sentencia apelada, pero con fundamento en que el soldado Vigoya Giraldo, se expuso de forma imprudente al daño, ya que era de su conocimiento la existencia del campo minado; concluyó que se presentó la culpa exclusiva de la víctima.

De otro lado, conceptuó también, que no se podía exigir que se señalizara el lugar en el que se colocaban las minas por cuanto con ello se advertiría también al enemigo y no se cumpliría con el objetivo de su instalación, esto es, como medio de defensa.

IV. Consideraciones:

1. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 14 de abril de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el caso *sub examine*.

2. Con fundamento en las pruebas practicadas en el proceso, se tiene lo siguiente:

2.1. Antonio Jose Vigoya Giraldo, ingresó a prestar el servicio militar como soldado regular el 2 de mayo de 1991 y fue dado de baja por incapacidad absoluta y permanente (fl. 60 cdno. No. 1).

2.2. De conformidad con la certificación expedida por el Jefe de Personal de la Primera División, Cuarta Brigada, Batallón de Infantería No. 10 Girardot, para el 13 de enero de 1992, el soldado Antonio Vigoya Giraldo era orgánico de esa unidad (fl. 50 cdno. No. 1).

2.3. En el informe de accidente, rendido al Teniente Coronel por el Sargento Viceprimero Luis Orozco García, se indicó la forma como sucedieron los hechos, así:

“01.- Siendo aproximadamente las 8:00 de la mañana hora en la cual se forma para verificar el material de guerra y se hizo (sic) el pabellón nacional, al verificar el parte de armamento resultó faltar un fusil y al encontrar esta novedad di la orden de que se buscara en los alrededores de la base hasta que este apareciera porque no se podía dejar perdido y que mientras éste no apareciera no dejaba salir a nadie de la Base a ninguna parte.

“02.- Siendo aproximadamente las 09:15 horas de la mañana me encontraba en la sección de comunicaciones de la repetidora; el soldado Vigoya Giraldo Antonio Jose, me pidió permiso para dirigirse a la letrina a realizar una necesidad fisiológica y yo le conteste vaya; al mismo tiempo me dijo que por hay (sic) derecho miraría haber si de pronto lo podía ver por hay (sic) yo le contesté que mirara pero con mucho cuidado ya que como era de conocimiento este lugar tenía minas antipersonales, a lo cual el siguió (sic) omiso a la advertencia que le hice siguió el destino que tenía, 15 minutos más tarde se escuchó una explosión por el lugar; el pelotón inmediatamente reaccionó tomando el dispositivo de contra ataque a las instalaciones de la repetidora. En estos momentos gritó el centinela de la letrina, que el soldado Vigoya se había volado un pie; en estos momentos el Sargento Segundo Pino Salazar Balmos, quien se encontraba a cargo de la seguridad de este sector se dirigió en forma inmediata al lugar de la explosión

encontrando al soldado Vigoya tirado fuera del lugar autorizado ya que era de conocimiento de todo el personal de la Base, que por todos los alrededores de la Base se encontraba campo minado por MINAS ANTIPERSONA DE NOMBRE SOPRO” (fl. 54 y 54 vto. Cdno. No. 1).

2.4. Por su parte, el Comandante en el informe administrativo por lesiones, consignó lo siguiente:

“CONCEPTO COMANDANTE DE LA UNIDAD

“El día 13 de enero de 1992 a las 9:15 horas en la base militar las Marconio “REPETIDORA DE YARUMAL” el soldado VIGOYA GIRALDO ANTONIO CC.18.465.796 se le dio una orden de salir a buscar un fusil que se encontraba perdido fue cuando el mencionado, pisó una mina ANTIPERSONAL DE NOMBRE “SOPRO” causándose herida (sic) pie derecho el cual fue remitido al hospital de Yarumal y posteriormente al hospital militar.” (fl. 52 cdno. No. 1).

2.5. El acta de Junta Médica Laboral No. 896 de 19 de agosto de 1992, concluyó:

“A. Diagnóstico positivo de las lesiones o afecciones.

“1o. Herida arma explosiva miembro inferior derecho que deja como secuelas: a) Amputación pierna derecha con conservación de la rodilla.

“B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad sicofísica para el servicio: Le determina incapacidad absoluta y permanente. No apto.

“C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral: Le produce una disminución de la capacidad laboral del NOVENTA Y CINCO POR CIENTO (95%).” (fl. 64 cdno. No. 1).

3. En consecuencia, se encuentra acreditado que Antonio Jose Vigoya Giraldo, se encontraba prestando el servicio militar obligatorio como soldado regular en el Ejército Nacional, y que en cumplimiento del mismo sufrió un accidente que le ocasionó la pérdida de su extremidad inferior derecha y del 95% de su capacidad laboral.

4. En preciso señalar, que la Sala ha entendido que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal del militar profesional, es un riesgo propio del servicio que prestan en cumplimiento de operaciones o misiones castrenses. Al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos

riesgos, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del afectado a un riesgo mayor respecto al de sus demás compañeros, con quienes desarrolle la misión encomendada, o que se le ponga en situación de desigualdad ante aquéllos y en relación al servicio mismo.

Sin embargo, dicha tesis no es de aplicación al presente caso, como erróneamente lo interpretó el *a quo*, toda vez, que el soldado Antonio Jose Vigoya Giraldo no se encontraba vinculado con el Ejército Nacional como profesional, sino en condición de conscripto, por estar prestando el servicio militar obligatorio como soldado regular.

En efecto, de conformidad con el artículo 13 de la ley 48 de 1993, las modalidades en las que se presta el servicio militar obligatorio son las siguientes:

- “a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses.
- b. Como soldado bachiller, durante 12 meses.
- c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.
- d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.”

El decreto 2048 de 1993, por medio del cual se reglamentó la ley 48 de 1993 sobre el servicio de reclutamiento y movilización, establece las modalidades así:

“Artículo 8o. El servicio militar obligatorio podrá prestarse en el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional, en las siguientes formas y modalidades.

- a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;
 - b) Como soldado bachiller, durante 12 meses;
 - c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;
 - d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses, la calidad de campesino la determinará el Comandante de la Unidad Táctica correspondiente.
- (...)”

En ese sentido, la Sala ha considerado:

“En primer término, estima la Sala necesario precisar la diferencia entre la clase de vínculo que se crea para el Estado frente al soldado conscripto y en relación con el soldado voluntario o profesional; en el primero (soldado conscripto) el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia y de las instituciones públicas, el cual no detenta carácter laboral alguno, en tanto que en el segundo (soldado profesional) el vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral.

Por lo tanto, a diferencia del soldado profesional, que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado conscripto se ve impelido a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado. Así pues, el conscripto no goza de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a los cuales se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan solo le reconoce algunas “prestaciones”, las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco se asimilan al régimen *a for fait* previsto por la ley para el soldado profesional”¹

5. Aclarado lo anterior, y constada la existencia del daño antijurídico, la Sala aborda el análisis de imputación dirigido a establecer si aquél deviene atribuible a la administración pública o, si por el contrario, como lo indicaron la parte demandada y el Ministerio Público, se originó en la culpa de la víctima.

En efecto, en relación con los títulos de imputación aplicables a los daños causados a soldados conscriptos, la Sala ha avalado que éstos sean, en primer orden, los de naturaleza objetiva - el daño especial o el riesgo excepcional-, y de otro lado, el de la falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección, puntualizó²:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 17.187, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, Exp. 18.725. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas³; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos⁴; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

“...demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”⁵.

En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares

³ En sentencia de 10 de agosto de 2005, exp: 16.205.C.P.: María Elena Giraldo Gómez, la Sala al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridos por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de realizar un registro de área en horas de la noche, al saltar un caño se cayó y golpeó contra una piedra, consideró: “...la causación de los daños material, moral y a la vida de relación tienen sustento, en este proceso, en el actuar de la Administración de sometimiento del soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, cuando en el cumplimiento de la misión conferida a él por el Comandante del Escuadrón B de Contraguerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho”.

⁴ En sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 15.445, M.P.: María Elena Giraldo Gómez, dijo la Sala: “En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia ha aplicado varios títulos jurídicos de imputación en relación a los conscriptos. Generalmente se acude al de daño especial cuando el “daño” tiene su causa en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Sin embargo cuando la causa de los daños se origina en otro tipo de hechos, según estos debe aplicarse el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y el de riesgo cuando los conscriptos sufren daños con causa y por razón del servicio que provienen o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos...Ha partido de la regulación legal especial contemplada para la Fuerza Pública y en especial para los conscriptos, y ha concluido que cuando las pruebas son indicadoras de que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos no se requiere realizar valoración subjetiva de conducta del demandado; que sólo es necesario demostrar: el ejercicio por parte del Estado de una actividad de riesgo en desarrollo del servicio militar prestado -o por su destinación o por su estructura-; el daño antijurídico; y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre ese riesgo y el daño causado al conscripto; y que el demandado sólo se exonera por causa extraña, es decir por el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y fuerza mayor”.

⁵ Expediente 11.401, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

(conscriptos), en la medida que su voluntad se ve doblegada por el *imperium* del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto, a la imposición de una carga o un deber público, es claro que la organización estatal debe responder bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tengan la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al que normalmente estarían sometidos, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

Como se aprecia, en relación con los conscriptos, el principio *iura novit curia*, reviste una característica especial, ya que el juez debe verificar si el daño antijurídico resulta atribuible al Estado, con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación que se vienen de enunciar. No debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga la obligación de prestar el servicio militar, deber garantizar la integridad psicofísica del soldado pues se encuentra sometido a su custodia y cuidado, además que, por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que en términos de imputabilidad deriva en que debe responder por los daños que le sean irrogados en virtud de la ejecución de la carga pública.

Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, entra en una relación de especial sujeción⁶ que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

Ahora bien, en cada caso concreto en que se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, de manera específica al poner al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio.

No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que éstos sean considerados como no atribuibles –por

⁶ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 19849. C.P. Enrique Gil Botero.

acción u omisión— a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del mismo, circunstancia por la cual no le es imputable ni fáctica ni jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero el resultado puede tener una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, toda vez que también podría serle atribuible jurídicamente.

No quiere significar lo señalado que en este tipo de situaciones, no opere la causa extraña en sus diversas modalidades como eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, sólo que, como se ha venido indicando, tal acreditación debe hacerse a través de la demostración de que en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, como lo ha aceptado la doctrina, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad.

Al respecto, la Sala ha expuesto:

“Sobre el particular, debe advertirse que los propios hermanos Mazeaud rectificaron la doctrina que sobre el particular habían trazado en su obra “Lecciones de Derecho Civil” (1960), cuando en su tratado de “Responsabilidad Civil” (1963), en relación con la materia objeto de análisis manifestaron:

“1462. ¿Debe ser imprevisible e irresistible el hecho de la víctima? - La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta. No cabría obligar al demandado, según se dice, a precaverse contra los hechos de la víctima, como no cabe obligarse a que se prevenga en contra de los acontecimientos naturales.”(...)”⁷ (Negrillas de la Sala).

⁷ MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil”, Tomo Segundo, Volumen II, Ed. Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, Pág. 40.

“Pero la doctrina y la jurisprudencia discuten sobre la necesidad de que ese hecho exclusivo de la víctima sea imprevisible e irresistible. Los Mazeaud sostienen que la “imprevisibilidad y la irresistibilidad no son necesarias al hecho exclusivo de la víctima, para que este exonere de responsabilidad.” TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Ed. Legis, Tomo II, Pág. 61.

“Lo anterior no quiere significar en modo alguno, que el hecho de la víctima en ocasiones pueda ser total o parcial, en cuanto se refiere a la materialización del resultado dañoso, motivo por el cual será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

“Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño.

“El principio de confianza conlleva implícito la tranquilidad que tienen las personas que integran la sociedad, de que el Estado prestará adecuadamente sus servicios públicos, por lo que, no cualquier tipo de participación de la víctima, en una actividad riesgosa, reviste la estatus necesario para excluir la responsabilidad de la administración.

“En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

“Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis.”⁸

6. Si bien, en el *sub judice*, no es aplicable la "Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción", pues el hecho ocurrió el 13 de enero de 1992, y la ley que la aprobó es la 554 de 2000, sirve como guía de la conducta que la fuerza pública debió asumir en el sitio del minado; el ordinal segundo del artículo quinto de esa

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de agosto de 2008, Exp. 17.042, M.P.: Enrique Gil Botero.

convención establece:

“2. Cada Estado Parte se esforzará en identificar todas las zonas bajo su jurisdicción o control donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal, y adoptará todas las medidas necesarias, tan pronto como sea posible, para que todas las minas antipersonal en zonas minadas bajo su jurisdicción o control tengan el perímetro marcado, estén vigiladas y protegidas por cercas u otros medios para asegurar la eficaz exclusión de civiles, hasta que todas las minas antipersonal contenidas en dichas zonas hayan sido destruidas. La señalización deberá ajustarse, como mínimo, a las normas fijadas en el *Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos*, enmendado el 3 de mayo de 1996 y anexo a la *Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados*”.

En efecto, según lo indicado en los informes del accidente sufrido por el soldado Antonio Vigoya, la base se encontraba cercada con minas antipersonales sopro, y conforme a lo expresado por la parte demandada en los alegatos de conclusión de primera instancia, ello obedeció a una medida de seguridad, es decir, que fue el propio Ejército quien sembró las minas, de allí que una forma mínima de protección, para la propia tropa y más para los soldados conscriptos, era la demarcación de la zona.

En el presente caso, quien debía realizar esa demarcación era el Ejército, protegiendo así la vida e integridad de todos los militares, como quiera que no resulta lógico que una trampa mortal destinada al enemigo, tenga las mismas consecuencias nefastas para sus propios hombres, por ello se debía establecer una señal que identificaran y que garantizara su seguridad, cuando ellos tuvieran que acercarse a esa zona, la cual por demás rodeaba toda la base, es por esto que se configuró una omisión de su parte, imputable a título de falla del servicio.

Por lo expuesto, es que no se puede hablar de culpa exclusiva de la víctima, toda vez que si bien es cierto, los miembros del Ejército tenían conocimiento de que el área estaba minada sin la debida demarcación, por más precauciones que tomaran les resultaba imposible precisar si se estaba pisando o no una mina antipersonal.

En esas condiciones, para la Sala, en el caso sub examine, el daño antijurídico es imputable a la demandada a título de falla del servicio, ya que en el proceso se encuentra probado el comportamiento negligente de la entidad frente a la obligación de protección y seguridad que debía brindar al personal militar, más aún si se trataba de un soldado conscripto, cuya voluntad se encuentra sometida por la administración pública, y que, por lo tanto, no tiene una libre elección en la prestación o no del deber impuesto.

Por último, se tiene que la causa extraña consistente en la culpa de la víctima, no se encuentra acreditada, toda vez que el daño no se hubiera producido de haberse instalado la señalización o respectiva advertencia al propio personal militar a través de signos internos que sólo ellos conocieran.

Como corolario, la Sala revocará la providencia recurrida, para, en su lugar, decretar la indemnización de perjuicios a que haya lugar de conformidad con el petitum de la demanda.

7. En lo que concierne a la indemnización de perjuicios, se tiene que Antonio José Vigoya Giraldo, es hijo de María Lucero Giraldo de Vigoya y José Augusto Vigoya; hermano de Juan Manuel, Sandra Clemencia y Viviana Vigoya Giraldo, según dan cuenta las copias auténticas de los registros civiles de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, Valle y Única de Quimbaya, Quindío (fls. 4, 6 a 8 cdno. No. 1).

7.1. Así las cosas, la prueba de la lesión es suficiente para establecer el daño moral del lesionado, de otro lado, la prueba de la relación de consanguinidad permite inferir la existencia de afecto y unión entre la víctima y sus padres y hermanos. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de alguno de los miembros de la familia afecta a los demás, en lo que concierne al perjuicio moral.

Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los demandantes, con motivo de las lesiones de su familiar, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

Las reglas del común acontecer, y la práctica científica han determinado de

manera general, que cuando se está ante un atentado contra la integridad física o psíquica de un ser querido, se siente aflicción.

En consecuencia, como la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes con las lesiones de su pariente (hijo y hermano) en primer y segundo grado de consanguinidad, de acuerdo con los certificados de los registros civiles allegados al proceso, se da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama “inferencias”; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógica-deductiva, participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas.

En consecuencia, conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁹.

En cuanto a la presunción del perjuicio moral de los familiares en los casos de lesionados, en sentencia de 18 de marzo de 2004, se señaló:

“Una situación distinta se presenta cuando tratándose del daño moral derivado de la muerte o lesionamiento grave de un ser querido, la jurisprudencia ha deducido judicialmente éste, de la simple prueba del estado civil - junto con la demostración de la muerte o lesión grave -, tratándose de vínculos de consanguinidad cercanos como los existentes entre padres, hijos, hermanos y abuelos, sin que sea necesario demostrar el padecimiento o dolor moral sufrido. Evento en el cual, la legitimación material en la causa del demandante, podrá aducirse a través de la prueba del estado civil (tratándose de parientes cercanos), junto con la prueba de la muerte o lesión grave del pariente cercano, ya que el juez a partir de estos hechos **infiere**

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

el dolor; de lo contrario deberá demostrarse el padecimiento moral sufrido con motivo del hecho dañoso¹⁰. En relación con el daño moral sobre lesiones personales la Sala ha distinguido con fines probatorios las graves de las leves.¹¹

En cuanto a las lesiones graves y respecto a la víctima directa ha indicado que con la demostración de la gravedad de la lesión se deduce la existencia del dolor moral; y en lo que atañe con las víctimas indirectas ha estimado que sufren dolor moral cuando además de demostrar la gravedad de la lesión del lesionado también prueban su condición o de pariente o de persona cercana, hechos que debidamente probados son indicadores de su padecimiento moral. **En lo que concierne con las lesiones leves y respecto a la víctima directa** ha estimado que la prueba de la lesión es suficiente para deducir el impacto moral; pero respecto a la víctimas indirectas - trátase de parientes o de damnificados - es necesario demostrar a) la lesión leve, b) el parentesco o la condición de damnificado y c) el dolor o padecimiento moral¹². (Subrayado y negrilla del texto)

Sin embargo, la Sala ha recogido la anterior tesis jurisprudencial¹³, en el sentido de precisar que para presumir el perjuicio moral de los familiares inmediatos del lesionado, no es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones. En efecto, independientemente de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear como la que impera en la sociedad colombiana, no resulta equitativo que ese padecimiento moral, su prueba y reconocimiento se condicione al resultado material del daño en cuanto a su mensurabilidad.

Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar.

¹⁰Sentencia proferida el día 17 de mayo de 2001. Exp. 12.956. Actor: Hernando Palacios Aroca y otros.

¹¹ Pueden consultarse las sentencias dictadas los días: 28 de octubre de 1999 (Exp.12.384. Actor: Luis Eudoro Jojoa Jojoa); 23 de marzo de 2000 (Exp 12.814; demandante: Harold Gómez González y otros. Demandado: INPEC); 17 de agosto de 2000 (Exp 12802; Demandante: Lucila Méndez y otros. Demandado: INPEC); 14 de septiembre de 2000 (Exp 12.166; Actor: Eduardo López Piedrahita y otros. Demandado: ICBF); 8 de noviembre de 2001 (Exp. 13.007; Actor: Orlando Miguel Bermúdez Torres y otros; Demandado: Municipio de Maicao); 27 de noviembre de 2002 (Actor: Vidal Lemus Layton y Otros; Exp 13.874).

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. No. 14.003, M.P: María Elena Giraldo Gómez.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente: 17.486, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio; también en sentencia de 18 de marzo de 2010, expediente: 18.569, C.P.: Enrique Gil Botero.

En ese orden de ideas, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2011 y se condenará, a la demandada a pagar, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales para el lesionado Antonio José Vigoya Giraldo y para cada uno de los padres y 50 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los hermanos.

7.2. En cuanto al daño emergente consolidado se tiene que no fue solicitado en la demanda, motivo por el cual la Sala se abstiene de hacer consideración alguna, frente a este aspecto.

En lo que respecta al daño emergente futuro, El Ministerio de Defensa, Ejército Nacional deberá proporcionarle a Antonio José Vigoya Giraldo lo necesario para su rehabilitación, esto es, servicio médico de ortopedia, rehabilitación, psicología y psiquiatría; asimismo, el número de terapias físicas que sean necesarias, la prótesis adecuada para la pierna derecha y la renovación de la misma por el desgaste que presente.

7.3 Frente al lucro cesante, de conformidad con las reglas de la sana crítica que enseñan que una persona laboralmente activa, no podría devengar menos del salario mínimo, para lo cual se tomará el vigente para el presente año (\$535.600) por razones de equidad, toda vez que, el valor del salario mínimo, vigente para la fecha de los hechos correspondía a la suma de \$65.190, el que actualizado equivale a \$476.761, es decir, inferior al vigente para el año 2011.

Al salario base de liquidación, de conformidad con la posición de la Sala¹⁴, se le debe aumentar un 25%, por concepto de prestaciones sociales, en atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas; ya que el lesionado perdió el 95% de la capacidad laboral, se tomará el valor total, quedando como salario base de liquidación la suma de \$669.500.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, Exp. No. 16.058 (acumulado 21.112), C.P. Enrique Gil Botero y sentencia de 11 de noviembre de 2009, Exp. No. 18.849, C.P. Enrique Gil Botero.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$669.500

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (13 de enero de 1992) hasta la fecha de esta sentencia (mayo de 2011), esto es, 232 meses

$$S = \$669.500 \frac{(1 + 0.004867)^{232} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$286'748.478$$

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$669.500

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de esta sentencia (mayo de 2011) hasta la fecha de vida probable de Antonio José Vigoya Giraldo, menos el lucro cesante consolidado, esto es, 364.64 meses.

$$S = \$669.500 \frac{(1 + 0.004867)^{364.64} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{364.64}}$$

$$S = \$114'137.549$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante equivale a \$400'886.028

7.4. En relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, la Sala considera necesario recoger la denominación “alteración a las condiciones de existencia”, para avanzar en el estudio de esta clase de daños.

En efecto, el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud –comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico– como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica.

Así las cosas, yerra el a quo al señalar que el daño a la vida de relación está integrado por: i) el perjuicio fisiológico, ii) el daño a la vida de relación sexual, iii) el daño a la vida de relación social, iv) el daño a la vida de relación familiar y v) el daño estético.

El problema de asimilar la tipología del daño a compartimentos abiertos en los que se pueden llenar o volcar una serie de bienes o intereses legítimos genera problemas en sede de la reparación integral del daño y los principios de igualdad y dignidad humana que deben orientar el resarcimiento de aquél. En efecto, con la implementación en Colombia de los conceptos de “daño a la vida de relación” de raigambre Italiano y la “alteración a las condiciones de existencia” de estirpe Francés, se permitió que se implementaran en nuestro ordenamiento jurídico unos tipos de daños abiertos que en su aplicación pueden desencadenar vulneraciones al principio de igualdad material.

Entonces, resulta necesario que se sistematice la indemnización del perjuicio inmaterial en Colombia para determinar cuáles son los perjuicios inmateriales resarcibles –diferentes al daño moral–, pues con la tipología vigente no se define con claridad: i) si se indemniza el daño por 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, que 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, toda vez que frente a una misma lesión podría eventualmente declararse una idéntica o similar reparación.

Así las cosas, con la aserción contenida en la sentencia de primera instancia según la cual el “perjuicio fisiológico” debe entenderse incluido en “el daño a la vida de relación” o la “alteración de las condiciones de existencia” –nombre acogido de manera reciente en algunas providencias para denominar el daño a la vida de relación pero con idéntico contenido y alcance– genera una mayor problemática en el manejo de la tipología del perjuicio inmaterial, pues no es adecuado entender que el perjuicio fisiológico, daño biológico o a la salud es una expresión de la mencionada categoría. Asimilar el daño a la salud o perjuicio fisiológico como una expresión del daño a la vida de relación, entroniza la entropía en materia de ontología jurídica, cuando no se distingue que el daño a la vida de relación y la alteración de las condiciones de existencia no son ni perjuicio moral, ni fisiológico, sino entidades con autonomía que no amparan o protegen la órbita interna o afectiva de la persona, como tampoco su integridad psicofísica o derecho a la salud, sino otra gama de intereses legítimos que son relevantes para la responsabilidad.

En efecto, es forzoso regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que es el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en varias providencias que han sido proferidas desde el año 2007¹⁵, ha reconocido que el *perjuicio fisiológico*, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las *alteraciones a las condiciones de existencia*.

El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007¹⁶, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de

¹⁵ Sobre la referida problemática, se pueden consultar los siguientes documentos: aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁶ Sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 18 de octubre de 2007, exp. AG-029.

existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el *daño a la vida de relación* adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de *alteración a las condiciones de existencia*, circunstancia que no es precisa.

En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima.

Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas.

La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991 diseñara y adoptara en el artículo 90 de la Carta Política, un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal.

En efecto, así se anticipó la Corte Suprema de Justicia durante el período de la corte de oro, cuando reflexionó en los siguientes términos:

“Ya el ilustre expositor Giorgi apuntaba lo siguiente en alguno de los primeros años de este siglo: “El mundo marcha, y la ley del progreso, que todo lo mueve, no puede detenerse cristalizando la

ciencia. El resarcimiento de los daños, es entre todos los temas jurídicos, el que siente más que otro alguno la influencia de la conciencia popular y debe proporcionarse a las necesidades morales y económicas de la convivencia social. La doctrina, pues, del resarcimiento debe ajustarse a ella siguiendo sus progresos...

“Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos años, tiende a ampliar aun más el concepto fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la complejidad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño...”¹⁷

Desde esa perspectiva, es claro que el derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole que han significado que se ajuste a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad. De otro lado, lo que podría denominarse como la “constitucionalización del derecho de daños”, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil.

En consecuencia, la cuantificación del daño en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico interno, obedece al criterio de la *restitutio in integrum* cuyo objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer, lo cual encuentra su fundamento y límite, se itera, en dos principios generales del derecho que además tienen soporte normativo: la reparación integral del daño (art. 16 ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) y el enriquecimiento injusto (art. 8 ley 153 de 1887); por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho¹⁸.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de febrero de 1938, G.J. No.1932, pág. 58.

¹⁸ “En otras palabras, el juez, al considerar como de recibo una demanda resarcitoria, puede dar cabida dentro de los intereses sociales dignos de tutela a un cierto comportamiento, una expresión, un anhelo, de un individuo o de un grupo, que antes no la tenía, con lo que establece o fija un límite para la sociedad; este límite también se establece, como es obvio, en el caso contrario, es decir, cuando el juez niega la inclusión de un interés discutido, en la escala de los valores sociales.” CORTÉS, Edgar “Responsabilidad Civil y daños a la persona – El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 13.

Ahora bien, la reparación del daño material o patrimonial no ha sido un aspecto problemático sobre el que se presenten mayores dificultades en cuanto a la determinación y cuantificación por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera; sin embargo, no ocurre igual con el perjuicio inmaterial o no patrimonial, puesto que uno de los grandes problemas actuales de la responsabilidad extracontractual –civil y del Estado– consiste en el diseño del sistema idóneo de reparación del mismo, que no sirva como fuente de enriquecimiento injustificado. La adopción de una teoría estructurada en esta materia, garantiza que se satisfagan verdaderos parámetros de igualdad, en donde para las circunstancias iguales se decreten medidas exactas o similares¹⁹.

Definido lo anterior, es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo que se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que él produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos?

Como se observa, existe toda una serie de cuestionamientos que el juez debe formularse, con el fin de establecer una posición en la materia, lo que implica, a todas luces, un ejercicio hermenéutico e interpretativo a partir del análisis de las normas constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado, para con fundamento en ello, arribar a las conclusiones que consulten los parámetros efectivos de justicia material, en lo que concierne a la reparación integral.

En nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), así como

¹⁹ “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, Edgar Ob. Cit. Pág. 15.

los inmateriales, género éste en el que se han decretado condenas por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, categoría esta última en la que desde que fue reconocida por primera vez en 1993, ha sido denominada de diversas formas, en ocasiones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de existencia”, pero con un sustrato idéntico, esto es, la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones del sujeto con su entorno.

En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 1993, la Sección Tercera puntualizó lo siguiente:

“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 irremediabiles 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...”

Con posterioridad, en sentencia del 25 de septiembre de 1997, se precisó al respecto lo que se transcribe a continuación²⁰:

“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 italiano²¹.

“La jurisprudencia francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la resolución No. 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”.²²

“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

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 10.421, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

²¹ Algunos autores han sugerido llamar a este perjuicio *préjudice de désagrément*, perjuicio por desagrado. Cfr. Yvez Chartier, citado por Javier Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil, T. II, de los perjuicios y su indemnización. Bogotá, Ed. Temis, 1986, pág. 147.

²² Max Le Roy. L'évaluation du préjudice corporel. Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1989. p. 66.

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.²³

“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 *Schmerzgeld*) 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”²⁴, 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”.

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*²⁵:

“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

²³ Ibidem, p. 67.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, exp. 11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

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.²⁶ 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 artículo 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 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.

²⁶ NAVIA ARROYO, Felipe. 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 sólo 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.

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”.²⁷

“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 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.”²⁸

“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.

²⁷ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, expediente 11.652. Actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros. M.P. Daniel Suárez Hernández.

²⁸ Ibid. p.p. 252 a 263.

“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).

Por último, en recientes pronunciamientos²⁹ 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 sólo 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 transcrita.

En efecto, en sentencia 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 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”*.³⁰

“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

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, 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.

³⁰ Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 2003, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083), Actor: JORGE ENRIQUE RENGIFO LOZANO Y OTROS, Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

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 1° 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”*³¹.

“Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d’existence*³² pueden entenderse como *“una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”*³³ o *“las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”*³⁴.

³¹ Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98.

³² Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 78.

³³ Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 252.

³⁴ Paillet Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá,

“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.”³⁵ (negrillas y cursivas del original -subrayado adicional).

Por último, en reciente providencia del 4 de mayo de 2011, esta Sección discurrió de la siguiente forma³⁶:

“(…) 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 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.

2001, o. 278.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2011, exp. 17396, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

“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.” (Negrillas adicionales).

Como se aprecia, 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 señala 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.

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 supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto –daño evento– (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación).

Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia –entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o

similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula—, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material —es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables—. En consecuencia, esa naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc.

No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado algunos inconvenientes que se pretenden aclarar con los contenidos desarrollados y expuestos en esta providencia.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que se presentó una variación en la sistematización del perjuicio inmaterial diferente al moral, a partir de una lectura que asimiló el daño biológico, fisiológico o a la salud con el *préjudice d'agrément* (daño de placer o de agrado), reconocido en el derecho francés, relacionado con la pérdida del placer o del disfrute que, en ocasiones, se deriva de la producción de un determinado daño, al no poder realizar las actividades (deportes, trabajos, hobbies, etc.) a las que estaba acostumbrado el sujeto.

Ahora, con el criterio adoptado en el año 2007, la confusión relacionada con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto “daño a la vida de relación”, se mutó su nombre, para designarlo como “la alteración a las condiciones de existencia” (*des troubles dans les conditions d'existence*), lo cual no es apropiado, puesto que este último corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación), y que se refiere a la modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida que cada persona tiene trazado³⁷.

³⁷ “Se ve cómo se introduce una nueva categoría de daño que llama perjuicio fisiológico o perjuicio a la vida de relación, que trata como sinónimos, desconociendo el significado que tales categorías tiene en los sistemas de origen. Y al momento de liquidar el daño, al que le reconoce un carácter satisfactorio, vuelve en confusión al decir que, “habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de... con cuya rentabilidad la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla sin sofisticaciones”. Habiendo deslindado en precedencia el daño fisiológico del daño patrimonial, al

Como se aprecia, el daño a la salud³⁸ –denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico–, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.

En efecto, la citada superposición de conceptos se desprende de manera palmaria en una sentencia proferida el 3 de julio de 1992³⁹, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, confirmada por el Consejo de Estado el 1º de julio de 1993⁴⁰, proveído en el que el tribunal *a quo* puntualizó lo siguiente:

“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...

momento de la liquidación los mezcla con la consideración que hace del trabajo de la víctima y con la necesidad que ella tiene de una silla de ruedas y de un acompañante. El daño que se había propuesto se desdibuja así, al momento de la liquidación.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 255.

³⁸ “...la ciencia jurídica que le dio entrada al concepto de daño biológico prefiere hoy utilizar la expresión “daño a la salud”, concepto jurídico (y no médico) con un alcance más amplio, pues mientras que el daño biológico se refiere a aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, el daño a la salud, además de referirse a ellos, tiene que ver con las manifestaciones generales del bien “salud” como bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 21 y 22. Consultar igualmente: BUSNELLI, Francesco Donato, “Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente” Torino, 2001, pág. 3 y s.s.

³⁹ Tribunal Administrativo de Antioquia, sentencia del 3 de julio de 1992, exp. 25878, M.P. Humberto Cárdenas.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de julio de 1993, exp. 7772.

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 (paraplejia) 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.”

Como se aprecia, el equívoco en la determinación del contenido y alcance del perjuicio a la salud (fisiológico o biológico), operó en una trasposición jurídica del derecho francés e italiano al ámbito nacional, pero se dejó de lado que en el primero de los países mencionados se ha reconocido, dependiendo el caso concreto, de una multiplicidad de daños que pretenden cubrir las esferas del individuo afectadas con el mismo (v.gr. daño estético, daño sexual, alteración a las condiciones de existencia, perjuicio de agrado, entre otros), mientras que en el segundo, dada la redacción rígida del artículo 2059 del Código Civil de ese país⁴¹, el propósito de la doctrina y jurisprudencia recayó en la forma de abrir nuevas perspectivas y hermenéuticas que permitieran ir más allá del simple reconocimiento del daño moral en cuanto se refiere al resarcimiento del daño no patrimonial. Como se aprecia, los conceptos de perjuicio de agrado (*préjudice d'agrément*), frente al perjuicio corporal (*dommage corporel*) si bien parecieran tener puntos de encuentro y semejanzas, lo cierto es que el primero cubre una esfera interna del individuo, mientras que el segundo está estructurado sobre la necesidad de resarcir la órbita de la salud del ser humano, entendida esta última, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.”⁴²

Así las cosas, los sistemas jurídicos francés e italiano se encuentran en dos polos diametralmente opuestos en cuanto a la tipología del perjuicio inmaterial se refiere, puesto que el primero ha permitido –dado el esquema normativo abierto del código civil– la formulación de diversas categorías de daños y perjuicios que pretenden resarcir las diversas afectaciones que produce un daño en la órbita interna y

⁴¹ “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.”

⁴² www.who.int/en/

externa de un sujeto; *contrario sensu*, el segundo ha tenido que enfrentar un sistema legal rígido o cerrado que limita el reconocimiento de perjuicios inmateriales, razón por la cual ha correspondido a las jurisdicciones constitucional y ordinaria ampliar el contenido y alcance de ese sistema indemnizatorio.

Así se desprende de la misma jurisprudencia Italiana –supuestamente a partir de la cual se adoptó el concepto de daño a la vida de relación–, en la que se hace una clara diferencia entre el perjuicio biológico (fisiológico), el daño moral, y el daño existencial. Sobre el particular, vale la pena destacar la sentencia del 19 de diciembre de 2007, proferida por la Corte Suprema de Casación de ese país, en la que se puntualizó:

“(...) 3) La categoría del daño no patrimonial se articula a su vez en un subsistema compuesto del daño biológico en estricto sentido, del daño existencial, y del daño moral subjetivo.

“4) El daño biológico y el daño existencial tienen una morfología homogénea, entrañan internamente una lesión de carácter constitucional, la primera referida a la salud, y la segunda constituida por “valores/intereses constitucionalmente protegidos...”⁴³.

Ahora bien, en uno u otro sistema la preocupación ha sido común y consiste en determinar o establecer “justos medios” que, como lo ha sostenido el reconocido profesor italiano Francesco Busnelli, sirvan de diques de tal forma que no se limite el reconocimiento de perjuicios inmateriales a los de contenido moral, pero tampoco se genere un abanico de perjuicios que distorsione el derecho de daños y que pueda afectar los principios de reparación integral y de prohibición de enriquecimiento sin causa.

Esa expectativa no ha sido ajena en nuestro derecho vernáculo, razón por la cual se han trazado en diferentes etapas de la jurisprudencia contencioso administrativa y ordinaria - civil, diferentes tipos o categorías de daños que permitan reconocer las afectaciones que se producen a causa de la concreción de un daño antijurídico.

⁴³ Cf. Corte de Casación Italiana, sentencia del 19 de diciembre de 2007, No. 4712. (Traducción libre). Ver igualmente, las sentencias de 31 de mayo de 2003, números 8827 y 8828 de la Sala Civil de la Corte de Casación Italiana, así como las sentencias Nos. 184 de 1986 y 233 de 2003, proferidas por la Corte Constitucional de ese mismo país.

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 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 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 igualdad⁴⁴.

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

⁴⁴ “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, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

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...**”⁴⁵ (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)⁴⁶, sin que esta última categoría 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

⁴⁵ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

⁴⁶ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 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 inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)⁴⁷.

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 e 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 patrimonial⁴⁸. 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

⁴⁷ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

⁴⁸ 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: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

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 idéntica⁴⁹. 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"⁵⁰.

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

⁴⁹ "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, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

⁵⁰ "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, Paolo "El daño biológico", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

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;

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 corporal⁵¹.

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.

⁵¹ “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, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

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 aflictiva 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 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

abánico 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.

Por lo anterior, y de conformidad con el acta de la junta médica laboral, en la que consta la amputación de la pierna derecha con conservación de la rodilla realizada a Antonio José Vigoya Giraldo, se hace evidente el daño a la salud, por el cual se le reconocerá por este concepto el valor de 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia,⁵² teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia de 14 de abril de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en su lugar se decide:

⁵² Al respecto, se pueden consultar: sentencias del 17 de agosto de 2007, exp. 30114, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, del 4 de diciembre de 2007, exp. 17918, M.P. Enrique Gil Botero, del 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P. Enrique Gil Botero, del 1º de octubre de 2008, exp. 27268 y del 4 de mayo de 2011, exp. 17396, M.P. Danilo Rojas Betancourth, entre muchos más.

1) Declárase patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, por los daños ocasionados con los demandantes.

2) Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, a pagar, por perjuicios morales a Antonio José Vigoya Giraldo, a María Lucero Giraldo de Vigoya y José Augusto Vigoya la suma equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales, para cada uno; por el mismo concepto a Juan Manuel Vigoya Giraldo, Sandra Clemencia Vigoya Giraldo y Viviana Vigoya Giraldo la suma equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada uno de ellos.

3) Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, a pagar, Antonio José Vigoya Giraldo la suma de cuatrocientos millones ochocientos ochenta y seis mil y veintiocho pesos (\$400'886.028), por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.

4) Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, a proporcionarle a Antonio José Vigoya Giraldo lo necesario para su rehabilitación, esto es, servicio médico de ortopedia, rehabilitación, psicología y psiquiatría; asimismo, el número de terapias físicas que sean necesarias, la prótesis adecuada para la pierna derecha y la renovación de la misma por el desgaste que presente, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente futuro.

5) Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, a pagar por daño a la salud, a Antonio José Vigoya Giraldo la suma equivalente en pesos a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6) Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

7) La Secretaría sólo expedirá copias auténticas de esta providencia cuando los apoderados judiciales de las partes hayan devuelto las copias expedidas de la sentencia que fue objeto de anulación previamente en este proceso.

8) En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente de la Sala

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ (E)

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES STELLA CONTO DIAZ DEL
CASTILLO Y DANILLO ROJAS BETANCOURTH**

FUERZA PUBLICA - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Omisión. No señalización de los lugares en los que fueron colocadas las minas antipersonales por parte del personal del Ejército / FALLA DEL SERVICIO - Colocación de las minas antipersonales. Violación del deber constitucional de protección

La Sala centró el análisis de la responsabilidad en la falla del servicio por omisión, consistente en la no señalización de los lugares en los que las minas antipersonales habían sido instaladas por la entidad pública demandada. Consideró la mayoría, frente a la necesidad de colocar los artefactos, que medidas

mínimas de seguridad exigen demarcación del territorio, en orden a proteger particularmente a la tropa y los soldados conscriptos. No compartimos dicha apreciación, en la medida en que la responsabilidad de la administración accionada estuvo comprometida desde el momento mismo de la colocación de las minas, pues utilizó armas no convencionales, poniendo en peligro no solo a todo el personal militar -independientemente de su vinculación de la institución, ya sea profesional o conscripto-, sino también a la comunidad, haciendo uso de armas que no pueden usarse contra el enemigo. Con dicha actuación el Estado violó su deber de protección, en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución Política, pues las autoridades de la república han sido instituidas para garantizar la vida, bienes, derechos, libertades y creencias de los asociados, lo que las obliga a no hacer uso de los procedimientos o medios de ataque utilizados por quienes se encuentran al margen de la ley.

CONVENCION DE GINEBRA - Aplicación / MINAS ANTIPERSONAS - Noción. Definición. Concepto / TRATADOS DE DERECHO HUMANITARIO APROBADOS POR LEYES DE LA REPUBLICA - Obligación legal y moral frente al país, de cara a la comunidad internacional y al conflicto mismo, de acatarlos y cumplirlos

En la página 12 de la sentencia, a manera de pedagogía, se hace referencia a la “Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”, adoptada mediante la Ley 554 de 2000 y también se dice que el instrumento, para entonces, no resultaba aplicable “como guía de la conducta de la fuerza pública”; dejando a un lado la Convención de Ginebra de 1949 vigente para Colombia desde el 8 de mayo de 1962, al igual que los protocolos adicionales a los convenios, suscritos el 8 de junio de 1977 y aprobados mediante la Ley 171 de 1994. Las minas antipersonas son pequeños explosivos que pueden estar en cualquier parte -a diferencia de otras armas, visibles y de objetivo definido- accionadas por las propias "víctimas", es decir, fueron concebidas para atacar a cualquiera, pues sólo se requiere tropezar con ellas. Se trata de armas no convencionales porque destruyen sin miramiento con igual facilidad al niño, al soldado, al insurgente es decir, al amigo y al enemigo, así éste se encuentre en combate o fuera de él. Siempre fue así y seguirá siéndolo, antes de la Ley 554 de 2000 y después, en cuanto no se trata de nada distinto a principios de derecho de gentes, obligatorio para todos los integrantes de la comunidad internacional, solo por el hecho de serlo. La Convención de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales dan cuenta del principio del derecho internacional humanitario según el cual las partes en un conflicto armado no pueden elegir métodos o medios de combate, capaces de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios (...) El título IV de dicha Convención contempla medidas de protección para la población civil, en caso de operaciones militares (...) De igual forma, el título II relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, consagró el derecho que tiene la población en conflicto, sin distinción desfavorable alguna, especialmente en cuanto a la raza, la nacionalidad, la religión o la opinión política, a que se protejan sus derechos fundamentales e inalienables y a que se alivien los sufrimientos originados por la guerra (art. 13). En la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados -Protocolo II de Ginebra de 1980, sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, prohíbe, en todas las circunstancias emplear este tipo de armas, sea como medio de ataque, como mecanismo de defensa o a título de represalia. El conflicto interno de un país exige el desarrollo de cánones que propendan por la aplicación de principios éticos mínimos de respeto hacia la

persona humana, cualquiera fuese su condición. Tales principios humanitarios se encuentran respaldados por instrumentos jurídicos internacionales que el Estado colombiano debe respetar y aplicar. Si nuestro gobierno ha suscrito tratados de derecho humanitario y a través de leyes de la república las ha aprobado, está en la obligación legal y moral frente al país, de cara a la comunidad internacional y al conflicto mismo, de acatarlos y cumplirlos.

DAÑO A LA SALUD - Afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético / DAÑO A LA SALUD - Tasación / TASACION DE DAÑO A LA SALUD - Debe ser objetiva / TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Debe corresponder con el perjuicio causado

Compartimos la apreciación de la Sala en cuanto se trata de reconocer el daño proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético, de tal forma que, ante la aminoración resulte procedente restablecer a la víctima por la afectación del derecho constitucional y fundamental a la salud (artículo 49 C.P.), en el entendido de que se trata de un solo daño que comprenderá un universo de lesiones, antes comprendidas en conceptos que por su amplitud resultaban equívocos. Reforzando la misma idea, consideramos que “(..) 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 a la salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud”-. Al tiempo que “(..) desde esta panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración a 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 sicofísica”. Siendo así el cambio de denominación, encuentra su razón de ser en el abandono de la ambigüedad conceptual, innecesaria ante el daño a la salud que permite establecer parámetros en orden a procurar condenas desprovistas de subjetividad a todas luces violatorias del derecho a la igualdad. Siendo así, en aras de la precisión, claridad y concreción para efectos de la indemnización, en tanto el daño a la salud estaría referido a afectaciones de la integridad psicofísica y encaminado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal, sino las consecuencias que esta genera, su tasación tendría que corresponder con el perjuicio causado y así mismo con la indemnización reconocida en otro o en el mismo asunto, frente a similares lesiones.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49

DAÑO A LA SALUD - No podrá subdividirse en diversas expresiones / REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD - Componentes / ARBITRIO IURIS - Desplazado por un criterio objetivo / REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD - No se hizo con un criterio objetivo / TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Prueba / TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - No corresponde con la liquidación de la condena

Si el daño a la salud como una categoría del daño inmaterial adquiere concreción y delimitación y, desde el punto de vista ontológico, impide que existan una multiplicidad de categorías resarcitorias, al comprender los aspectos físicos y psíquicos, no podrá subdividirse en diversas expresiones -daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social o daño psicológico- deberá, por tanto repararse con base en dos componentes i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en

una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares de cada persona lesionada. En esta línea de pensamiento el arbitrio iuris se desplaza por un criterio objetivo, para privilegiar la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998. (...) Se encuentra que, en este caso particular, a pesar de las variables enunciadas para la tasación del daño a la salud se acoge en su integridad las pretensiones relativas a las distintas tipologías de daños a la integridad psicofísica subsumidas en uno sólo, al que se llama daño a la salud, apartándose de los razonamientos, de la parte motiva y dejando a un lado la perspectiva objetiva. Esto es así porque se indemnizó con el quantum pedido en la demanda, sin correspondencia con la anhelada objetivación del daño a la integridad psicofísica, en aras de restablecer la resquebrajada igualdad de las víctimas. De manera que si bien estamos de acuerdo con la responsabilidad estatal, sin perjuicio de la aclaración, no comulgamos con la nueva denominación en cuanto no corresponde con la liquidación de la condena, la cual tendría que haberse sustentado en una base objetiva que le permita a la Sección, no solo acoger una nueva denominación sino avanzar en el respeto a la igualdad de las víctimas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el resarcimiento y su correspondencia directa con la magnitud del daño, consultar Corte Constitucional sentencia C-197 de 20 de mayo de 1993.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031)

Actor: ANTONIO JOSE VIGOYA GIRALDO Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, exponemos a continuación las razones que nos llevaron a apartarnos parcialmente de la decisión.

1º. En el *sub lite* la Sala centró el análisis de la responsabilidad en la falla del servicio por omisión, consistente en la no señalización de los lugares en los que las minas antipersonales habían sido instaladas por la entidad pública demandada. Consideró la mayoría, frente a la necesidad de colocar los artefactos, que medidas mínimas de seguridad exigen demarcación del territorio, en orden a proteger particularmente a la tropa y los soldados conscriptos.

No compartimos dicha apreciación, en la medida en que la responsabilidad de la administración accionada estuvo comprometida desde el momento mismo de la colocación de las minas, pues utilizó armas no convencionales, poniendo en peligro no solo a todo el personal militar -independientemente de su vinculación de la institución, ya sea profesional o conscripto-, sino también a la comunidad, haciendo uso de armas que no pueden usarse contra el enemigo.

Con dicha actuación el Estado violó su deber de protección, en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución Política, pues las autoridades de la república han sido instituidas para garantizar la vida, bienes, derechos, libertades y creencias de los asociados, lo que las obliga a no hacer uso de los procedimientos o medios de ataque utilizados por quienes se encuentran al margen de la ley.

En la página 12 de la sentencia, a manera de pedagogía, se hace referencia a la *“Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”*, adoptada mediante la Ley 554 de 2000 y también se dice que el instrumento, para entonces, no resultaba aplicable *“como guía de la conducta de la fuerza pública”*; dejando a un lado la Convención de Ginebra de 1949 vigente para Colombia desde el 8 de mayo de 1962, al igual que los protocolos adicionales a los convenios, suscritos el 8 de junio de 1977 y aprobados mediante la Ley 171 de 1994⁵³.

Las minas antipersonas son pequeños explosivos que pueden estar en cualquier parte -a diferencia de otras armas, visibles y de objetivo definido- accionadas por las propias "víctimas", es decir, fueron concebidas para atacar a cualquiera, pues sólo se requiere tropezar con ellas.

Se trata de armas no convencionales porque destruyen sin miramiento con igual facilidad al niño, al soldado, al insurgente es decir, al amigo y al enemigo, así éste se encuentre en combate o fuera de él. Siempre fue así y seguirá siéndolo, antes de la Ley 554 de 2000 y después, en cuanto no se trata de nada distinto a

⁵³ Su exequibilidad fue estudiada por la Corte Constitucional en sentencia C-225 de 1995. Los protocolos I y II adicionales fueron ratificados el 1 de septiembre de 1993 y el 14 de agosto de 1995 y entraron en vigor el 1° de marzo de 1994 y el 15 de febrero de 1996, respectivamente.

principios de derecho de gentes, obligatorio para todos los integrantes de la comunidad internacional, solo por el hecho de serlo.

La Convención de Ginebra de 1949⁵⁴ y sus protocolos adicionales dan cuenta del principio del derecho internacional humanitario según el cual las partes en un conflicto armado no pueden elegir métodos o medios de combate, capaces de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios, particularmente:

- Realizar ataques indiscriminados
- Matar o herir a traición a enemigos o nacionales
- Emplear armas o municiones que causen daño innecesario

El título IV de dicha Convención contempla medidas de protección para la población civil, en caso de operaciones militares así:

Artículo 13. 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

De igual forma, el título II relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, consagró el derecho que tiene la población en conflicto, sin distinción desfavorable alguna, especialmente en cuanto a la raza, la nacionalidad, la religión o la opinión política, a que se protejan sus derechos fundamentales e inalienables y a que se alivien los sufrimientos originados por la guerra (art. 13).

En la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de

⁵⁴ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

efectos indiscriminados -Protocolo II de Ginebra de 1980, sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, prohíbe, en todas las circunstancias emplear este tipo de armas, sea como medio de ataque, como mecanismo de defensa o a título de represalia.

El conflicto interno de un país exige el desarrollo de cánones que propendan por la aplicación de principios éticos mínimos de respeto hacia la persona humana, cualquiera fuese su condición.

Tales principios humanitarios se encuentran respaldados por instrumentos jurídicos internacionales que el Estado colombiano debe respetar y aplicar. Si nuestro gobierno ha suscrito tratados de derecho humanitario y a través de leyes de la república las ha aprobado, está en la obligación legal y moral frente al país, de cara a la comunidad internacional y al conflicto mismo, de acatarlos y cumplirlos.

2º. En relación con el perjuicio a la salud, compartimos la apreciación de la Sala en cuanto se trata de reconocer el daño proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético, de tal forma que, ante la aminoración resulte procedente restablecer a la víctima por la afectación del derecho constitucional y fundamental a la salud (artículo 49 C.P.), en el entendido de que se trata de un solo daño que comprenderá un universo de lesiones, antes comprendidas en conceptos que por su amplitud resultaban equívocos –fol. 42-.

Reforzando la misma idea, consideramos que *“(..)* 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 a la salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud” –folio 43-. Al tiempo que *“(..)* desde esta panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración a 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 sicofísica”. Siendo así el cambio de denominación, encuentra su razón de ser en el abandono de la ambigüedad conceptual, innecesaria ante el daño a la salud que permite establecer

parámetros en orden a procurar condenas desprovistas de subjetividad a todas luces violatorias del derecho a la igualdad.

Siendo así, en aras de la precisión, claridad y concreción para efectos de la indemnización, en tanto el daño a la salud estaría referido a afectaciones de la integridad psicofísica y encaminado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal, sino las consecuencias que esta genera, su tasación tendría que corresponder con el perjuicio causado y así mismo con la indemnización reconocida en otro o en el mismo asunto, frente a similares lesiones.

En suma, si el daño a la salud como una categoría del daño inmaterial adquiere concreción y delimitación y, desde el punto de vista ontológico, impide que existan una multiplicidad de categorías resarcitorias, al comprender los aspectos físicos y psíquicos, no podrá subdividirse en diversos daños -estético, sexual, relacional, social o individual- sino que tendría que repararse con base en dos componentes, i) uno objetivo determinado por porcentaje de invalidez, conforme a valores preestablecidos y, ii) uno subjetivo, que permitiría incrementar en una determinada proporción el primer valor, atendiendo a particularidades cuando las haya y se encuentren probadas.

En esta línea de pensamiento el arbitrio iuris tendría que verse desplazado por un criterio objetivo, privilegiando así la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁵⁵. Toda vez que en palabras de la Corte Constitucional i) *“el resarcimiento, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite”*⁵⁶ y ii) la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, como si el daño no hubiere ocurrido y de no ser posible acercarse a la situación más próxima al anterior evento.

Se encuentra que, en este caso particular, a pesar de las variables enunciadas para la tasación del daño a la salud se acoge en su integridad las pretensiones relativas a las distintas tipologías de daños a la integridad psicofísica subsumidas en uno sólo, al que se llama daño a la salud, apartándose de los razonamientos, de la parte motiva y dejando a un lado la perspectiva objetiva. Esto es así porque

⁵⁵ Art. 16 Ley 446 de 1998 “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá a los principios de reparación integral y observará los criterios técnicos actuariales”.

⁵⁶ C-197 de 20 de mayo de 1993 Corte Constitucional.

se indemnizó con el quantum pedido en la demanda, sin correspondencia con la anhelada objetivación del daño a la integridad psicofísica, en aras de restablecer la resquebrajada igualdad de las víctimas.

De manera que si bien estamos de acuerdo con la responsabilidad estatal, sin perjuicio de la aclaración, no comulgamos con la nueva denominación en cuanto no corresponde con la liquidación de la condena, la cual tendría que haberse sustentado en una base objetiva que le permita a la Sección, no solo acoger una nueva denominación sino avanzar en el respeto a la igualdad de las víctimas.

En los términos anteriores dejamos consignados nuestro disenso.

Fecha *ut supra*.

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Consejera de Estado

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Consejero de Estado

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA DOCTORA RUTH STELLA
CORREA PALACIO**

DAÑO EXTRAPATRIMONIAL - Diferente al daño moral / DAÑO A LA SALUD - Retroceso jurisprudencial / PERJUICIOS FISIOLÓGICOS O A LA SALUD - Incluidos dentro de la categoría alteraciones a las condiciones de existencia / ALTERACIONES A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Comprende los perjuicios fisiológicos o a la salud. Unificación jurisprudencial

La sentencia constituye un retroceso en la evolución jurisprudencial, pues ya existía claridad en relación con el contenido y alcance del daño extrapatrimonial diferente al daño moral, que abarcaba la lesión a la salud, esto es, la afrenta a la integridad corporal o psíquica de la persona y, por lo tanto, ya era un daño susceptible de reconocimiento e indemnización mediante la denominación mayor de alteración a las condiciones de existencia. En la sentencia, entre otras conclusiones, se señala que el daño a la vida de relación o la alteración de las condiciones de existencia no puede comprender, de ninguna forma el daño a la salud -comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico- como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica, razón por la cual “es forzoso regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás en la jurisprudencia (...) recuperando el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud”. Y es precisamente lo que se hace en la sentencia: retroceder en la evolución jurisprudencial que ya había aclarado, definido y deslindado que la expresión “perjuicios fisiológicos o a la salud” se encuentra incluida dentro de la categoría denominada “alteraciones a las condiciones de existencia”, en la medida en que se trata de daños sufridos por

uno de los sujetos pasivos del daño, que generaron cambios en la forma como normalmente se desenvolvía su vida, esto es, como el sujeto se relacionaba con el mundo, antes de que ocurriera el hecho generador del daño.

PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA SALUD - Retroceso jurisprudencial / DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Evolución jurisprudencial / DAMNIFICADO - indemnización integral / DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Noción. Definición. Concepto

Aunque en la sentencia se muestra la evolución de la jurisprudencia, en el asunto finalmente se desconoce, por lo que me permito traer a colación que, en efecto, inicialmente, el perjuicio fisiológico o a la vida de relación, fueron expresiones empleadas como sinónimas por la jurisprudencia de esta Corporación en sentencia de 6 de mayo de 1993 (exp. 7428), para identificar un daño extrapatrimonial distinto del moral y del material, originado en la pérdida de la posibilidad de las personas que sufrieron una lesión física o síquica de realizar actividades vitales que, con independencia a que les reportara ventajas económicas, hacían agradable su existencia (“préjudice d’agrément” de la doctrina francesa). Así se entendió el perjuicio fisiológico o a la vida de relación como la pérdida de la posibilidad de realización de actividades lúdicas, recreativas, culturales, deportivas, del deseo sexual y de la capacidad para su realización, que como consecuencia del daño sufrido especialmente, en casos de lesiones físicas y perturbaciones funcionales, se tornaban en difíciles o imposibles de ejecutar (perjuicio de agrado). También dijo la jurisprudencia que no se trataba de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima (daño moral subjetivo) y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para ella se siguen por la causa de la lesión (lucro cesante), sino más bien de indemnizar integralmente al damnificado, por la totalidad de los intereses humanos jurídicamente tutelados que resultaron comprometidos por la conducta dañina, dentro de los cuales, ocupa lugar principal, la mengua en las posibilidades de realizar actividades, que la víctima bien podía haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal. Posteriormente, previas algunas precisiones en torno a su alcance, se extendió el contenido de este tipo de daño a todos los casos de privación o alteración de la realización de cualquier actividad, no necesariamente de carácter placentero, abandonándose la calificación de fisiológico para adoptar la de daño a la vida de relación comprensiva en todos los casos de detrimento a un bien jurídicamente tutelado, trátase de la vida, la integridad personal, la honra, el patrimonio económico etc., con el propósito de resarcir en forma integral a la víctima en relación con todos y cada uno de los bienes jurídicos afectados, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y del artículo 16 de la Ley 446 de 1998. En efecto, en sentencia de 19 de julio de 2000 (exp.11.842), se dejó de utilizar la expresión “daño fisiológico”, ante la existencia de daños extrapatrimoniales que surgen de alteraciones diferentes a las físicas o “fisiológicas”, unificándolos en la noción de daño a la vida de relación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

NOTA DE RELATORIA: Sobre perjuicio fisiológico a la vida de relación, consultar sentencia 6 de mayo de 1993, expediente 7428. Sobre perjuicio de agrado ver sentencia de 25 de noviembre de 1997, expediente 10421. Sobre indemnización integral, consultar sentencia de 2 de octubre de 1997, expediente 11652. Sobre noción de daño a la vida de relación, ver sentencias de 13 de junio de 1997, expediente 12499; 25 de septiembre de 1997, expediente 10421; 2 de octubre de

1997, expediente 11652 y 9 de octubre de 1997, expediente 10605. En relación con reparación in natura o con el subrogado pecuniario, consultar sentencia de 19 de julio de 2000, expediente 11842; reiterada en sentencia de 9 de agosto de 2001, expediente 12998; auto de 25 de enero de 2007, expediente 26889; sentencia de 10 de mayo de 2001, expediente 13475; sentencia de 10 de agosto de 2005, expediente 16205; sentencia de 23 de agosto de 2001, expediente 13745; sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente 12287 y sentencia de 18 de octubre de 2000, expediente 13288.

TIPOLOGIA DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Doctrina italiana / TIPOLOGIA DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Premisas

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita se delimitó la tipología del daño a la vida de relación (de la doctrina italiana), bajo las siguientes premisas: (i) no es equivalente al perjuicio fisiológico pues aunque su origen sea una lesión física o corporal, el perjuicio 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; (ii) tiene un espectro más amplio dado que no se refiere únicamente a la privación del goce y disfrute de los placeres de la vida, sino también a la perturbación de los actividades ordinarias o rutinarias que no pueden ejecutarse o necesitan de un excesivo esfuerzo; (iii) no está limitado a la lesión física o corporal de la persona, sino además, por ejemplo, aquella relacionada con una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o en una pérdida económica; (iv) puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco (esposa, hijos) o amistad, entre otras; (v) se desecha la expresión alteración de las condiciones de existencia para calificar el daño, en la medida en que se considera, en estricto sentido, que cualquier perjuicio en sí mismo implica esta circunstancia, sea que las alteraciones se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él; (vi) no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean, sino que 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, es decir, se trata de un daño extrapatrimonial a la vida exterior, pues aquél que afecta directamente la vida interior será siempre un daño moral; y (vii) en cuanto a la indemnización, su determinación corresponderá al juez, en cada caso, conforme a las pruebas y a su prudente arbitrio según la intensidad del perjuicio, de modo que la suma establecida para compensarlo resulte equitativa.

NOTA DE RELATORIA: Sobre tipología del daño a la vida de relación, consultar sentencias de 18 de octubre de 2000, expediente 11948; 25 de enero de 2001, expediente 11413; 9 de agosto de 2001, expediente 12998; 23 de agosto de 2001, expediente 13745; 2 de mayo de 2002, expediente 13477; 15 de agosto de 2002, expediente 14357; 29 de enero de 2004, expediente 18273; 14 de abril de 2005, expediente 13814; 20 de abril de 2005, expediente 15247; 10 de agosto de 2005, expediente 16205; 10 de agosto de 2005, expediente 15775; 1 de marzo de 2006, expediente 13887; 8 de marzo de 2007, expediente 15459; y 20 de septiembre de 2007, expediente 14272.

DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A LA VIDA DE RELACION - Reformulación del concepto por alteraciones a las condiciones de existencia / ALTERACIONES A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Doctrina francesa / PROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Requisitos

En sentencia de 15 de agosto de 2007, la Corporación cambió la denominación del daño extrapatrimonial a la vida de relación por la expresión alteración de las condiciones de existencia (troubles dans les conditions d'existence de la doctrina francesa) al considerarla más comprensiva y adecuada, sin que signifique que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia de una persona, sino que se reserva a aquellos que impacten en forma anormal, drástica y grave el curso o modo de vida del damnificado, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos, por fuera de los daños material y moral. A su vez, en Sentencia de 11 de mayo de 2011, la Sección señaló que procedía el reconocimiento del daño a la alteración de las condiciones de existencia, cuando concurrían los siguientes requisitos: (i).- Que se trate de un perjuicio autónomo en relación con los demás tipos de perjuicio. Debe tratarse de una alteración que tenga una connotación especial en la vida del sujeto, que modifique de modo "superlativo" las condiciones habituales en las que la persona se desenvolvía, que signifique un contraste significativo en relación con lo que implicaba la existencia normal del sujeto pasivo del daño antes que ocurriera el hecho generador de la alteración a las condiciones de existencia; y (ii).- Que se trate de un daño cierto y probado, lo que quiere decir que las alteraciones predicadas como graves en relación con la existencia pretérita del sujeto, se encuentren plenamente evidenciadas dentro del proceso, por cualquier medio probatorio, de tal forma que el juzgador tenga a la mano elementos objetivos que le permitan establecer una indemnización razonable para el resarcimiento de los daños. Y, finalmente, en la providencia citada se aclaró 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 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 graves a las condiciones de existencia' tengan origen en afectaciones de carácter físico o fisiológico. Otro tanto puede decirse en relación con las alteraciones que tengan su causa en afectaciones de orden psicológico." En suma, contrario a lo indicado en forma inexacta en la sentencia, de la evolución jurisprudencia se puede concluir que el daño a la vida de relación o a la alteración a las condiciones de existencia, ampara o protege la integridad psicofísica o derecho a la salud de las personas, permitiendo su reparación ante su afectación y la tutela efectiva de la dignidad humana e igualdad material, sin que sea procedente el reconocimiento de otra categoría, que, como adelante, sostendré puede implicar una duplicidad indemnizatoria por el mismo daño.

NOTA DE RELATORIA: Sobre reformulación del concepto de daño extrapatrimonial a la vida de relación, consultar sentencia de 15 de agosto de 2007, expediente AG-2003-00385. En la relación con los requisitos para que proceda la indemnización por alteración a las condiciones de existencia consultar sentencia de 11 de mayo de 2011, expediente 17396

PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA SALUD - Detrimiento psicofísico o corporal / DETRIMENTO PSICOFÍSICO O CORPORAL - En sí mismo no representa objeto de reparación / LESION - Diferente a consecuencias / CONSECUENCIAS DEL DAÑO - Perjuicio indemnizable

El detrimento psicofísico o corporal en sí mismo no representa objeto de reparación, siendo por tal motivo desatinado volver a la expresión de perjuicio fisiológico o a la salud, pues es diferente la lesión (daño corporal o psíquico) y sus consecuencias,

dado que estas últimas son las que constituyen el perjuicio indemnizable. En la sentencia, al clasificar y sustentar el daño a la salud como categoría autónoma sobre la sola idea de la afectación o limitación a la integridad corporal o síquica se incurre en contradicción o por lo menos en afirmaciones que generan confusión, pues, en una parte, se dice que “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...”; en otra que, cuando se origine, no será “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 en la salud pierde relevancia...”; luego que no es posible desagregarlo o subdividirlo en otras expresiones corporales o relacionales; y más adelante concluye que “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...”. Es decir, no es clara la providencia sobre si se enmarca el daño en la salud por el sólo evento de la afectación corporal o síquica o por sus consecuencias o por ambos aspectos; según el desarrollo conceptual de la providencia y su conclusión final parecería inclinarse al daño-evento, entre otras razones porque así ha sido concebido en la doctrina italiana en la que se soporta la sentencia. Así las cosas, a mi juicio, cabe advertir que se incurre en una imprecisión, puesto que el daño extrapatrimonial o inmaterial debe ser clasificado de acuerdo con las consecuencias que produce tanto al interior del sujeto (moral), como en su parte externa (daño a la vida en relación o alteración a las condiciones de existencia) y no por el simple hecho del evento separado de sus efectos (daño biológico, fisiológico o a la salud), como se propone en la sentencia de la cual me distancio. (...) considero que no resulta válido ni útil clasificar o tipificar como perjuicio autónomo del daño de alteración de las condiciones de existencia, el denominado daño a la salud, definido exclusivamente en forma estática y per se, en tanto la lesión a la integridad psicofísica es indemnizable siempre y cuando adquiera trascendencia o se refleje en la esfera externa del individuo, situación que permite además diferenciarlo del perjuicio moral.

DAÑO A LA SALUD - Como categoría autónoma afecta los principios de reparación, la prohibición del enriquecimiento sin causa y el presupuesto público

La adopción del concepto de daño a la salud como categoría autónoma, conlleva la expansión o ampliación de las hipótesis que configuran los daños extrapatrimoniales indemnizables, teniendo en cuenta el reconocimiento de la constitución del daño por el sólo evento, con independencia y desligado de sus consecuencias o efectos, lo que implicaría o permitiría indemnizar a la vez el quebranto corporal o psicofísico y el deterioro a las condiciones de existencia que el mismo ocasiona, afectando los principios de la reparación, la prohibición del enriquecimiento sin causa y el presupuesto público. En efecto, si bien son varios los párrafos que dedica la sentencia para dar a entender que cuando se presenta la afectación a la integridad corporal o psicofísica de la persona sólo se deberá indemnizar bajo el concepto de daño en la salud sin que sea procedente para el operador judicial el reconocimiento de otro tipo de daños que se desplazan y excluyen (vgr. alteración de las condiciones de existencia), el esfuerzo argumentativo resulta infructuoso no solo por el contrasentido, discordancia e incompatibilidad conceptual que encierra el afirmar y desarrollar que el daño a la salud comprende y garantiza tanto la integridad psicofísica menoscabada por un hecho (daño-evento) como los efectos externos o relacionales que el mismo desencadena para la persona (daño-consecuencia), cuando quiera que en otros apartes señala que no admite ni divisiones ni subespecies, sino porque al final de la providencia deja el camino abierto para el reconocimiento simultáneo y autónomo de un mismo perjuicio bajo dos rubros de

daños (...) en la tarea de concretar los daños inmateriales o extrapatrimoniales, el problema que genera la sentencia es que al acoger el daño-evento permite la existencia de un daño inmaterial indemnizable consistente en la lesión en sí misma, esto es, por el sólo menoscabo físico o síquico de las personas, sin atención a las consecuencias externas que acarrea el daño. (...) El perjuicio indemnizable está limitado a las consecuencias de la lesión y no por la misma valorada separada o aisladamente, razón por la cual es inadecuada la reparación del daño evento, en el que consiste el daño biológico, fisiológico o a la salud corporal o síquica. La sentencia en el fondo no es que esté simplemente cambiando una denominación para una mejor sistematización del daño inmaterial sino creando una nueva fuente de indemnización por un mismo perjuicio, posibilitando, en forma indebida, su acumulación al desconocer que cuando a alguien se le indemniza la alteración de las condiciones de existencia derivadas de una lesión física, corporal o síquica (consecuencias del daño), se está reparando el menoscabo sufrido por el deterioro a la salud. Hago énfasis en que estoy de acuerdo con que se resarza la afectación a la salud, en tutela de este derecho y de la dignidad humana consagrados en la Constitución Política (arts. 5, 44, 47, 49, entre otros) pero lo que no comparto es que se reconozca separadamente del daño por la alteración de las condiciones de existencia, ni que se de apertura a un reconocimiento indiscriminado de tipologías autónomas de daños inmateriales que comprometan sin justificación jurídica atendible el patrimonio público. Por lo tanto, considero que resulta más preciso, diáfano, garantista y sin mayores tropiezos agrupar en una misma categoría de daño inmaterial, las diferentes formas de alteración de las condiciones de existencia de un sujeto, por cuanto la existencia de cada una de ellas será valorada y apreciada en cada caso por el juez para determinar la indemnización correspondiente, lo cual evita que una misma lesión o menoscabo a la vida de una persona bien no se quede sin reparación o bien sea indemnizada más de una vez, ocasionando en este último caso un detrimento al erario o agravio al patrimonio público, riesgo al que quedó expuesta la reparación por responsabilidad patrimonial del Estado en el contencioso administrativo a raíz de la nueva tesis. En resumen, advierto que la nueva tesis de la Sala puede generar doble indemnización por un solo perjuicio, dado el contenido conceptual de la misma y a que si bien en algunos apartes de la providencia se señala que no podría otorgarse indemnización por daño a la salud y por el daño a la alteración de las condiciones de existencia, en otros apartes afirma que será el juez quien deba determinarlo.

DAÑO A LA SALUD - Reconocimiento y liquidación en forma disímil, inequitativa y sin fundamento. No se cumple el principio de igualdad material / LIQUIDACION DEL DAÑO A LA SALUD - Aún no ha encontrado el punto de equilibrio que permita lograr el resarcimiento del daño sufrido por la lesión a la actividad psicofísica en forma igual a otra víctima con idéntica lesión, en respeto de la dignidad humana.

La providencia no establece criterios claros y uniformes de indemnización, e incluso al ser aplicada la nueva tesis termina reconociendo y liquidando en forma disímil, inequitativa y sin fundamento el daño a la salud, con lo cual no se cumple el principio de igualdad material que tanto pregona. La dificultad de encontrar una equivalencia entre una lesión a la integridad sicofísica y una forma adecuada de resarcimiento ha sido uno de los mayores escollos en la doctrina italiana del daño a la salud, no solo para su aceptación sino en su aplicación una vez estructurado, según se deduce de la discusión a la cual ha estado constantemente sometida. De todos modos, de acuerdo con la tesis del daño a la salud, el elemento central es el valor hombre, que debe dar la medida del resarcimiento por la lesión a la integridad sicofísica, afectación que será el parámetro para su valoración y liquidación, mediante los criterios de uniformidad de base y de adecuación al caso

concreto; pero, condicionada a la verificación objetiva del médico legista, quien tiene un papel y una tarea fundamental, pues debe comprobar su naturaleza y su entidad para consentir al juez la posterior liquidación del mismo, determinando la invalidez en términos o puntos porcentuales, la cual puede ser corregida por el juez con base en la equidad y en las circunstancias del caso concreto; de ahí que, para determinar el punto de invalidez, se han elaborado en Italia tablas por medicina legal, como guías orientadoras, a la manera de la de los accidentes de trabajo (y las de lesiones de guerra), clasificadas por grupos orgánicos (aparato respiratorio, vista, sistema nervioso, etc.) y que sugieren un valor indicador de invalidez, sin que tengan valor obligatorio y que pueden variar respecto de las consecuencias de una misma lesión, con lo cual se da paso a un tratamiento resarcitorio desigual. Sea lo que fuere, se puede apreciar de ese mismo desarrollo de la forma de liquidar el daño en la salud, que aún no ha encontrado el punto de equilibrio que permita lograr el resarcimiento del daño sufrido por la lesión a la actividad psicofísica en forma igual a otra víctima con idéntica lesión, en respeto de la dignidad humana.

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD - Componentes / REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD - Se acudió al arbitrio iudice

La providencia de la cual discrepo, en esta materia tampoco fue extraña a esta problemática y lejos de proponer una metodología clara y concisa, que la diferenciara completamente de las otras categorías de perjuicios, fue ambigua e incongruente en el tema, pues, por una parte, señaló que el daño a la salud se repara fundamentado en principios de igualdad y objetividad y 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, pero al momento de decidirse el asunto no se tuvieron en cuenta sino que se acudió, arbitrio iudice, a los criterios jurisprudenciales que se han adoptado precisamente para el reconocimiento y liquidación del daño del cual se quiso deslindar el daño a la salud, esto es, del daño por la alteración de las condiciones de existencia, lo que permite reafirmar que no gozan de la reclamada autonomía.

DAÑO A LA SALUD, FISIOLÓGICO O BIOLÓGICO - No constituye una categoría autónoma y diferente de perjuicio al de la alteración a las condiciones de existencia / LIQUIDACION DEL PERJUICIO POR DAÑO A LA SALUD - Incongruencia en términos de igualdad material o inequidad en la liquidación

La dignidad humana y el derecho a la igualdad se contraponen a soluciones automáticas en materia de liquidación de daños a los sujetos por vía judicial, sin correspondencia a la gravedad e intensidad del mismo y sin relacionarse con las condiciones personales de quien lo padece y las circunstancias del caso concreto (pérdida del potencial humano derivado de la anomalía orgánica dentro del contexto de las privaciones de las actividades vitales, esenciales, habituales, ordinarias, placenteras o no pero inherentes a la incapacidad), teniendo en cuenta los principios de reparación integral y equidad y observando criterios técnicos actuariales (art. 16 Ley 446 de 1998). Aún me inclino por pensar que la liquidación del daño que sufre un sujeto a consecuencia de una lesión a su integridad psicofísica o a la salud, consistente en la disminución de las posibilidades de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social u ordinario, mediante un reconocimiento cuya finalidad es procurar satisfacción y atemperar, en lo posible, los efectos negativos que del mismo se generen, es de lejos más

humano, que tasar el perjuicio por valor del órgano o miembro, cosificando monetariamente al hombre. En suma, la claridad conceptual de la tesis en su arista de la liquidación del daño a la salud parece diluirse frente a los casos concretos, sobre todo porque al final de cuentas la dificultad u obstáculo que representa la lesión corporal o síquica y que supone el impedimento o incapacidad total o parcial, temporal o permanente, para desarrollar la vida normal, constituye la base para calcular el monto del resarcimiento, esto es, la medida de la indemnización que debe adoptarse por el juez bajo parámetros de razonabilidad y frente a daños similares -o por lo menos comparables- que hayan sido materia de estudio por la jurisprudencia, lo que todas luces fuerza concluir que el daño a la salud, fisiológico o biológico, no tiene una metodología consecuente con los principios atrás enunciados, ni constituye una categoría autónoma y diferente de perjuicio al ya estudiado de la alteración a las condiciones de existencia. Incluso, ya se advierte una incongruencia en términos de igualdad material o inequidad en la liquidación del quantum de los perjuicios con aplicación de la nueva tesis

ALCANCE DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL DIFERENTE AL DAÑO MORAL - Retroceso jurisprudencial / EL DAÑO POR ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Abarca o comporta el daño a la salud

Salvo el voto parcialmente, porque la providencia implica un retroceso para la jurisprudencia, pues ya existía claridad en relación con el alcance del daño extrapatrimonial diferente al daño moral, según la cual el daño por la alteración a las condiciones de existencia abarca o comporta la lesión a la salud, esto es, la afrenta corporal o síquica de la persona, sin pueda reconocerse éste en forma independiente a aquél. Finalmente, se observa que al llevar los procesos citados al pleno de la Sección para debatir y estudiar la tesis del daño a la salud, se ratificó la necesidad y la procedencia jurídica de que el asunto en el que se cambiaba el criterio jurisprudencial de la Corporación sobre la tipología del daño inmaterial debía ser estudiado y decidido por la misma en virtud de sus competencias y no por una subsección.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031)

Actor: ANTONIO JOSE VIGOYA GIRALDO Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-

Referencia: SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el mayor respeto y consideración por la Sala, expongo a continuación las razones que me llevaron a apartarme parcialmente de la decisión mayoritaria

adoptada en providencia de 14 de septiembre de 2011, en la que al decidir el asunto de la referencia, se revocó la sentencia de 14 de abril de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

En la decisión de la cual me separo parcialmente, se encontró demostrado que el daño antijurídico infligido a los demandantes debido a las lesiones sufridas por Antonio José Vigoya Giraldo (pérdida de su extremidad inferior derecha), mientras prestaba servicio militar obligatorio, era imputable a la demandada a título de falla en el servicio, con lo cual estoy de acuerdo, pero lo que no comparto es el alcance que se otorga a la tipología de daños inmateriales, en particular, el criterio según el cual el “daño a la salud” surge como categoría autónoma que desplaza los conceptos de daño a la vida de relación o daño de alteración a las condiciones de existencia.

Mi disentimiento, entonces, con el criterio adoptado por la mayoría, estriba en que estimo que se incurre en una imprecisión conceptual en el tratamiento de la clasificación del daño inmaterial, lo cual será fuente de serias controversias y confusiones en el estudio de la responsabilidad, la forma de determinar el daño y por supuesto su indemnización, con la consecuente inseguridad jurídica que ello aparece.

Las razones que respaldan mi disenso, en síntesis, son las siguientes:

I

La sentencia constituye un retroceso en la evolución jurisprudencial, pues ya existía claridad en relación con el contenido y alcance del daño extrapatrimonial diferente al daño moral, que abarcaba la lesión a la salud, esto es, la afrenta a la integridad corporal o psíquica de la persona y, por lo tanto, ya era un daño susceptible de reconocimiento e indemnización mediante la denominación mayor de alteración a las condiciones de existencia.

En la sentencia, entre otras conclusiones, se señala que el daño a la vida de relación o la alteración de las condiciones de existencia no puede comprender, de ninguna forma el daño a la salud -comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico- como quiera que este último está encaminado a la reparación de

cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica, razón por la cual “es forzoso regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás en la jurisprudencia (...) recuperando el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud”.

Y es precisamente lo que se hace en la sentencia: retroceder en la evolución jurisprudencial que ya había aclarado, definido y deslindado que la expresión “perjuicios fisiológicos o a la salud” se encuentra incluida dentro de la categoría denominada “alteraciones a las condiciones de existencia”, en la medida en que se trata de daños sufridos por uno de los sujetos pasivos del daño, que generaron cambios en la forma como normalmente se desenvolvía su vida, esto es, como el sujeto se relacionaba con el mundo, antes de que ocurriera el hecho generador del daño.

En efecto, aunque en la sentencia se muestra la evolución de la jurisprudencia, en el asunto finalmente se desconoce, por lo que me permito traer a colación que, en efecto, inicialmente, el perjuicio fisiológico o a la vida de relación, fueron expresiones empleadas como sinónimas por la jurisprudencia de esta Corporación en sentencia de 6 de mayo de 1993 (exp. 7428)⁵⁷, para identificar un daño extrapatrimonial distinto del moral y del material, originado en la pérdida de la posibilidad de las personas que sufrieron una lesión física o síquica de realizar actividades vitales que, con independencia a que les reportara ventajas económicas, hacían agradable su existencia (“*préjudice d’agrément*” de la doctrina francesa).

Así se entendió el perjuicio fisiológico o a la vida de relación como la pérdida de la posibilidad de realización de actividades lúdicas, recreativas, culturales, deportivas, del deseo sexual y de la capacidad para su realización, que como consecuencia del daño sufrido especialmente, en casos de lesiones físicas y perturbaciones funcionales, se tornaban en difíciles o imposibles de ejecutar (perjuicio de agrado)⁵⁸.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 6 de mayo de 1993, exp. 7428, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de noviembre de 1997, exp. 10.421, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

También dijo la jurisprudencia que no se trataba de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima (daño moral subjetivo) y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para ella se siguen por la causa de la lesión (lucro cesante), sino más bien de indemnizar integralmente al damnificado, por la totalidad de los intereses humanos jurídicamente tutelados que resultaron comprometidos por la conducta dañina, dentro de los cuales, ocupa lugar principal, la mengua en las posibilidades de realizar actividades, que la víctima bien podía haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal⁵⁹.

Posteriormente, previas algunas precisiones en torno a su alcance⁶⁰, se extendió el contenido de este tipo de daño a todos los casos de privación o alteración de la realización de cualquier actividad, no necesariamente de carácter placentero, abandonándose la calificación de fisiológico para adoptar la de daño a la vida de relación comprensiva en todos los casos de detrimento a un bien jurídicamente tutelado, trátase de la vida, la integridad personal, la honra, el patrimonio económico etc., con el propósito de resarcir en forma integral a la víctima en relación con todos y cada uno de los bienes jurídicos afectados, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y del artículo 16 de la Ley 446 de 1998. En efecto, en sentencia de 19 de julio de 2000 (exp.11.842), se dejó de utilizar la expresión “daño fisiológico”, ante la existencia de daños extrapatrimoniales que surgen de alteraciones diferentes a las físicas o “fisiológicas”, unificándolos en la noción de daño a la vida de relación:

“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.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de octubre de 1997, exp. 11652, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁶⁰ Cfr. Sentencias de 13 de junio de 1997, exp. 12499; 25 de septiembre de 1997, exp. 10421; 2 de octubre de 1997, exp. 11652; y 9 de octubre de 1997, exp. 10605, entre otras.

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.⁶¹ 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 artículo 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 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

⁶¹ “[15] NAVIA ARROYO, Felipe. *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 sólo 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.”

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”.⁶²

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 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.⁶³

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.

⁶² “[16] Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, expediente 11.652. Actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros. M.P. Daniel Suárez Hernández.

”
⁶³ “[17] *Ibid.* p.p. 252 a 263.”

Lo anterior debe entenderse, claro está, sin perjuicio de que, en algunos eventos, dadas las circunstancias especiales del caso concreto, el juez pueda construir presunciones, con fundamento en indicios, esto es, en hechos debidamente acreditados dentro del proceso, que resulten suficientes para tener por demostrado el perjuicio sufrido. Un ejemplo claro de esta situación podría presentarse en el caso que nos ocupa, en el que si bien el perjuicio extrapatrimonial a la vida de relación de José Manuel Gutiérrez Sepúlveda se encuentra perfectamente acreditado, con base en los dictámenes periciales practicados, como se verá en seguida, su existencia e incluso su intensidad habrían podido establecerse a partir de la sola demostración de la naturaleza de la lesión física sufrida y las secuelas de la misma, a más de las condiciones en que se desarrollaba, según los testimonios recibidos, su vida familiar y laboral, antes del accidente.

Respecto de la cuantía de la indemnización, su determinación corresponderá al juez, en cada caso, conforme a su prudente arbitrio, lo que implica que deberá tener en cuenta las diferentes pruebas practicadas en relación con la intensidad del perjuicio, de modo que la suma establecida para compensarlo resulte equitativa. Y es obvio que debe hablarse de compensación, en estos eventos, y no de reparación, dado que, por la naturaleza del perjuicio, será imposible, o al menos muy difícil, en la mayor parte de los casos, encontrar un mecanismo que permita su reparación in natura o con el subrogado pecuniario.”⁶⁴

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita se delimitó la tipología del daño a la vida de relación (de la doctrina italiana), bajo las siguientes premisas: (i) no es equivalente al perjuicio fisiológico pues aunque su origen sea una lesión física o corporal, el perjuicio 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; (ii) tiene un espectro más amplio dado que no se refiere únicamente a la privación del goce y disfrute de los placeres de la vida, sino también a la perturbación de los actividades ordinarias o rutinarias que no pueden ejecutarse o necesitan de un excesivo esfuerzo; (iii) no está limitado a la lesión física o corporal de la persona, sino además, por ejemplo, aquella relacionada con una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o en una pérdida económica; (iv) puede ser sufrido

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2000, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. 11.842; reiterada sentencia de 9 de agosto de 2001, C.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 12998; auto de 25 de enero de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 26889; sentencia de 10 de mayo de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque, exp. 13475; sentencia de 10 de agosto de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 16205; sentencia de 23 de agosto de 2001, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, exp. 13745; sentencia de 21 de febrero de 2002, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. 12287; sentencia de 18 de octubre de 2000, C.P. Ricardo Hoyos Duque, exp. 13288, entre otras.

por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco (esposa, hijos) o amistad, entre otras; (v) se desecha la expresión alteración de las condiciones de existencia para calificar el daño, en la medida en que se considera, en estricto sentido, que cualquier perjuicio en sí mismo implica esta circunstancia, sea que las alteraciones se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él; (vi) no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean, sino que 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, es decir, se trata de un daño extrapatrimonial a la vida exterior, pues aquél que afecta directamente la vida interior será siempre un daño moral; y (vii) en cuanto a la indemnización, su determinación corresponderá al juez, en cada caso, conforme a las pruebas y a su prudente arbitrio según la intensidad del perjuicio, de modo que la suma establecida para compensarlo resulte equitativa⁶⁵.

No obstante, en sentencia de 15 de agosto de 2007, la Corporación cambió la denominación del daño extrapatrimonial a la vida de relación por la expresión alteración de las condiciones de existencia (*troubles dans les conditions d'existence* de la doctrina francesa) al considerarla más comprensiva y adecuada, sin que signifique que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia de una persona, sino que se reserva a aquellos que impacten en forma anormal, drástica y grave el curso o modo de vida del damnificado, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos, por fuera de los daños material y moral⁶⁶.

A su vez, en Sentencia de 11 de mayo de 2011⁶⁷, la Sección señaló que procedía el reconocimiento del daño a la alteración de las condiciones de existencia, cuando concurrían los siguientes requisitos:

⁶⁵ Vid. En similar sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 18 de octubre de 2000, exp. 11948; 25 de enero de 2001, exp. 11413; 9 de agosto de 2001, exp. 12998; 23 de agosto de 2001, exp. 13745; 2 de mayo de 2002, exp. 13477; 15 de agosto de 2002, exp. 14357; 29 de enero de 2004, exp. 18273; 14 de abril de 2005, exp. 13814; 20 de abril de 2005, exp. 15247; 10 de agosto de 2005, exp. 16205; 10 de agosto de 2005, exp. 15775; 1 de marzo de 2006, exp. 13887; 8 de marzo de 2007, exp. 15459; y 20 de septiembre de 2007, exp. 14272, entre otras.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación 19001-23-31-000-2003-00385-01.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de

(i).- Que se trate de un perjuicio autónomo en relación con los demás tipos de perjuicio. Debe tratarse de una alteración que tenga una connotación especial en la vida del sujeto, que modifique de modo “superlativo” las condiciones habituales en las que la persona se desenvolvía, que signifique un contraste significativo en relación con lo que implicaba la existencia normal del sujeto pasivo del daño antes que ocurriera el hecho generador de la alteración a las condiciones de existencia; y

(ii).- Que se trate de un daño cierto y probado, lo que quiere decir que las alteraciones predicadas como graves en relación con la existencia pretérita del sujeto, se encuentren plenamente evidenciadas dentro del proceso, por cualquier medio probatorio, de tal forma que el juzgador tenga a la mano elementos objetivos que le permitan establecer una indemnización razonable para el resarcimiento de los daños.

Y, finalmente, en la providencia citada se aclaró 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 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 graves a las condiciones de existencia’ tengan origen en afectaciones de carácter físico o fisiológico. Otro tanto puede decirse en relación con las alteraciones que tengan su causa en afectaciones de orden psicológico.”*

En suma, contrario a lo indicado en forma inexacta en la sentencia, de la evolución jurisprudencia se puede concluir que el daño a la vida de relación o a la alteración a las condiciones de existencia, ampara o protege la integridad psicofísica o derecho a la salud de las personas, permitiendo su reparación ante su afectación y la tutela efectiva de la dignidad humana e igualdad material, sin que sea procedente el reconocimiento de otra categoría, que, como adelante, sostendré puede implicar una duplicidad indemnizatoria por el mismo daño.

El detrimento psicofísico o corporal en sí mismo no representa objeto de reparación, siendo por tal motivo desatinado volver a la expresión de perjuicio fisiológico o a la salud, pues es diferente la lesión (daño corporal o psíquico) y sus consecuencias, dado que estas últimas son las que constituyen el perjuicio indemnizable.

En la sentencia, al clasificar y sustentar el daño a la salud como categoría autónoma sobre la sola idea de la afectación o limitación a la integridad corporal o síquica se incurre en contradicción o por lo menos en afirmaciones que generan confusión, pues, en una parte, se dice que *“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...”*; en otra que, cuando se origine, no será *“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 en la salud pierde relevancia...”*; luego que no es posible desagregarlo o subdividirlo en otras expresiones corporales o relacionales; y más adelante concluye que *“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...”*. Es decir, no es clara la providencia sobre si se enmarca el daño en la salud por el sólo evento de la afectación corporal o síquica o por sus consecuencias o por ambos aspectos; según el desarrollo conceptual de la providencia y su conclusión final parecería inclinarse al daño-evento, entre otras razones porque así ha sido concebido en la doctrina italiana en la que se soporta la sentencia.

Así las cosas, a mi juicio, cabe advertir que se incurre en una imprecisión, puesto que el daño extrapatrimonial o inmaterial debe ser clasificado de acuerdo con las consecuencias que produce tanto al interior del sujeto (moral), como en su parte externa (daño a la vida en relación o alteración a las condiciones de existencia) y no por el simple hecho del evento separado de sus efectos (daño biológico, fisiológico o a la salud), como se propone en la sentencia de la cual me distancio.

En efecto, recuérdese la diferencia que existe entre las nociones de daño y perjuicio, que, como lo explica Henao⁶⁸, permite entender las distintas formas en que opera la

⁶⁸ Henao Pérez, Juan Carlos, El Daño, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1998, Ob. cit. Págs. 76 y ss. Este autor es partidario de la utilidad de distinguir entre el daño y el perjuicio, y al

responsabilidad, establecer la legitimación en la causa para actuar en este ámbito y la manera de indemnizar. El daño es un hecho, es la lesión a la integridad de las personas o de las cosas, mientras que el perjuicio se configura por las consecuencias que se derivan de la lesión y que son la materia de la reparación⁶⁹.

La lesión a la integridad psicofísica o corporal del sujeto (así como ocurre con otros bienes de la personalidad, tales como la honra, buen nombre, tranquilidad, etc.), *stricto sensu*, sólo se configura en tanto se presente o produzca la alteración de sus condiciones de existencia, lo que puede suponer también para el mismo perjuicios de orden patrimonial o moral.

Es decir, lo susceptible de compensar es el atentado o la modificación al modo de vida del damnificado, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos, en el entorno personal, familiar o social debido a las lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico que le impiden, exigen, dificultan o privan, temporal o definitivamente, tanto del goce y disfrute de los placeres de la vida, como de las simples actividades ordinarias o rutinarias, es decir, vitales, situación anormal que no está en el deber de soportar o padecer y que, en todo caso, no tiene un contenido económico.

La anterior precisión permite fácilmente colegir que no es posible admitir que el daño a la integridad psicofísica o a la salud pueda o deba ser resarcido con prescindencia de sus consecuencias. Sin embargo, en la providencia no se hace expresa esta distinción y, en cambio, se acude según se deduce del análisis de sus consideraciones impropriamente a los conceptos de daño-evento y daño-consecuencia para permitir en estas dos hipótesis indemnización, ubicando el daño en la salud en la primera hipótesis, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia italianas.

tiempo de que cita a este respecto al profesor Bénédict (Cfr. Francis Paul Bénédict, "*Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'immutabilité*", JCP, 1957, I, p. 1351), rememora con los hermanos Mazeaud y Andre Tunc que en el derecho romano se trató sustituir la noción *damnum* por la de perjuicio, pero "comprendieron que lo que importaba no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (*damnum*), sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario; por eso decidieron que el simple *damnum* que no causaba perjuicio no daba lugar a la reparación" (Cfr. Mazeaud y Tunc. Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, cit. T.I. Vol I, p. 40).

⁶⁹ Al respecto vid. M' Causland, María Cecilia, "reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial". En estudios de derecho civil, obligaciones y contratos, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años rectoría: 1963-2003, t II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 337 y ss. En este artículo se hace un interesante análisis sobre la tipología del daño a la vida de relación y su distinción con el perjuicio fisiológico cuyo texto en adelante se seguirá en este aspecto.

En efecto, según autorizada doctrina el daño biológico es considerado en Italia como *“el daño sicofísico en sí mismo, es decir, la lesión a los valores de la integridad física y síquica del individuo, prescindiendo de sus consecuencias (daño biológico en sentido estático); y al mismo tiempo es el perjuicio a la fruición del ambiente natural o social dependiente de un evento lesivo de la salud (daño biológico en sentido dinámico)”*, presentándose, entonces, como una *“[v]oz unívoca de la que hacen parte factores como la vida de relación, el daño estético, el daño de los placeres de la vida y la serenidad familiar, así como la reducción de la capacidad genérica de trabajo, que constituye la dimensión dinámica del daño en cuestión”*⁷⁰.

La postura de la providencia desconoce los riesgos a que se expone el régimen de responsabilidad por daños al traer la discusión que en esta materia se ha suscitado en otros sistemas normativos foráneos a propósito de los criterios poco claros y vacilantes que en torno al daño a la salud, biológico o fisiológico se han elaborado, pues como bien advierte M^l Causland *“...las reglas que marcan el contenido y el resarcimiento de este tipo de perjuicio –determinadas por una nutrida y corta evolución- dan cuenta de un hecho indudable: su reconocimiento encuentra fuente en la necesidad de salirles al paso a los problemas que surgen en Italia respecto de la indemnización del daño no patrimonial, en virtud de la regulación limitativa contenida en el artículo 2059 del Código Civil, según el cual aquél debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”*⁷¹, situación que no se presenta en nuestro orden jurídico en donde los artículos 90 constitucional y 16 de Ley 446 de 1998, entre otros, permiten una adecuada clasificación y reconocimiento de daños materiales e inmateriales en procura de una indemnización integral del daño antijurídico imputable al Estado.

Por otro lado, dicho sea de paso, el criterio que asume el daño biológico como comprensivo del daño por la alteración de las condiciones de existencia cuando la afectación se produzca a la integridad física o síquica de la persona, implica una reducción del segundo concepto, dejando por fuera otras hipótesis, por ejemplo, la

⁷⁰ Roza Sordini, Paolo Emanuele, *El Daño Biológico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 79 y 92, citado por M^l Causland, María Cecilia en la obra mencionada, págs. 337 y 338.

⁷¹ M^l Causland, María Cecilia, *Ob. cit.*, pág. 337. Y agrega que los distintos casos y opiniones que exponen diversos autores permiten concluir que subsiste en la doctrina y la jurisprudencia italianas un cierto grado de confusión en torno a la conexión existente entre el daño a la salud y el daño a la vida de relación.

lesión a la imagen, al nombre o reputación, constitutivos también de esa tipología de perjuicio y reduciendo la legitimación en uno y otro caso, por cuanto recuérdese que el daño por la alteración de las condiciones de existencia puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco (esposa, hijos) o amistad, entre otras⁷².

En síntesis, considero que no resulta válido ni útil clasificar o tipificar como perjuicio autónomo del daño de alteración de las condiciones de existencia, el denominado daño a la salud, definido exclusivamente en forma estática y *per se*, en tanto la lesión a la integridad psicofísica es indemnizable siempre y cuando adquiera trascendencia o se refleje en la esfera externa del individuo, situación que permite además diferenciarlo del perjuicio moral.

III

La adopción del concepto de daño a la salud como categoría autónoma, conlleva la expansión o ampliación de las hipótesis que configuran los daños extrapatrimoniales indemnizables, teniendo en cuenta el reconocimiento de la constitución del daño por el sólo evento, con independencia y desligado de sus consecuencias o efectos, lo que implicaría o permitiría indemnizar a la vez el quebranto corporal o psicofísico y el deterioro a las condiciones de existencia que el mismo ocasiona, afectando los principios de la reparación, la prohibición del enriquecimiento sin causa y el presupuesto público.

En efecto, si bien son varios los párrafos que dedica la sentencia para dar a entender que cuando se presenta la afectación a la integridad corporal o psicofísica de la persona sólo se deberá indemnizar bajo el concepto de daño en la salud sin que sea procedente para el operador judicial el reconocimiento de otro tipo de daños que se desplazan y excluyen (vgr. alteración de las condiciones de existencia), el esfuerzo argumentativo resulta infructuoso no solo por el contrasentido, discordancia e incompatibilidad conceptual que encierra el afirmar y desarrollar que el daño a la salud comprende y garantiza tanto la integridad

⁷² Más discutible aún es el caso que plantea el daño a la salud para la reparación cuando se produce la muerte de la víctima, por cuanto, según la jurisprudencia italiana la lesión mortal tendría una capacidad ofensiva mayor y por ende daría lugar a una indemnización más elevada, identificando el daño evento en forma separada de la muerte, desconociendo que éste determina el fin de la persona, de suerte que no se configura un crédito transmisible a sus herederos. Así lo hace ver M' Causland, María Cecilia, Ob. cit., págs. 339 y 340.

psicofísica menoscabada por un hecho (daño-evento) como los efectos externos o relacionales que el mismo desencadena para la persona (daño-consecuencia), cuando quiera que en otros apartes señala que no admite ni divisiones ni subespecies, sino porque al final de la providencia deja el camino abierto para el reconocimiento simultáneo y autónomo de un mismo perjuicio bajo dos rubros de daños cuando se concluye que:

“No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y sistemático 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 en 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 del daño resarcible” (subrayado ajeno al texto original).

Para todos resulta claro que el daño debe ser indemnizado plenamente, lo que significa, en palabras de Henao, que la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiera ocurrido, o al menos en la situación más próxima a la que existía antes del suceso; dicho de otra manera: *“se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño”, regla que se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la “víctima”, si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima...”*⁷³

De ahí que comparta la idea de M' Causland de que la clasificación del daño no es un problema de discusión teórica sino que traspasa esos límites en búsqueda de la efectividad de la reparación y por lo mismo la realización de la justicia en el caso concreto, con aplicación de los principios de responsabilidad e igualdad, lo que conduce a establecer *“si todas las condiciones de existencia de la persona afectada que resultaron negativamente modificadas en virtud del hecho del*

⁷³ Henao Pérez, Juan Carlos, Ob. cit. pág. 45. Y agrega, incluso este autor que “...si la regla de la indemnización plena del daño en el sistema continental es hacer del daño realmente sufrido la medida de su resarcimiento, no es dable violarla otorgando indemnizaciones por encima del menoscabo sufrido...” (Ídem Pág. 48).

*agresor han sido tenidas en cuenta para efectos de determinar el contenido del resarcimiento.*⁷⁴

Pero, en la tarea de concretar los daños inmateriales o extrapatrimoniales, el problema que genera la sentencia es que al acoger el daño-evento permite la existencia de un daño inmaterial indemnizable consistente en la lesión en sí misma, esto es, por el sólo menoscabo físico o síquico de las personas, sin atención a las consecuencias externas que acarrea el daño.

¿Acaso no se indemniza totalmente a la víctima cuando se repara las consecuencias del menoscabo físico o síquico de la persona? Sin duda, la reparación con ocasión a una afectación corporal o síquica de una persona es integral cuando se indemnizan los efectos que produce la lesión en el patrimonio económico, esto es, el daño material, en los sentimientos, esto es, el daño moral, y en el curso o modo normal de vida del damnificado dentro del ambiente natural o social o en sus proyectos, con cambios en la forma como se relacionaba con el mundo, esto es, el daño por la alteración de las condiciones de existencia.

El perjuicio indemnizable está limitado a las consecuencias de la lesión y no por la misma valorada separada o aisladamente, razón por la cual es inadecuada la reparación del daño evento, en el que consiste el daño biológico, fisiológico o a la salud corporal o síquica. La sentencia en el fondo no es que esté simplemente cambiando una denominación para una mejor sistematización del daño inmaterial sino creando una nueva fuente de indemnización por un mismo perjuicio, posibilitando, en forma indebida, su acumulación al desconocer que cuando a alguien se le indemniza la alteración de las condiciones de existencia derivadas de una lesión física, corporal o síquica (consecuencias del daño), se está reparando el menoscabo sufrido por el deterioro a la salud.

Hago énfasis en que estoy de acuerdo con que se resarza la afectación a la salud, en tutela de este derecho y de la dignidad humana consagrados en la Constitución Política (arts. 5, 44, 47, 49, entre otros) pero lo que no comparto es que se reconozca separadamente del daño por la alteración de las condiciones de existencia, ni que se de apertura a un reconocimiento indiscriminado de tipologías autónomas de daños inmateriales que comprometan sin justificación jurídica atendible el patrimonio público.

⁷⁴ M' Causland, María Cecilia, Ob. cit. págs. 325 y 326.

Por lo tanto, considero que resulta más preciso, diáfano, garantista y sin mayores tropiezos agrupar en una misma categoría de daño inmaterial, las diferentes formas de alteración de las condiciones de existencia de un sujeto, por cuanto la existencia de cada una de ellas será valorada y apreciada en cada caso por el juez para determinar la indemnización correspondiente, lo cual evita que una misma lesión o menoscabo a la vida de una persona bien no se quede sin reparación o bien sea indemnizada más de una vez, ocasionando en este último caso un detrimento al erario o agravio al patrimonio público, riesgo al que quedó expuesta la reparación por responsabilidad patrimonial del Estado en el contencioso administrativo a raíz de la nueva tesis.

En resumen, advierto que la nueva tesis de la Sala puede generar doble indemnización por un solo perjuicio, dado el contenido conceptual de la misma y a que si bien en algunos apartes de la providencia se señala que no podría otorgarse indemnización por daño a la salud y por el daño a la alteración de las condiciones de existencia, en otros apartes afirma que será el juez quien deba determinarlo.

IV

La providencia no establece criterios claros y uniformes de indemnización, e incluso al ser aplicada la nueva tesis termina reconociendo y liquidando en forma disímil, inequitativa y sin fundamento el daño a la salud, con lo cual no se cumple el principio de igualdad material que tanto pregona.

La dificultad de encontrar una equivalencia entre una lesión a la integridad sicofísica y una forma adecuada de resarcimiento ha sido uno de los mayores escollos en la doctrina italiana del daño a la salud, no solo para su aceptación sino en su aplicación una vez estructurado, según se deduce de la discusión a la cual ha estado constantemente sometida⁷⁵. De todos modos, de acuerdo con la tesis

⁷⁵ Cfr. Cortés, Edgar. Responsabilidad Civil y Daños a la Persona, El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?. Universidad Externado de Colombia, 2009, págs. 103 y ss. y 112 y ss. Este autor al abrir espacios de reflexión sobre el resarcimiento del daño corporal, mediante la presentación del modelo italiano de categoría autónoma de daño a la salud, muestra un panorama sobre las situaciones sintomáticas y la evidencia del problema de establecer el valor hombre, pues en un comienzo estaba atada la liquidación del daño corporal a la merma o reducción de las ganancias o de los ingresos de la víctima; así describe, en resumen, las diversas medidas y criterios doctrinales y jurisprudenciales para solucionarlo: en un primer lugar, se estimó

del daño a la salud, el elemento central es el valor hombre, que debe dar la medida del resarcimiento por la lesión a la integridad sicofísica, afectación que será el parámetro para su valoración y liquidación, mediante los criterios de uniformidad de base y de adecuación al caso concreto; pero, condicionada a la verificación objetiva del médico legista, quien tiene un papel y una tarea fundamental, pues debe comprobar su naturaleza y su entidad para consentir al juez la posterior liquidación del mismo, determinando la invalidez en términos o puntos porcentuales, la cual puede ser corregida por el juez con base en la equidad y en las circunstancias del caso concreto; de ahí que, para determinar el punto de invalidez, se han elaborado en Italia tablas por medicina legal, como guías orientadoras, a la manera de la de los accidentes de trabajo (y las de lesiones de guerra), clasificadas por grupos orgánicos (aparato respiratorio, vista,

sin consideración a ninguna otra circunstancia que el propio perjuicio e incluso se permitió su acumulación con la disminución de las ganancias, y se propugnó que debía ser igualitario para todos, salvo por cuestiones de edad; en segundo lugar, frente a este criterio automático se impuso la necesidad de acudir a las circunstancias del caso concreto, con una reparación igualitaria base; en tercer lugar, se acudió a la evaluación equitativa del daño; en cuarto lugar, para evitar decisiones contradictorias que no garantizaban la igualdad de tratamiento, se comenzó a elaborar modelos para la liquidación del daño con componentes médico legales o parámetros como la renta media nacional (*pro capite*) multiplicada por un coeficiente de capitalización que se relacionaba con la edad de la víctima y su vida restante probable, de acuerdo con tablas de mortalidad, o con referencia al valor de tres veces del monto anual de la pensión social por un coeficiente de capitalización, teniendo en cuenta el sexo, la edad y el porcentaje de invalidez comprobado por médicos legistas, metodologías que fueron materia de críticas por ser carentes de elasticidad a afectos de que se incrementara la indemnización de acuerdo con el grado de la lesión y su sufrimiento, y por desatender la exigencia de justicia en el caso concreto; en cuarto lugar, se implementó el criterio del punto elástico (*calcul au point*), con base en grados o puntos porcentuales de invalidez que determinara la ciencia médico legal, según fuera permanente o transitoria, junto con la posibilidad del juez de aumentar hasta un 50% el valor de cada punto de acuerdo con la gravedad de la lesión en el caso concreto, pero siempre con referencia al promedio de los precedentes judiciales de la misma u otra sedes, la edad, la permanencia de invalidez en la vida probable de la víctima, la naturaleza de la lesión y la existencia de alteraciones previas, sean laborales o no, metodología que fue cuestionada por la necesidad de un juez preparado y por los peligros de la denominada media de los precedentes; en quinto lugar, se estableció el criterio del punto variable, con progresión geométrica en proporción al crecimiento de la invalidez y en función decreciente a la edad, pero también acudiendo a la media del precedente judicial y a los montos crecientes o decrecientes según medicina legal y datos estadísticos, elementos con base en los cuales se podían elaborar tablas que permitirían determinar el monto de la indemnización según el grado de invalidez, la edad y la personalización que del caso concreto hiciera el juez, metodología también criticada porque propició que cada juez o sede judicial tuviera sus propias tablas; en sexto lugar, se elaboró por el sector académico, con el concurso de médicos legistas, juristas, sector asegurador y economistas, aunque sin intervención del legislador y con alguna utilización por la jurisprudencia, una tabla indicativa nacional (TIN), deducida de los precedentes judiciales nacionales, que atendiera la necesidad de uniformidad en la liquidación base del daño pero con adecuación al caso concreto por el juez, la cual fue criticada porque el reconocimiento del daño con base en la tabla no tendría correspondencia real entre el valor que se le asigna al punto y el grado de invalidez al estar desvinculada del tiempo y del espacio en que se produce el daño.

sistema nervioso, etc.) y que sugieren un valor indicador de invalidez, sin que tengan valor obligatorio y que pueden variar respecto de las consecuencias de una misma lesión, con lo cual se da paso a un tratamiento resarcitorio desigual⁷⁶.

Sea lo que fuere, se puede apreciar de ese mismo desarrollo de la forma de liquidar el daño en la salud, que aún no ha encontrado el punto de equilibrio que permita lograr el resarcimiento del daño sufrido por la lesión a la actividad psicofísica en forma igual a otra víctima con idéntica lesión, en respeto de la dignidad humana.

La providencia de la cual discrepo, en esta materia tampoco fue extraña a esta problemática y lejos de proponer una metodología clara y concisa, que la diferenciara completamente de las otras categorías de perjuicios, fue ambigua e incongruente en el tema, pues, por una parte, señaló que el daño a la salud se repara fundamentado en principios de igualdad y objetividad y 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, pero al momento de decidirse el asunto no se tuvieron en cuenta sino que se acudió, *arbitrio iudice*, a los criterios jurisprudenciales que se han adoptado precisamente para el reconocimiento y liquidación del daño del cual se quiso deslindar el daño a la salud, esto es, del daño por la alteración de las condiciones de existencia, lo que permite reafirmar que no gozan de la reclamada autonomía.

Pero más allá de este aspecto inconsecuente, en mi criterio, la providencia no cumple con el propósito que enuncia de humanizar el daño y garantizar los derechos fundamentales, dado que, cuando sugiere que el daño debe ser tasado mediante la asignación de un valor a los órganos y a las partes del cuerpo en términos de porcentaje de incapacidad, materializa al hombre, aunque termine reconociendo que existe un componente subjetivo que permitirá incrementar la proporción del primer valor, según el caso concreto.

En efecto, la tesis nueva se ampara en la humanización de la persona y en la defensa de sus derechos fundamentales, pero ¿será que se cumple este cometido

⁷⁶ Cfr. Cortés, Edgar. Ob. cit. págs. 138 y ss.

cuando la liquidación del daño consista en la asignación de un valor al órgano lesionado resultado de la asignación en términos porcentuales de la invalidez?, realizada, seguramente, con base en tablas elaboradas por médicos legistas o fijadas en manuales de valoración de daños⁷⁷, que bien podrían ser útiles pero no decisivas; ¿se logrará con ello la igualdad material que consagra la Constitución Política de 1991 (art. 13) o el mero cumplimiento en apariencia del mismo o una igualdad formal?

La dignidad humana y el derecho a la igualdad se contraponen a soluciones automáticas en materia de liquidación de daños a los sujetos por vía judicial, sin correspondencia a la gravedad e intensidad del mismo y sin relacionarse con las condiciones personales de quien lo padece y las circunstancias del caso concreto (pérdida del potencial humano derivado de la anomalía orgánica dentro del contexto de las privaciones de las actividades vitales, esenciales, habituales, ordinarias, placenteras o no pero inherentes a la incapacidad), teniendo en cuenta los principios de reparación integral y equidad y observando criterios técnicos actuariales (art. 16 Ley 446 de 1998).

Aún me inclino por pensar que la liquidación del daño que sufre un sujeto a consecuencia de una lesión a su integridad psicofísica o a la salud, consistente en la disminución de las posibilidades de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social⁷⁸ u ordinario, mediante un reconocimiento cuya finalidad es procurar satisfacción y atemperar, en lo posible, los efectos negativos que del mismo se generen, es de lejos más humano, que tasar el perjuicio por valor del órgano o miembro, cosificando monetariamente al hombre.

⁷⁷ Ya existe un antecedente de ese intento cuando se debatió el proyecto de ley número 234 de 1996 – Cámara que dio lugar a la Ley 446 de 1998 de acceso y eficiencia en la justicia. En efecto, el ahora artículo 16 de dicha ley, de conformidad con el cual “[d]entro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”, no era inicialmente de esa tesitura, puesto que la propuesta original de dicho artículo, de iniciativa gubernamental, establecía que esa valoración de daños se haría de acuerdo con el manual que al efecto expidiera el Gobierno Nacional, aspecto que fue eliminado durante los debates del mismo en el Congreso de la República; así se proponía la norma: “Artículo 15. Valoración de daños a las personas. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados directamente a las personas se efectuará con sujeción al Manual de Valoración de daños que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, atendiendo el principio de reparación integral y criterios técnicos actuariales y de equidad.”

⁷⁸ Bianca C. Massimo, *Diritto Civile, V, La Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, pág. 184.

En suma, la claridad conceptual de la tesis en su arista de la liquidación del daño a la salud parece diluirse frente a los casos concretos, sobre todo porque al final de cuentas la dificultad u obstáculo que representa la lesión corporal o síquica y que supone el impedimento o incapacidad total o parcial, temporal o permanente, para desarrollar la vida normal, constituye la base para calcular el monto del resarcimiento, esto es, la medida de la indemnización que debe adoptarse por el juez bajo parámetros de razonabilidad y frente a daños similares -o por lo menos comparables- que hayan sido materia de estudio por la jurisprudencia, lo que todas luces fuerza concluir que el daño a la salud, fisiológico o biológico, no tiene una metodología consecuente con los principios atrás enunciados, ni constituye una categoría autónoma y diferente de perjuicio al ya estudiado de la alteración a las condiciones de existencia.

Incluso, ya se advierte una incongruencia en términos de igualdad material o inequidad en la liquidación del *quantum* de los perjuicios con aplicación de la nueva tesis, puesto que sin justificación alguna en el proceso con radicado 19.031 se condenó por cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño en la salud de Antonio José Vigoya Giraldo por la pérdida de su extremidad inferior derecha, que le produjo una disminución del 95% de la capacidad laboral, mientras en este proceso con radicado 38.222 se condenó por una suma inferior de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño en la salud a favor de Fabián Andrés Mejía Arias por una afectación permanente en la columna que lo dejó parapléjico y con una incapacidad laboral del 100 %⁷⁹, sin que en este último caso sea excusable la liquidación menor del perjuicio, porque, contrario a lo aducido en la sentencia de este último proceso, no aplicaba el principio de la *no reformatio in pejus*, por cuanto la decisión de primera instancia había sido apelada por ambas partes y de conformidad con el artículo 357 del C. de P. Civil “*cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones*”, razón por la cual era posible aumentar el monto reconocido.

A manera de conclusión, salvo el voto parcialmente, porque la providencia implica un retroceso para la jurisprudencia, pues ya existía claridad en relación con el

⁷⁹ A más de la reducción de cincuenta salarios (50) mínimos legales mensuales vigentes por cuenta de que la operación matemática del juez que no arrojaba como resultado los doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que en el encabezado dijo reconocer por el concepto de daño a la vida en relación .

alcance del daño extrapatrimonial diferente al daño moral, según la cual el daño por la alteración a las condiciones de existencia abarca o comporta la lesión a la salud, esto es, la afrenta corporal o síquica de la persona, sin pueda reconocerse éste en forma independiente a aquél.

Finalmente, se observa que al llevar los procesos citados al pleno de la Sección para debatir y estudiar la tesis del daño a la salud, se ratificó la necesidad y la procedencia jurídica de que el asunto en el que se cambiaba el criterio jurisprudencial de la Corporación sobre la tipología del daño inmaterial debía ser estudiado y decidido por la misma en virtud de sus competencias y no por una subsección.

En los anteriores términos dejo planteado mi salvamento de voto parcial a la sentencia del asunto.

Fecha ut supra

RUTH STELLA CORREA PALACIO