Daño a la salud: perjuicio inmaterial inútil e inconveniente para reparar integralmente el daño*

Damage to health: injury intangible useless to repair problem fully damage

*Iván Mauricio Fernández Arbeláez***

Cómo citar: Fernández I, (2014). Daño a la salud: perjuicio inmaterial inútil e inconveniente para reparar integralmente el daño. *Inciso* vol (16) p 139-151.

Recibido: 18/10/2014/Revisado: 21/10/2014|Aceptado: 09/12/2014

Resumen

Con el objeto de vislumbrar lo innecesario e inconveniente de la incorporación del daño a la salud dentro de la tipología de los perjuicios inmateriales, se elaboró este ensayo. En el mismo se resalta que dicho concepto termina afectando el principio de reparación integral, dado que incorpora concepciones estándar en torno a la valoración de la integridad psicofísica del ser humano sin atender su componente digno, lo que implica generar indemnizaciones similares frente a impactos perjudiciales diferentes. Por otro lado, se explica cómo el perjuicio a la salud es un concepto que confunde los elementos de daño y perjuicios, diferenciación que es esencial en materia de reparación integral. Así mismo, se expone como el detrimento a la salud en el aspecto indemnizatorio de las consecuencias del menoscabo, termina confundiéndose con la afectación a la vida de relación. Finalmente, se esgrime que la metodología que incorpora la aminoración a la salud propugna por una jurisprudencia de conceptos y desconoce la técnica del precedente, técnica que precisamente se debe fundar en situaciones fácticas para realizar el derecho a la igualdad conforme lo ha expuesto la Corte Constitucional en Colombia.

Palabras clave: Daño, indemnización, perjuicios, reparación, salud.

Abstract

With the object to the discern the unnecessary and problem of the incorporation inside the tipology of the immaterial damages of the damage to the health, this test was elaborated. In it is highlighted the concept ends up affecting the principle of full compensation, Since it incorporates standard concepts related to the valuation of the prychophysical integrity of human beings without addressing its worth component, implying generate similar allowances against different harmful impacts. On the other hand, explains how the damage to health is a concept that confuses the elements of damage and harmful, differentiation is essential in comprehensive repair the damage. Likewise, is exposed as damage to greet the compensation aspect of the consequences of the damage, ending confused with damage to life relationship. Finally wields the methodology incorporating the damage to health calls for a jurisprudence of concepts and know the technique of the previous, technique that should be found precisely in factual situations to the right to equality as it has exposed the constitutional court.

Keywords: Harm, damages, losses, repair, health.

*El presente artículo es el resultado de una investigación cualitativa realizada como requisito para optar por el titulo de maestro en Derecho Público al interior de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia.

**Abogado y catedrático de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, especialista en Derecho Contencioso Administrativo y en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia

Introducción

"Una cosa es el detrimento patrimonial que sufre una persona y otra son las consecuencias que genera tal menoscabo". Esta máxima, a pesar de que se formula de una manera tan sencilla, constituye un postulado que permite desarrollar principios trascendentales en lo atinente a la reparación integral del daño (Gil, 2011: 2236)[1], tales como el estándar mínimo del daño o la clasificación concreta de los perjuicios inmateriales (Koteich, 2012: 18)[2]. Ahora bien, en reciente providencia el Consejo de Estado pone en tela de juicio la regla anotada, al crear una nueva categoría de perjuicio el cual denomina: daño a la salud (Gil, 2011, 2236).

El doctrinante Enrique Gil Botero señala sobre esta modalidad de perjuicio lo siguiente:

> Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, nunca podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, 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 –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. A contrario sensu, el daño a la salud, gana claridad, exactitud y equidad donde aquellos la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que la misma 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 conseguiría una sistematización del daño no patrimonial. (Gil, 2010: 308).

Del aparte doctrinal trascrito se colige que el daño a la salud indemniza la modificación de la unidad corporal. Es decir, este perjuicio no es una consecuencia del daño sino el mismo daño. Por tanto, se observa una confusión enorme entre daño y perjuicios. Por otro lado, se advierte que dicho daño gana supuestamente exactitud dado que, según el argumento expuesto en el fragmento doctrinario que se analiza, solo tiene en cuenta la lesión en sí misma considerada, pues sería inequitativo reconocerle un mayor valor a una persona frente a otra por la misma lesión padecida, solo por el hecho de que la primera tiene mayor vida social que la segunda. Ahora bien, desconocer las consecuencias de la lesión, por el contrario, es un asunto que generaría extremas injusticias, pues no es lo mismo la pérdida del dedo meñique de la mano izquierda de un escritor diestro, que la pérdida de dicha parte anatómica por parte de un pianista que debe usar las dos manos en su integridad para ejecutar su instrumento.

Sin perder de vista lo expuesto en el párrafo anterior, encontramos otro reproche en torno al daño a la salud. Se explicita por el doctrinante citado que dicho daño es más claro que el daño a la vida de relación o la alteración grave en las condiciones de existencia, toda vez que no tiene en cuenta el aspecto social o el proyecto de vida de la víctima, sin embargo, esgrime que con el daño a la salud también se reconoce una indemnización por las consecuencias que la modificación de la unidad corporal genera. Como corolario, reseña como ejemplos de tales consecuencias el daño estético, el daño sexual o el psicológico.

Más adelante observaremos que una de las críticas que la doctrina expresa con relación al daño a la vida de relación es que es muy abstracto y al interior del mismo cabe cualquier tipo de detrimento

1.En el desarrollo de este artículo se citará en varios pie de páginas la sentencia del magistrado Gil, para facilitar una mejor comprensión de lo tratado. "En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (L. 446/98, art. 16) 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."

2. "Así pues, el operador del derecho, el juez, se enfrenta a dos de los más importantes problemas del nuevo derecho de daños, la clasificación del perjuicio y la reparación correspondiente a cada una de sus categorías, todo lo cual debe estar informado por el principio de reparación integral, que impone considerar más que las simples proyecciones patrimoniales o materiales del hecho ilícito, es decir, tomar a la persona de la víctima como una compleja realidad biológica, social y espiritual."

patrimonial. Ahora bien, ¿no cabría plantear el mismo interrogante en relación con el daño a la salud?, ¿a qué se refiere la doctrina cuando esgrime que el daño a la salud también indemniza las consecuencias que generan la modificación de la unidad corporal?, ¿esas consecuencias son las mismas o diferentes a las que tiene en cuenta el daño a la vida de relación?

De lo expuesto se colige una serie de inconvenientes que terminarían afectando el principio de reparación integral que debe operar en todos los procesos donde se pretenda una indemnización de perjuicios. Por tanto, el presente artículo pretende dilucidar el siguiente problema jurídico: ¿La incorporación del daño a la salud dentro de la clasificación de los perjuicios inmateriales es útil y conveniente para materializar la reparación integral del daño?

La tesis que se defenderá en este escrito es que la incorporación del daño a la salud dentro de la clasificación de los perjuicios inmateriales es inútil e inconveniente para materializar la reparación integral del daño toda vez que (i) como resultado de la investigación, se colige que el daño a la salud se identifica con el daño a la vida de relación y la alteración grave en las condiciones de existencia en lo atinente a las consecuencias que genera la modificación de la unidad corporal, y (ii) como punto de partida a una discusión generada por este esfuerzo investigativo, se sostiene que el parámetro de la modificación de la unidad corporal resulta un tópico inequitativo porque se corre el riesgo de indemnizar cada alteración funcional de una manera estándar sin atender el ámbito social del afectado en armonía con su dignidad humana (Koteich, 2012: 30)[3]. Cada una de estas premisas constituirá un capítulo dentro del presente ensayo y, finalmente, esbozaremos unas conclusiones que nos permitirán cerrar el escrito de una manera coherente.

Materiales y métodos

Para la investigación se utilizó una metodología cualitativa que no pretende determinar valores exactos sobre determinada información, sino, extractar reglas jurisprudenciales que evidencian la inutilidad e ilegalidad del daño a la salud como categoría inmaterial de perjuicio derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la víctima, lo cual atenta contra el principio de reparación integral del daño. Como corolario, el análisis fue netamente documental fundado en una línea jurisprudencial cuyos hechos giraron en torno a lesiones psicofísicas de la integridad humana y la manera como se ha considerado la reparación integral del daño en lo atinente a los perjuicios inmateriales diferentes a los morales.

Resultados

Identificación del daño a la salud con el daño a la vida de relación

Cuando la doctrina expresa que el daño a la salud también se ocupa de indemnizar las consecuencias que la modificación de la unidad corporal genera, como lo sería el daño estético, el sexual o el psicológico, lo único que está haciendo, en este ámbito, es identificar el nuevo perjuicio con los perjuicios tradicionales reconocidos por la jurisprudencia, por tanto, en este aspecto no encontramos ninguna utilidad práctica en la incorporación de la nueva modalidad dentro de la clasificación de los daños inmateriales (Gil, 2011: 2236)[4]. Para entender esta premisa pasaremos en un primer momento a visualizar lo que se considera por daño fisiológico, daño a la vida de relación y alteración grave en las condiciones de existencia, luego compararemos el daño a la vida de relación con el daño a la salud y, finalmente, llamaremos la atención que con el daño a la salud se busca construir una jurisprudencia con base en conceptos y no en eventos fácticos fundados en la analogía.

3. Algún sector de la doctrina explica que el descubrimiento del daño a la salud trae como utilidad un avalúo objetivo del perjuicio con base en el examen médico legal y los baremos. Una valoración que se circunscribe al ámbito funcional y olvida al ser humano como una unidad trascendente. En la persona humana el cuerpo es prolongación del alma y no simplemente una máquina que se estropea y hay que pagarla.

4. "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".

Daño fisiológico, daño a la vida de relación y alteración grave en las condiciones de existencia

En un primer momento del estado de la jurisprudencia, el Consejo de Estado reconoció un nuevo perjuicio inmaterial diferente al moral y lo llamó daño fisiológico (Koteich, 2012: 207)[5]. Este perjuicio lo importó de la jurisprudencia francesa, sin embargo, según un sector de la doctrina, fue introducido a nuestro sistema jurídico de manera errónea, pues obedeció a una mala traducción del francés al español, toda vez que lo que debía denominarse fisiológico se precisó como psicológico, lo que conllevó a una aplicación disímil de su alcance en relación con el derecho francés. Así las cosas, en el derecho francés se trata de un perjuicio objetivo que se evidencia por la lesión padecida, lo que implica, ni más ni menos, que el daño fisiológico francés, se equipara al daño a la salud italiano que ahora se pretende incorporar a nuestro derecho. Así lo explica la doctrina anotada en los siguientes términos:

> De modo que ésta, que pudo haber sido una cita fundamental en el esclarecimiento en Colombia de la naturaleza del perjuicio fisiológico (y no "psicológico", que le resta sentido a la idea), reflejó únicamente la diferencia neta que, en efecto, existe en Francia entre el perjuicio fisiológico (o daño a la salud en Italia) y el perjuicio de agrado (o daño a la vida de relación en Italia), pero no destacó la relevancia que aquél tiene, incluso por encima de éste, en la sistematización francesa del daño resarcible, ni relevó tampoco su carácter objetivo, que es subrayado por la sentencia en más de una oportunidad y que constituye su rasgo característico más importante. (Koteich, 2012: 219).

A pesar de la mala traducción a que hace referencia el aparte doctrinal trascrito, la máxima corporación de lo contencioso administrativo empezó a construir una línea jurisprudencial sólida en torno al daño a la vida de relación. En efecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, al citar jurisprudencia francesa, subrayó lo que considera por daño a la vida de relación, así:

> La jurisprudencia Francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la Resolución 75-7 del comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en casos 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>> (Hernández, 2000: 11774).

Se deduce del aparte jurisprudencial transcrito, que este perjuicio se genera en todos aquellos eventos en que la persona ya no podrá continuar con su vida normal debido a la aminoración patrimonial sufrida como consecuencia del daño, como en el caso de la pérdida de un pie, donde la persona afectada, vería disminuida y perturbada su capacidad de locomoción y estaría obligado a utilizar una prótesis para el resto de su vida. Sobre la definición y la naturaleza jurídica del daño a la vida de relación, el Consejo de Estado expone en la providencia que abandonó definitivamente el daño fisiológico, que su alcance no solo se limita a perturbaciones fisiológicas o a la imposibilidad de realizar actividades placenteras, sino también a la imposibilidad de ejecutar actividades cotidianas, así:

> 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,

5."Así, con la sentencia n. 7428 del 6 de mayo de 1993 (Sección Tercera, Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta), la jurisprudencia contencioso-administrativa colombiana dio paso por primera vez, con fundamento en el principio de reparación integral, a una categoría de daño extrapatrimonial distinta del pretium doloris, llamada perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, y entendida como la imposibilidad de la víctima de desarrollar normalmente su vida en sociedad a consecuencia del menoscabo de su salud o integridad psicofísica". Koteich, M, La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición: febrero de 2012. La misma doctrinante aclara que hubo un antecedente a esta providencia en sentencia del Consejo de Estado del 14 de febrero de 1992, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 6477, aunque en esta última no se reconoció un monto autónomo sino que se elevó la cifra por perjuicios morales. Por otro lado, el reconocimiento del perjuicio fisiológico en los términos anotados, se consolidó con Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 1º de julio de 1993, Expediente 7772.

> no podría ser sinónimo 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. 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´agrement (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 (...).
>
> 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. 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 casos 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 será siempre un daño moral. (Hernández, 2000: 11842).

Es menester entender que este tipo de perjuicio no implica necesariamente una alteración orgánica objetiva que impida disfrutar de la vida, también un trastorno sicológico puede provocarlo, como cuando la persona próxima a la fallecida no vuelve a realizar determinada actividad que realizaba en compañía de quién falleció. O incluso, en el caso del hijo póstumo, dado que se privó al mismo de la posibilidad de tener un padre o una madre con todas las consecuencias que eso significa, en este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, así:

> No obstante, la Sala aclara en esta oportunidad que en el caso del hijo póstumo si bien es posible que se repare el perjuicio moral, es indudable que el daño que principalmente sufre es la alteración en las condiciones de existencia. En efecto, si el perjuicio moral es el dolor, la aflicción o tristeza producidos por el hecho dañino, es claro que tales sentimientos no fueron experimentados por quien aún no había nacido cuando éste se produjo. Lo que en realidad afecta a quien pierde a uno de sus padres antes de nacer es el apoyo, el afecto y la compañía, que habría recibido de éste. (Hoyos, 2003: 57).

Otro evento donde además de la víctima lo seres queridos que la rodean también sufren daño a la vida de relación, es cuando aquella a raíz del comportamiento dañino sufre graves lesiones como la paraplejia, veamos:

> En relación con sus padres y su hermano, considera la Sala que también procede una condena en el mismo sentido ya que de las pruebas valoradas se desprende que éstos también vieron afectada su vida familiar y social como consecuencia de la lesión padecida por J.A., en efecto, se vieron avocados a atender a una persona parapléjica, a pesar de no contar con los conocimientos y habilidad para ello y debieron además, acudir a la caridad de sus vecinos y amigos a fin de poder suplir los gastos que la salud del lesionado demandó y atender su propia subsistencia (...).(Saavedra, 2007: 30114).

Es pertinente anotar que el Consejo de Estado, por regla general, reconoce como monto máximo por este concepto 400 SMLMV (Hernández, 2000, 1949)[6]. Este monto ha sido reconocido en los casos más graves como la paraplejia, así:

---

6 Hasta hoy, la indemnización más alta reconocida por el Consejo de Estado en relación con los perjuicios por el daño a la vida de relación es de 4000 gramos oro (lo que hoy equivaldría a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes). Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 19 de 2000. Expediente 11.842. Consejero Ponente: Dr. Hernández. A. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de legis de octubre de 2000.

> En el caso en estudio con base en las pruebas referidas, la Sala concluye que J.A.A. sufrió perjuicio a su vida de relación, por lo que se condenará a la demandada a pagar al lesionado una suma equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de ésta providencia. (Saavedra, 2007: 30114).

Continuando con el análisis de este punto, es necesario precisar que el perjuicio a la vida de relación, al igual que el perjuicio moral, a pesar de ser perjuicios inmateriales, son susceptibles de heredarse, tal como acontece con los perjuicios materiales. Así lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos:

> Se solicita en la demanda que se reconozca a los parientes del señor Arturo Miguel Sierra, en forma proporcional, la reparación del daño fisiológico padecido por éste antes de su muerte, ya que no falleció de inmediato.
>
> [...]La existencia de este perjuicio como la de los demás, puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e inclusive puede presumirse en razón de las circunstancias particulares del caso, o a partir de indicios.Adicionalmente se advierte que dicho perjuicio es transmisible, porque una vez causado se convierte en un derecho patrimonial que puede hacer parte del acervo hereditario. (Hoyos, 2003: 58).

Ahora, es menester acotar que en recientes pronunciamientos el Consejo de Estado ha reconsiderado la denominación de este perjuicio y ha preferido utilizar la expresión: alteración grave a las condiciones de existencia, pues considera que es un concepto más omnicomprensivo (Koteich, 2012, 147)[7]. Veamos como lo define la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo:

> Debe tratarse de una alteración que tenga una connotación especial en la vida del sujeto, que modifique de modo "superlativo" las condiciones 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. (Rojas, 2011: 1615).

Aunque al observar la definición anotada no observamos avance significativo frente al concepto de daño a la vida de relación, lo que sí se evidencia es que, al contrario de lo que considera el Consejo de Estado, la alteración grave de las condiciones de existencia resulta ser un concepto restringido frente al primero. En efecto, de la definición trascrita se parte de una premisa: la existencia normal del sujeto pasivo, la cual se ve alterada de manera grave por el daño. Empero, ¿qué pasa si el sujeto pasivo no ve alterada su vida normal y sin embargo se modifica de manera grave sus condiciones de existencia?, ¿en este caso no se podría indemnizar este tipo de perjuicio? Por ejemplo: es evidente que el hijo póstumo no puede compartir su vida con su padre fallecido, lo que implica una alteración grave a las condiciones de su existencia, sin embargo, como se exige una modificación superlativa del curso normal de la vida, el hijo póstumo no tendría derecho indemnizatorio por este concepto, pues nunca compartió su curso vital con su padre.

A contrario sensu, el daño a la vida de relación no exige como requisito *sine quanon* una alteración al curso normal de la vida, por ende, en el ejemplo que venimos analizando, no habría obstáculo alguno, bajo el amparo de este concepto, de reconocer una indemnización al hijo póstumo. Así mismo resulta más restringido que el daño a la vida de relación porque busca imposibilitar el reconocimiento de los denominados perjuicios bagatela, es decir, aquellos perjuicios que no tienen la entidad suficiente de alterar de manera grave la vida de la víctima y únicamente se consideran pequeñas molestias que deben ser soportadas por el perjudicado por el solo hecho de vivir en comunidad. Sobre la concepción de los perjuicios bagatela la doctrina expresa lo siguiente:

> Sobre estos se ha dicho que no son, en sentido jurídico, verdaderos daños, pues la "bagatela" no ocasiona perjuicios capaces de activar el resarcimiento, sino molestias, a lo sumo fastidio, que no afectan el interés en su núcleo inviolable;

7. Chapus lo define de la siguiente manera: "[...] si quisiera darse una definición, podría decirse que estos (problemas) consisten en una modificación anormal del curso de la existencia de la víctima, de sus ocupaciones, sus hábitos o sus proyectos" Citado por Koteich. M, La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición: febrero de 2012.

> y que sin embargo podrían ser objeto de otro tipo de mecanismos de tutela, como la inhibitoria (en caso de amenazar con convertirse en un daño), pero no de esa tutela superior constituida por la responsabilidad civil, reservada a determinado tipo de intereses. (Koteich, 2012: 79).

Así planteada, esta segunda restricción resulta loable, pues el reconocimiento de toda molestia o infortunio, por ínfimo que sea, haría de la responsabilidad civil una fuente inagotable de enriquecimiento bajo el amparo de una mal concebida reparación integral, que no comulga con valores constitucionales como el libre desarrollo de la personalidad o la integridad moral del individuo, en detrimento de una distribución equitativa de riqueza. Ejemplos de este tipo de perjuicios los encontramos en el mal humor intrascendente o en las lesiones físicas superficiales que no afectan de manera relevante el devenir cotidiano de las personas. Ahora, es menester que dichos perjuicios se califiquen como tales a la luz de cada caso concreto. Sin embargo, consideramos que sin necesidad de alterar el concepto de daño a la vida de relación, se pudo haber precisado esta exigencia por vía pretoriana.

Daño a la salud y su identificación con el daño a la vida de relación

Antes de expresar lo que consideramos pertinente sobre el particular, es necesario traer a colación el aparte jurisprudencial que precisa de manera concreta el alcance indemnizatorio del daño a la vida de relación cuando se trata de conductas dañinas que se manifiestan en la integridad corporal de la víctima, así:

> 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 realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal. (Hernández, 2000: 11842).

Como se observa del aparte jurisprudencial trascrito, la indemnización que opera como consecuencia del daño a la vida de relación busca resarcir la mengua en la posibilidad 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. Ahora bien, los juristas que aducen la necesidad de incorporar el daño a la salud dentro del catálogo de perjuicios inmateriales en detrimento del daño a la vida de relación, esbozan que aquel cubre las consecuencias de la modificación de la unidad corporal como lo son: el daño estético, el sexual o el psicológico. (Gil, 2010: 308). Evidentemente el daño estético se refleja en el mundo exterior, en la vida de relación de la persona afectada con el daño, en otras palabras, lo estético no es propio del fuero interno de la víctima, sino de la opinión que tienen los demás frente a la modificación de la integridad corporal que afectó su armonía y la tornó evidentemente desagradable.

Esto genera que la víctima cambie su "*modus vivendi*", dado que ya tendrá que relacionarse de otra forma con sus congéneres, asunto que es cubierto por el daño a la vida de relación y, por ende, no es ninguna novedad en lo atinente al daño a la salud. Lo propio también se puede esgrimir en relación con el daño sexual o el daño psicológico, el primero en lo que tiene que ver con la relación íntima y de pareja y el segundo, en nexo con los comportamientos o actitudes que asume la víctima frente a los demás por sus trastornos mentales.

Por otro lado, la doctrina que promulga por la incorporación del daño a la salud al interior del catálogo de los perjuicios inmateriales, señala que además del daño estético, sexual o psicológico, la modificación de la unidad corporal puede generar otras consecuencias sin que exista la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de perjuicios indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial.(Gil, 2010: 308) Esta afirmación es ambigua y en nada clarifica el tema. Precisamente se alega que el daño a la vida de relación es demasiado amplio y no permite

precisar las consecuencias que cobija, sin embargo, esto mismo se puede predicar del daño a la salud (Gil, 2012,1092)[8].

El asunto desde esta perspectiva está mal planteado, dado que las consecuencias que tiene en cuenta el daño a la vida de relación son situaciones fácticas que se deben evaluar en cada caso concreto y no pueden ser sistematizadas, tal y como lo aduce la doctrina en la posición que se critica en esta oportunidad. En otras palabras, si se altera el mundo relacional de la víctima y demás perjudicados, esto es un tópico que nada tiene que ver con conceptos sino con aspectos propios del *modus vivendi* de los afectados. Es que si una persona ya no puede ir al baño por sus propios medios como consecuencia del daño, esto es así sin que tenga que adquirir una denominación particular como daño a la locomoción o algo por el estilo.

Las consecuencias del daño son hechos que deben probarse para que puedan ser indemnizados (Gil, 2011, 2236)[9], no son aspectos que se conceptualizan y menos se clasifican, en caso contrario, incurriríamos en una jurisprudencia de conceptos (López, 2006),[10] que se opone diametralmente a la jurisprudencia de casos que desarrolla el precedente judicial a través de una línea jurisprudencial técnicamente elaborada e incursionaríamos, ahí si, en la creación de un abanico de perjuicios que distorsionaría el derecho de daños y afectaría los principios de reparación integral y de prohibición de enriquecimiento sin causa, situaciones que supuestamente busca evitar el concepto de daño a la salud (Gil, 2011, 2236). Se debe tener muy claro que el único perjuicio que existe es el daño a la vida de relación y que los daños: estético, sexual, psicológico y demás, no son perjuicios, son acaecimientos fácticos que se evidencian como consecuencia del daño.

Discusión de resultados

Inequidad del daño a la salud y la posibilidad de vulnerar el derecho fundamental de la dignidad humana por su incorporación

Esgrime la jurisprudencia que incorporó este tipo de perjuicio inmaterial, que con el mismo se busca resarcir el daño derivado de lesiones psicofísicas a través de criterios objetivos, 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. (Gil, 2011, 2236) Ahora bien, a *contrario sensu* de lo expuesto por la providencia que se comenta en este párrafo, consideramos que la incorporación del daño a la salud no genera equidad sino inequidad y transgresión al derecho a la igualdad.

Es evidente que ponerle precio a órganos o funciones de la anatomía humana es un asunto novedoso que confunde el daño con los perjuicios. Sin embargo, tal precio no puede estar ausente de las consecuencias que el detrimento en la integridad física de la víctima ocasiona. Es absolutamente claro que la pérdida anatómica de una pierna generará un daño a la

8. Incluso en aclaración de voto del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, este esgrime precisamente la necesidad de decantar el daño a la salud, así: "En mi criterio, la búsqueda del fundamento constitucional del daño a la salud puede llevar en nuestro ordenamiento jurídico a convertirlo en damnum maius, que requiere ser decantado, so pena de distorsionar el concepto de resarcimiento, y así mismo condicionar la aplicación del principio de reparación integral". Ver aclaración de voto a: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 28 de marzo de 2012. Radicación 05001-23-25-000-1993-01854-01. Consejero Ponente: Dr. GIL, E. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de Junio de 2012.

9. Como comentario al margen, en la jurisprudencia del Consejo de Estado que incorpora el daño a la salud, se advierte que este nuevo concepto facilita la prueba en relación con la modificación corporal de la víctima. Ahora bien, no entendemos como la incorporación de un nuevo concepto puede facilitar la prueba de un perjuicio, pues el tema probatorio no es un tema de conceptos sino de medios de convicción que buscan darle certeza al Juez sobre la ocurrencia del daño y sus consecuencias. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Radicación 05001-23-25-000-1994-000-2001. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de diciembre de 2011.

10"La doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada, con anterioridad, dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional prima facie sobre un caso nuevo análogo por sus hechos o circunstancias. El cambio de decisión en casos análogos, por tanto, debe ser excepcional y basado en motivos suficientes y razonables.
Esta disciplina del precedente difiere, en formas muy importantes, de la idea tradicional de jurisprudencia meramente indicativa: en la cual, las citas a casos anteriores tienden a ignorar criterios de analogía fáctica y a concentrarse más bien en la definición de conceptos jurídicos de sentencias anteriores; en consecuencia, cada caso nuevo se decide de conformidad con la ley o con el concepto jurídico anteriormente definido, con baja sensibilidad a la fuerza gravitacional de fallos anteriores análogos por sus hechos y circunstancias. Finalmente, esta concepción de la jurisprudencia permite cambios frecuentes de criterio sin que se defina o discuta la doctrina jurisprudencial fijada en casos análogos". López, D, 2006.

vida de relación con cuantía superior, si la víctima es un futbolista profesional y no un escritor de vida sedentaria, pues su proyecto de vida en relación con su realización personal se verá truncado, lo que necesariamente impide que pueda continuar su vida alrededor de la comunidad que se construye como consecuencia de la práctica deportiva.

Como corolario de lo expuesto en el párrafo anterior, no compartimos lo señalado por el Consejo de Estado en el sentido de considerar el daño a la vida de relación como un daño subjetivo, inequitativo y desigualitario, dado que, expone la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo, una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño (Koteich, 2012: 233)[11]. Es precisamente lo contrario lo que debe establecerse, si una persona tiene una vida social o relacional más activa que otra, el perjuicio debe necesariamente indemnizarse diferente, pues la igualdad no se predica *per se sino* conforme a cada situación en particular. Es imposible pensar que la cicatriz protuberante en el rostro de una mujer joven, deba ser indemnizada de igual manera que una cicatriz en las mismas condiciones ocasionada a un anciano. Es evidente que ambas lesiones deben indemnizarse, empero, su monto debe determinarse conforme al entorno relacional y no solo por la cicatriz en sí misma considerada, pues sería absolutamente injusto indemnizar bajo el mismo rasero la lesión en el rostro del anciano y la lesión de las mismas características en la mujer joven que tiene toda la vida por vivir.

Recordemos que la Corte Constitucional ha permitido el trato desigual siempre y cuando (i) la situación de hecho sea diferente, que para el tema que nos ocupa no es solamente la lesión sino las consecuencias que ella conlleva; (ii) que se busque una finalidad que en este caso sería una reparación integral; (iii) que la distinción sea razonable, lo cual es evidente en el tópico que nos atañe, dado que sería absolutamente inequitativo reconocer a lesiones iguales, indemnizaciones iguales, sin tener en cuenta las consecuencias del daño, el proyecto de vida de la víctima, su vida relacional, toda vez que precisamente la protección a la dignidad humana exige garantizar el desenvolvimiento vital del individuo (vivir como se quiere, vivir bien y vivir sin humillaciones) (Henao, 2010: 1969)[12]; (iiii) que la distinción sea coherente, coherencia que se predica del precedente jurisprudencial fundado en la analogía; y (iiiii) que la racionalidad que se predica de tal coherencia sea proporcionada, asunto que se evidencia de manera nítida en la vida activa o relacional de la víctima, veamos:

> El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.N. permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho – esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga – sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato

11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Radicación 05001-23-25-000-1994-000-2001. Consejero Ponente: Dr. GIL, E. Extracto jurisprudencial en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de diciembre de 2011. La doctrina en armonía con este pronunciamiento jurisprudencial caracteriza al daño a la vida de relación como un daño burgues o elitista. Este argumento no es jurídico desde ningún punto de vista, pues si eso fuere así, entonces todos los perjuicios, incluso los materiales, deberían ser reconocidos de manera estándar y sin tener en cuenta las particularidades del caso. Es decir, fijando baremos pretorianos tanto para el lucro cesante como para el daño emergente. En otras palabras, no importa el poder adquisitivo de la víctima ni su capacidad productiva, pues es menester igualar. Al contrario, la reparación integral exige dejar indemne a la víctima sin importar su condición social, o su capacidad adquisitiva y obviamente, estos son factores que inciden en la indemnización. Ver sobre esta posición criticable: Koteich, M. La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición: febrero de 2012.

12. Sobre la naturaleza jurídica de la dignidad humana y su contenido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: "Este enunciado normativo posee un significado inmenso en el ordenamiento constitucional colombiano como principio fundante, como principio constitucional y como derecho fundamental autónomo. En él se reconoce, a la par con su valor axiológico como pilar ético o presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución, su carácter de derecho por el que se protegen los poderes de decisión de los titulares de derechos fundamentales. En este sentido, garantiza (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)." Sentencia T-629 de 2010, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Providencia publicada en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de noviembre de 2010.

> diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. (Naranjo, 1999: 2268).

Sin perder de vista lo anterior, se advierte por la providencia tantas veces mencionada 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 (Gil, 2012, 1092)[13] 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 (Gil, 2012: 1092)[14]. Sin embargo, estos componentes ya son tenidos en cuenta cuando se indemniza el daño a la vida de relación, veamos: en cuanto al porcentaje de invalidez decretado, este es el daño que genera los perjuicios correspondientes, por ende, el daño es un evento fáctico del cual se derivan las consecuencias, no es un perjuicio en sí mismo. Por tanto, el porcentaje de invalidez que decreta el médico legista es el daño que sufre la víctima y con base en él se generan los perjuicios: daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales y daño a la vida de relación.

En efecto, dependiendo del grado de invalidez serán los gastos que tendrán que realizarse en torno a terapias, acompañante, silla de ruedas, etc. (daño emergente). Teniendo en cuenta el grado de invalidez será el monto base para liquidar el lucro cesante, a tal punto que si la incapacidad laboral es superior al 50%, el lucro cesante se debe reconocer por el 100%, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

> [...] conforme lo tiene establecido la jurisprudencia actual de la sección tercera del Consejo de Estado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se condenará al 100% del pago del lucro cesante cuando una persona ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral "entendida ésta como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en su trabajo habitual" (Decreto 917, art. 2, lit. c)". (Hernández, 2005: 13339).

Así mismo el grado de invalidez permite determinar la gravedad de la lesión y, como consecuencia, detectar el valor de los perjuicios morales, pues a mayor gravedad mayor dolor, aflicción, congoja o tristeza. Veamos el aparte pertinente de la jurisprudencia sobre el particular:

> En esta oportunidad, considera la Sala que no hay lugar a realizar tal distinción, comoquiera que la diferenciación entre lesiones graves y leves está relacionada con el grado de intensidad con el que se sufre el daño, esto es, la gravedad de la lesiones corporales que eventualmente le resultarían imputables al Estado, pero no está relacionada con la presunción de los perjuicios morales por las víctimas indirectas del daño, en consideración a que se presume que en los eventos de lesión o muerte los perjudicados indirectos tienen derecho a que se les indemnice por los perjuicios morales que se les haya causado de manera antijurídica. (Correa, 2009: 243).

13. Este aspecto lo denomina la jurisprudencia que acoge el daño a la salud, como ámbito estático del daño a la salud, así: "El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 28 de marzo de 2012. Radicación 05001-23-25-000-1993-01854-01. Consejero Ponente: Dr. GIL, E. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de Junio de 2012. Ahora, el problema del ámbito estático del daño a la salud se agrava si opera una falencia probatoria en relación con el porcentaje de incapacidad, pues si esta prueba no se allega al plenario, podría negarse su reconocimiento como si de una tarifa legal se tratara, toda vez que no se podría realizar el ejercicio aritmético de la regla de tres anotada en la providencia, lo cual se tornaría sumamente injusto, porque con otras pruebas se podría acreditar el daño a la vida de relación y la procedencia de la indemnización con base en el precedente.

14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Radicación 05001-23-25-000-1994-000-2001. Consejero Ponente: Dr. GIL, E. Extracto jurisprudencial en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de diciembre de 2011. Posición ratificada bajo el concepto de contenido dinámico del daño a la salud, veamos: "En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como hobbie ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros). En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMLMV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico- del daño a la salud." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 28 de marzo de 2012. Radicación 05001-23-25-000-1993-01854-01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de Junio de 2012.

Finalmente, en lo que atañe al daño a la vida de relación, es evidente que a mayor grado de invalidez mayor compromiso en el ámbito social de la persona, pero es impropio partir de un valor estándar sin tener en cuenta las consecuencias que denotan ese grado de invalidez. Iniciar desde un valor estándar es generar inequidad porque no a todas las personas les afecta en un mismo porcentaje similares secuelas, tal como se ha venido resaltando de manera reiterada a lo largo de este escrito. Por tanto, en el daño a la vida de relación no se parte de un valor base, empero, sí se tiene en cuenta el grado de invalidez pero en nexo con la vida relacional, en armonía con el derecho fundamental a la dignidad humana que posee todo ser humano.

Ahora bien, se resalta de la providencia que incorporó el daño a la salud como perjuicio inmaterial, que reconoce por este perjuicio 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes como consecuencia de la amputación de la pierna derecha con conservación de la rodilla de la víctima. Sin embargo, no se dice nada de porcentajes en relación con la incapacidad médico laboral correspondiente, simplemente se afirma que es una grave lesión que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal.(Gil, 201, 2236) ¿Esto quiere decir que siempre que estemos en presencia de una amputación de la pierna derecha con conservación de la rodilla de la víctima se reconocerán 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin importar la edad de la víctima, la profesión de la víctima, los comportamientos cotidianos de la víctima, la actividad laboral de la víctima, su proyecto de vida, etc.?

Obsérvese como se le pone precio a una pierna pero no se tiene en cuenta a la persona como tal, es decir, un ser digno de protección en sus ámbitos de vivir como se quiere, vivir bien y vivir sin humillaciones. So pretexto de generar un supuesto sistema equitativo de apreciación del perjuicio no se puede desligar al hombre de su componente digno, es cierto que el derecho a la salud hace parte del patrimonio de la persona, pero la salud adquiere significado porque el hombre es un ser racional, pensante y con proyección, estos ámbitos son los que precisamente protege el daño a la vida de relación. Ponerle precio a la integridad psicofísica del ser humano sin atender su componente digno, es cosificar al hombre. Así lo reconoce Ruth Stella Correa Palacio en salvamento de voto a la providencia que se critica, veamos:

> 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. (Gil, 2011, 2236).

La igualdad, la equidad y la realización de la máxima consistente en la premisa de igual daño igual reparación (reparación integral), es un asunto que no se puede dejar en manos de conceptos jurídicos sino en el ámbito de la jurisprudencia, toda vez que con base en líneas jurisprudenciales sólidas, construidas con sustento de analogía fáctica, evidencian el trato igualitario a casos similares en lo atinente a la indemnización de perjuicios. Precisamente sobre la importancia de la jurisprudencia con relación a los principios de la seguridad jurídica y la igualdad, el propio Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

> Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica explicada, de la necesidad de otorgar eficacia a principios básicos del Estado constitucional, como la

igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean conscientes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado. (Vargas, 2011, 2284).

Conclusiones

1.- El daño a la salud no agrega nada nuevo a la tipología del perjuicio inmaterial dado que, además de tener en cuenta la modificación corporal o psicológica de la integridad física, indemniza también las consecuencias de la lesión, asunto que lo identifica plenamente con el daño a la vida de relación. En otras palabras, el daño estético, el daño sexual, el daño psicológico, entre otros, ya eran reconocidos al interior del daño a la vida de relación cuando emanaban de una lesión a la integridad psicofísica de la víctima.

2.- El daño a la salud es inequitativo e injusto, pues le pone precio a la integridad psicofísica del ser humano sin atender a su componente digno. No se puede desligar el daño de sus consecuencias y dichas consecuencias deben generar el monto de la indemnización. Por tanto, es posible que la lesión sea la misma, pero el monto indemnizatorio sea diferente, pues sería absolutamente injusto que al anciano con su locomoción limitada por el paso de los años y que pierde su extremidad inferior derecha por una falla del servicio médico en una intervención quirúrgica, se le indemnice de manera equivalente al menor de edad que sufre la misma lesión por igual causa, pues este último gozaba de su plenitud de condiciones y le restaba toda la vida por delante.

3.- La equidad y trato igual no se puede predicar de un concepto, sino del tratamiento responsable y técnico del precedente judicial. Ni el daño a la salud, ni el daño a la vida de relación son los perjuicios llamados a generar reparaciones igualitarias, sino la analogía, es decir, a caso igual (analogía cerrada) o similar (analogía abierta), igual decisión judicial (Hernández, 2000:1919)[15].

Referencias bibliográficas

Consejo de Estado. (06 de mayo). (1993). Sentencia 7428. M.P: Julio César Uribe Acosta.

-----(02 de marzo). (2000). Sentencia 11774. M.P: Alier E. Hernández Enríquez.

-----(19 de julio). (2000). Sentencia 11842 .M.P: Alier E. Hernández Enríquez.

-----(15 de agosto).(2002). Sentencia 14.357. M.P: Ricardo Hoyos Duque. *Revista de jurisprudencia y doctrina de legis, enero de 2003.*

-----(5 de diciembre). (2005), Sentencia 13.339. M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. radicado.

-----(15 de agosto). (2007). Sentencia 2003-385. M.P: Mauricio Fajardo Gómez.

-----(16 de agosto). (2007). Sentencia 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). M.P: Ramiro Saavedra Becerra.

15. "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."

-----(15 de octubre). (2008). Sentencia 17486. M.P: Ruth Stella Correa Palacio. *la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de febrero de 2009.*

-----(4 de mayo). (2011). Sentencia 27001-23-31-000-1998-00027-01. M.P: Danilo Rojas Betancourth. *Revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de septiembre de 2011*.

-----(14 de septiembre). (2011) .Sentencia 05001232500019940002001- 19.031 M.P: Enrique Gil Botero.

-----(14 de septiembre). (2011) Sentencia 05123310002007001390l - 38.222) . M.P: Enrique Gil Botero.

-----(14 de septiembre). (2011). Sentencia del 05001-23-25-000-1994-000-2001. M.P: Enrique Gil Botero. *Revista Jurisprudencia y Doctrina. Diciembre de 2011*.

-----(2 de junio). (1999). Sentencia C-400. M.P: Vladimiro Naranjo.

-----(24 de agosto). (2011). Sentencia C-634 del M.P: Luis Ernesto Vargas Silva. *Revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de diciembre de 2011.*

Gil, E. (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Gil, E. (2012). El daño a la salud en Colombia- retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. *Revista Digital De Derecho Administrativo* . 8. p. 89-145.

Gil, E. (2012). La institución del daño a la salud en Colombia. En Consejo de Estado, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá: Banco de la República.

Henao, J. (1998). *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Henao, J. (2000), Responsabilidad por daños al medio ambiente, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios del Ministerio Público. *Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental.*

Koteich, M. (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

López, M. (2006). *Interpretación Constitucional,* Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

López, D, (2006). *Interpretación Constitucional*, Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.