

**El daño a la salud como perjuicio inmaterial a indemnizar en la
responsabilidad extracontractual del Estado: Concepto,
diferencias y límites respecto a la afectación de cualquier otro
bien constitucional o convencionalmente protegido.**

Trabajo de grado para optar al título de Magister

Susana Katherine Upegui Carvajal

Directora:

Dra. Marcela Zuluaga Vélez

Universidad Pontificia Bolivariana

Posgrados

Maestría en Derecho

Medellín

2019

Tabla de contenido

| | |
|--|----|
| Resumen | 3 |
| Introducción..... | 3 |
| Capítulo 1. Breve evolución histórica de la tipología de los perjuicios inmateriales..... | 7 |
| Capítulo 2. El daño a la salud..... | 11 |
| 2.1 La indemnización del daño a la salud y su prueba..... | 16 |
| 2.2 Estado actual del daño a la salud en la jurisprudencia contencioso- administrativa..... | 20 |
| Capítulo 3. Dificultades en la aplicación del daño a la salud..... | 30 |
| Capítulo 4. Perspectivas sobre la evolución del daño a la salud, enfocadas hacia una aplicación práctica..... | 34 |
| Capítulo 5. Sobre la afectación a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos | 37 |
| Capítulo 6. Conclusiones: | 40 |
| Bibliografía..... | 42 |

Resumen

Con el presente trabajo se pretende analizar el concepto de daño a la salud y, por ende, determinar qué abarca, cómo se evalúa y cómo se indemniza este perjuicio, a efectos de diferenciarlo de los demás perjuicios inmateriales reconocidos por el Consejo de Estado, y así evitar una doble indemnización por un mismo perjuicio y la falta de reparación integral de las víctimas de los daños antijurídicos imputables al Estado. Finalmente, se propone que, bajo el concepto inclusivo de salud, se motive la formulación de una política de prevención desde el Estado y se delimite el referido daño con respecto a lo que el Consejo de Estado ha denominado “afectación a los bienes constitucional o convencionalmente protegidos”. Este escrito es el resultado de una investigación jurídica dogmática en la que se concibió el problema jurídico desde las fuentes formales del derecho.

Palabras clave

Responsabilidad estatal, Daño antijurídico, Perjuicio inmaterial, Daño a la salud, afectación a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos, reparación integral.

Introducción

En Colombia, desde la Carta Política, se concibe al Estado como el garante y encargado de la salvaguarda de los derechos de los administrados. Ello implica que en caso de afectación de estos derechos o intereses, -ya sea desde la óptica de la responsabilidad subjetiva o porque el actuar debido de la administración afecte algunos de estos derechos (responsabilidad objetiva)-, se genere a favor del administrado el derecho a ser reparado, siempre y cuando se verifique que se

configuró un daño, que el mismo sea antijurídico y que le sea imputable a la administración, esto es, que no exista un eximente que impida endilgarle responsabilidad.

De acuerdo con lo expuesto, para determinar si existe responsabilidad extracontractual del Estado debe tenerse en consideración que, desde la Constitución y la Ley, existen unas obligaciones para con el administrado y, cuando estas no se cumplen, puede generarse dicha responsabilidad. De acuerdo con ello, resulta preciso que se analice en cada caso concreto si se configuran los elementos de la responsabilidad estatal que ha desarrollado el Consejo de Estado en su jurisprudencia, a saber: i) el daño antijurídico^{1 2} y ii) la imputación. De tal manera que, en

¹ Daño indemnizable o antijurídico: “Daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable” (Adriano de Cupis, El Daño Segunda ed. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1975, pág. 81.). “Daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (Henaó, op. Cit., pág. 84). , “...cualquier privación que padezca un ser, sea en el cuerpo o en el espíritu” (María Teresa Criado del Río. Valoración médico legal del daño a la persona por responsabilidad civil, Madrid, Mpfre, 1995, pág. 23).

² Se ha establecido por parte de la doctrina nacional en materia de responsabilidad estatal (GIL Botero, Enrique, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Sexta ed. pág 38), que el daño debe ser directo, personal y cierto, siendo éstas sus características configurativas:

- Directo, “toda vez que si el daño no ha sido producido, o no es referible al autor, no existe conexión entre este y el resultado, lo cual conlleva a que en el plano físico o en el normativo, aquél no materializó la realidad dañosa, en otros términos, no le es imputable (...) si en la realidad dañosa se dan circunstancias eximentes, no propiamente de responsabilidad por ruptura del nexo causal sino de ausencia de imputación objetiva, que no es lo mismo, inexorablemente se determina la imposibilidad de avanzar en la exploración del fundamento de justicia, porque el daño no es directo, carece de relevancia jurídica, como quiera que no es atribuible o imputable a la acción u omisión del Estado”

- Personal: “Hace referencia a la legitimación, esto es, a quién tiene derecho a reclamar la reparación, y lo tendrá quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso, independientemente de la consanguinidad, afinidad u otros factores.”

el evento de encontrarse demostrada una causa extraña, se desvirtúa la imputación.

En ese sentido, cualquier reparación debe cimentarse en los criterios expuestos en la Constitución Política, que, en su artículo 90, señala que *“El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le **sean imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”*, e igualmente debe considerar lo expuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que establece la reparación integral para el afectado, en los siguientes términos: *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, **atenderá los principios de reparación integral y equidad** y **observará los criterios técnicos actuariales**”*.

No obstante lo anterior, vale la pena señalar que ni en la norma anteriormente mencionada de la Ley 446 ni en la Constitución, se expone con claridad cuáles son las categorías y parámetros que deben ser reconocidos para considerar que se ha cumplido con el criterio de la reparación integral y, por ende, es en este punto en donde comienza el desarrollo del presente trabajo, que, para abordar la figura del daño a la salud como perjuicio inmaterial, concibe como necesaria la recopilación

- Cierto: “Permite comprobar que el daño sea pasado, presente o futuro, y habrá certidumbre cuando sea evidente que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre, es decir, no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o meramente posible.

(...)

El daño frente a la pérdida de oportunidad se tiene por cierto, y no consiste en la pérdida del fin en sí mismo, sino en la imposibilidad de conseguirlo (...).”

que en materia de derecho público se ha hecho para categorizar los perjuicios³ derivados de un daño antijurídico imputable al Estado.

Es así como, en relación con los perjuicios materiales, por disposición legal, estos se dividen en lucro cesante y daño emergente (Código Civil, 1873, art. 1614), con sus correspondientes modalidades de consolidado y futuro. En cuanto a los montos a indemnizar, se han generado diversas posturas al interior de la jurisprudencia como se expone en el Capítulo 1 del presente trabajo, y existen discusiones en la actualidad sobre el tema (Consejo de Estado, Expediente 46005, 2018), sin embargo, hay mayor uniformidad y abordaje pacífico frente a los medios de prueba para demostrar los perjuicios y las formas de indemnización⁴, por lo que no se hace necesario detenerse a analizar dichas aristas del tema.

Por su parte, frente a los perjuicios inmateriales, su desarrollo tanto jurisprudencial como doctrinal, ha sido cambiante, -menos pacífico que el debate presentado respecto a los perjuicios materiales-, por lo que puede considerarse que aún merece ser objeto de estudio, puesto que no ha terminado de delimitarse conceptualmente, así como de clasificarse y definirse su forma de reconocimiento, según lo probado en cada caso concreto; por lo que es importante precisar que para los fines de este trabajo, se desarrollará, de manera general el tema de la tipología de los perjuicios inmateriales derivados de un daño antijurídico imputable al Estado y de manera específica la conceptualización, las dificultades para establecer la indemnización y los aspectos probatorios

³ “El perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño” (GIL Botero, Enrique, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Sexta ed).

⁴ “... la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó” (GIL Botero, Enrique, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Sexta ed).

del “*daño a la salud*” como perjuicio inmaterial a indemnizar en el derecho público.

Una vez se abarquen las temáticas generales y específicas planteadas, se estudiará el tema del “*daño a la salud*” de cara a la subcategoría residual identificada por la jurisprudencia del Consejo de Estado como “*afectación a los bienes constitucionalmente protegidos*”, aspecto este que es de obligatoria referencia por ser parte de la tipología de los perjuicios inmateriales definidos actualmente por el Consejo de Estado, y es menester en esta investigación establecer los límites entre esta clase de afectación y el daño a la salud.

Capítulo 1. Breve evolución histórica de la tipología de los perjuicios inmateriales.

Como se expresó en el acápite anterior, el artículo 90 de la Constitución consagra la obligación estatal de reparar los daños antijurídicos que ocasione, y, por ende, de indemnizar los perjuicios causados, los cuales pueden ser materiales o inmateriales. Este escrito, producto de un trabajo de corte investigativo, se enfocará en los perjuicios inmateriales y su clasificación, haciendo un muy breve recuento de su evolución histórica hasta llegar al reconocido por el Consejo de Estado como daño a la salud, sobre el cual se hará el mayor énfasis.

Es así como, el Tribunal Administrativo de Antioquia (Tribunal Administrativo de Antioquia, 1992) reconoció por primera vez en el año de 1992 un perjuicio inmaterial diferente al moral, denominado “perjuicio fisiológico o ‘*préjudice d’ agrément*’”, con el cual se pretendía reconocer a la persona la oportunidad de la que había sido privada “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”.

Un año después, el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 6, 1993), reconoció la autonomía del nuevo perjuicio inmaterial al que se le denominó “perjuicio fisiológico o a la vida de relación”, frente al que afirmó que su finalidad era reparar “la supresión de las actividades vitales”.

Posteriormente, en la sentencia del 19 de julio de 2000 (expediente 11.842) el Consejo de Estado “reformuló” el concepto del perjuicio fisiológico por el de daño a la vida de relación, al entender que esa nueva denominación “corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico”, razón por la cual desechó la utilización de este último.

Por su parte, en el año 2007 el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 16407, 2007) se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, bajo el entendido de que, cuando se trataba de lesiones que producían alteraciones físicas que, a su vez, afectaban la calidad de vida de las personas, éstas tenían derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconocía por el perjuicio moral, puesto que aquél no debía limitarse a los casos de lesiones corporales que producían alteraciones orgánicas, sino que debía extenderse a todas las situaciones que alteraran de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas .

Finalmente, en sentencia del 14 de septiembre de 2011, el Consejo de Estado resolvió unificar su jurisprudencia entorno al perjuicio inmaterial diferente al moral, y acogió el concepto de daño a la salud en los siguientes términos:

“(…) que la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); (sic) 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; (sic) 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”. (Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Expediente 19031, 2011)

Por último, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 (expediente 32.988), el Consejo de Estado hizo las siguientes precisiones en torno a los perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados:

“i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

“ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

“iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

“iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al (sic) grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

“15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

“i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad,

sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

“ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

“iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º (sic) de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas 'de crianza', en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

“iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado”.

Según esta última sentencia, entonces, el reconocimiento de este daño por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, solo procede si está acreditada su existencia, caso en cual: i) se reconoce a favor de la víctima directa, de su cónyuge o compañero (a) permanente y de sus parientes hasta el 1er grado de consanguinidad, incluidos los biológicos, los civiles derivados de la adopción y los de crianza y ii) la reparación se hace a través de medidas no pecuniarias, a menos que, a juicio del juez, éstas no sean suficientes, evento en el que puede darse sólo a la víctima directa un reconocimiento económico de hasta 100 SMLMV.

En síntesis, y de acuerdo con la jurisprudencia reseñada, se pueden extraer desde ya 2 conclusiones: la primera, que el Consejo de Estado

ha reconocido un perjuicio inmaterial de carácter autónomo, diferente al moral, el cual ha cambiado de denominación y contenido, así:

- Daño fisiológico
- Daño a la vida de relación
- Alteración a las condiciones de existencia
- Daño a la salud⁵

Y la segunda, que, por fuera de la categoría del daño a la salud, pero dentro de los perjuicios inmateriales, se encuentra hoy la afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, los cuales, con su reconocimiento, buscan la reparación integral del daño antijurídico, mediante mecanismos pecuniarios y no pecuniarios. Dicha categoría no será analizada a profundidad dentro del presente artículo porque en sí misma amerita un análisis integral sobre su origen, su conceptualización y las formas de probarlo, reconocerlo y repararlo, que exceden los objetivos del presente trabajo.

Capítulo 2. El daño a la salud.

La salud no debe ser entendida como la ausencia de enfermedad, pues este concepto es inclusivo e integral y no implica solo la ausencia de un estado de padecimiento⁶. Así las cosas, garantizar la salud a los

⁵ Este en ningún caso es comparable con el que antes se denominaba daño fisiológico porque en este se incluye el aspecto psicofísico, psicosocial de una persona que es víctima de un daño antijurídico que debe ser resarcido en su totalidad.

⁶ Conforme al concepto de salud acogido por la Organización mundial de la salud, "La salud es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad". Consultado en la página web, https://www.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=28:preguntas-frecuentes&Itemid=142, el 29 de marzo de 2019, a las 10:22 am.

administrados comporta, además, un ambiente sano, unas garantías en salud pública, unas políticas claras que permitan acceder a los medicamentos que se requieran, unos servicios y sistemas de salud regulados, la calidad en la alimentación y en servicios que se permita lleguen a los ciudadanos, e incluso pueden incluirse las políticas de recreación y de jornadas laborales, en la medida en que tienen impacto en el estado psicofísico de las personas.

Con esto quiere decirse que todo lo que se traduce en bienestar psicofísico tiene implicaciones en la mejora de la salud general de los administrados, por eso es obligación del Estado, según la Carta Política que nos rige, garantizar este derecho, el cual, además, es conexo a la vida e, incluso, ha sido ya reconocido por nuestra jurisprudencia constitucional como derecho autónomo fundamental⁷ (Congreso de Colombia, Ley 1751, 2015) (Corte Constitucional, 2014), por lo que resulta clara y evidente su importancia trascendental.

De esta forma, en un escenario ideal, en el cual en realidad se garantizará ampliamente el bienestar psicofísico de las personas, comenzaría a notarse una disminución en la necesidad de atención médica por afectaciones a la salud en sentido estricto, es decir, por enfermedades. Ello, a través de ciertas tareas de prevención y promoción, como, por ejemplo, la vacunación gratuita, las charlas sobre cómo mejorar hábitos alimenticios, la formación en temas de autocuidado, entre otras.

Es así como, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define 3 niveles de prevención en salud: la prevención Primaria, Secundaria y Terciaria, las cuales contienen técnicas y objetivos diferentes: la

prevención primaria, evita la adquisición de la enfermedad (vacunación, eliminación y control de riesgos ambientales, educación sanitaria, etc.); la prevención secundaria va encaminada a detectar la enfermedad en estadios precoces en los que el establecimiento de medidas adecuadas puede impedir su progresión; y la prevención terciaria comprende aquellas medidas dirigidas al tratamiento y a la rehabilitación de una enfermedad para ralentizar su progresión y, con ello la aparición o el agravamiento de complicaciones e invalideces, e intentando mejorar la calidad de vida de los pacientes (Organización Panamericana de la Salud, 2013).

En efecto, la prevención primaria tiene como objetivo disminuir la probabilidad de que ocurran las enfermedades y afecciones, y, desde el punto de vista epidemiológico, trata de reducir su incidencia. A su vez, las medidas de prevención primaria actúan en el período prepatogénico del curso natural de la enfermedad, o antes del comienzo biológico, es decir, antes de que la interacción de los agentes y/o factores de riesgo en el sujeto den lugar a la producción de la enfermedad.

Dentro de las actividades de prevención primaria, se identifican dos tipos:

- Las de protección de la salud, que protegen la salud, actuando sobre el medio ambiente.
- Las de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, actuando sobre las propias personas, promoviendo la salud y la prevención de la enfermedad.

Corresponde a cada ser humano salvaguardar su salud, conocer sus límites, sus debilidades y la forma de cuidar en todos los aspectos de sí mismo y a sus familiares, es un auto cuidado necesario en el que solo interviene el Estado desde las políticas de prevención que sirvan de

fuentes de información a cada ciudadano y una prestación oportuna de los servicios que se requieran.

Vista la salud desde un punto de vista integral y vital del ciudadano, pueden señalarse dos aspectos que son de gran importancia en el desarrollo de esta investigación y que ya se van aclarando: el primero, se refiere al hecho de que cuando hay una disminución en el estado de salud y de este se deriva un daño antijurídico que sea imputable al Estado, los perjuicios generados deben ser reparados bajo los criterios de reparación integral, que es un derecho de los administrados.

Y, el segundo, que corresponde al Estado prevenir cualquier clase de detrimento a la salud que pueda ser evitable, y, por ende, cuando se demuestra una falla en el servicio respecto de dicha obligación, ello permite que se convierta en un asunto a reparar, por lo que las políticas de prevención y evaluación a los diversos aspectos que mejoran la salud como calidad de vida a largo plazo también ayudan a evitar reparaciones innecesarias, las cuales podrían evitarse con una prestación adecuada de los diversos servicios y un funcionamiento idóneo del Estado en el desarrollo de sus diversas funciones que impliquen la salvaguarda de la salud.

Ahora bien, resulta importante advertir en este momento que este perjuicio del daño a la salud no es exclusivo de los procesos de responsabilidad cuyo eje central es la falla médica por la omisión o la defectuosa atención prestada, puesto que este perjuicio puede ocasionarse en diversos eventos de responsabilidad del Estado, tales como accidentes con vehículos oficiales, con armas de dotación oficial, o por el mal estado de las vías, entre otros.

Pero, si para analizar el daño a la salud, se centra el estudio en los eventos de responsabilidad médica, se encuentra que esta puede darse por una responsabilidad subjetiva o también denominada falla médica, como regla general, en la cual se pueden observar aquellos casos en los que se pudo evitar el resultado dañoso con un tratamiento conocidamente diferente o una atención más diligente en cuanto a procedimientos y tiempos de esta. Sin embargo, también existen eventos de responsabilidad objetiva (Consejo de Estado, Expediente 41390, 2018), que no son la regla general y se dan por casos puntuales como infecciones nosocomiales (Consejo de Estado, Expediente 30283, 2013) y condiciones de seguridad con elementos riesgosos, entre otros, que son circunstancias que se dan dentro del funcionamiento de una sociedad, pero que ocurren de manera imputable al Estado por causar una carga en la que no se está en obligación jurídica de resistir y que por ello sin considerar si existió una falla (por negligencia o impericia), debe ser reparada.

Por su parte, la dificultad conceptual que ha surgido en la historia frente a este perjuicio (daño a la salud) es comprensible en atención a que la salud puede verse afectada tanto desde la parte física, como desde la parte psicológica, y que el impacto en esta última puede estar dado desde diversos aspectos sociales, tales como la organización social, los prejuicios, el manejo del dinero, las obligaciones de vecindad y un sinfín de aspectos propios de las condiciones en las que el ser humano se desarrolla y que por ende pueda verse afectado.

Lo que quiere indicarse con esto es que al concluirse que la salud no es definida solo como ausencia de enfermedad, deben tenerse en cuenta todos aquellos factores e incluso situaciones que pueden afectarla, para luego determinar si esa afectación es un daño antijurídico que es imputable al Estado y finalmente, estudiar el perjuicio alegado como

daño a la salud en todo un contexto y definir si dentro de los parámetros de reparación integral procede su indemnización.

Pese a lo anterior, según se extrae de las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, expedientes número 31170 y 28832, el concepto de salud a aplicar en la actualidad, no se valora aún de manera totalmente amplia e inclusiva, sino de manera más bien estricta y delimitada, en el que se considera que el perjuicio denominado daño a la salud es simplemente esa afectación demostrable y cuantificable que sufre una víctima directa como perjuicio derivado de un daño antijurídico sufrido e imputable a la Administración.

2.1 La indemnización del daño a la salud y su prueba.

El daño a la salud, en los términos jurisprudenciales desarrollados por el Consejo de Estado, se ubicó dentro de la categoría de perjuicios inmateriales porque, aunque la pérdida de ésta puede ser valorada en dinero, no implica o no se llena de contenido material que pueda venderse o comprarse, sino que comporta un bien que es intrínseco al ser humano, que se valora porque le es inherente y no tiene por qué verse disminuido bajo ninguna circunstancia diferente a una causa natural; es un derecho en sí mismo, un valioso aspecto que hace parte de la integralidad del ser humano *per se*. Por esto, el daño a la salud es un perjuicio inmaterial y así ha de valorarse e indemnizarse.

Las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado proferidas del 28 de agosto de 2014, en los expedientes número 31170 y 28832, atendieron todo lo concerniente a la indemnización de perjuicios inmateriales, resolvieron el tema del daño a la salud y unificaron los criterios necesarios para su indemnización; favorecieron con esto que se lograra expedir la siguiente tabla que está contenida en

el documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep./2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales:

Tabla 1 Reparación de los perjuicios inmateriales – Daño a la salud

| Gravedad (de la lesión o afectación psicofísica) | SMLMV |
|---|--------------|
| Igual o superior al 50% | 100 |
| Igual o superior al 40% e inferior al 50% | 80 |
| Igual o superior al 30% e inferior al 40% | 60 |
| Igual o superior al 20% e inferior al 30% | 40 |
| Igual o superior al 10% e inferior al 20% | 20 |
| Igual o superior al 1% e inferior al 10% | 10 |

Estas sentencias de unificación que regularon la forma de indemnizar el daño a la salud (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2014), surgieron de la necesidad de establecer parámetros para unificar criterios entre la jurisdicción y las mismas Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en aras de buscar una cierta seguridad jurídica respecto a los factores indemnizatorios, no obstante también desconocen el criterio personalísimo y la sana crítica que posee el juez para valorar, en cada caso particular, las instancias individuales y aplicar su criterio de juzgador para determinar la correspondiente indemnización en un caso concreto.

En esa medida, y a pesar de que la decisión del Consejo de Estado volvió más objetiva la indemnización de perjuicios y ofreció unos parámetros uniformes para el reconocimiento (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente 31170, 2014), (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente 28832, 2014), en todo caso no queda claro qué debe hacerse en aquellos

eventos en los cuales probatoriamente no puede tasarse el porcentaje de una lesión o afectación psicofísica porque la misma no deja secuelas permanentes, pero si existe prueba de que, adicional a la incapacidad demostrada, existió una clara y evidente afectación temporal, que tuvo que padecer un ciudadano a causa de un daño antijurídico en un lapso determinado y esto incluso, no solo se podría suponer sobre la víctima directa, sino también sobre aquellas indirectas que tuvieron un impacto en sus vidas reflejados en su exterior, en su forma de vivir.

Tampoco queda claro si a esa forma objetiva de tasación de perjuicios, eventual y circunstancialmente pueden aplicársele criterios de subjetividad que permitan valorar de una manera diferente el perjuicio, por no tratarse de una persona en igualdad de condiciones a los demás. Por ejemplo, el caso de un modelo o un futbolista que pierda una pierna, se estudiará objetivamente la pérdida de capacidad laboral de manera igual a otra persona cuyo sustento para la vida no surja de la actividad que realiza con las piernas y tendría entonces que fallarse con base a los parámetros de la sentencia de unificación o podría aplicarse una indemnización subjetiva y personal del juez para reconocer que no puede darle un trato igual a una persona que se demuestra está en una condición desigual.

Frente a estos interrogantes se trae a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 2001-00278 de agosto 28 de 2014, exp. Número (28.804) con ponencia de la consejera Stella Conto Díaz Del Castillo., en el cual se realizó el cambio de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria.

Se argumenta, en dicha providencia, que no hay en la Constitución o en la normatividad infra constitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño. Adicionalmente, que existen circunstancias de afectación a la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cuantitativa de la incapacidad. **Este es el caso de lo que en algunas ocasiones se ha llamado daño estético (subsumido dentro de esta dimensión del daño a la salud)** o la lesión de la función sexual, componentes del daño a la salud que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

También se unificó en esta sentencia (expediente 28804) lo referente al tema del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es factor para tener en cuenta para la tasación de este, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Se explica en la providencia en cita, que no hay razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando ésta sea reversible.

Y finalmente, en dicha sentencia, se aclaró que la Sección Tercera abandonaba, de manera definitiva, la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración **grave** de las condiciones de existencia, porque no considera razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad (no grave), pues no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio.

2.2 Estado actual del daño a la salud en la jurisprudencia contencioso-administrativa

La fundamentación del estado actual del tema del daño a la salud, de acuerdo con esta investigación, deviene de diferentes sentencias del Consejo de Estado, algunas de las cuales ya se han referido sucintamente en acápites anteriores y se reiterarán a continuación en sus aspectos pertinentes.

En primer lugar, en sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente número (38222), con ponencia del doctor Enrique Gil, se resolvió un caso en el que se pretendía por la parte demandante que se declarara responsable a La Nación-Ministerio De Defensa– Ejército Nacional por las lesiones sufridas por un miembro de la fuerza pública, el 10 de octubre de 2006. En la demanda, se solicitó la indemnización de perjuicios materiales correspondientes al lucro cesante de la víctima directa, perjuicios morales y la suma de 550 SMLMV para el lesionado directo por concepto de daño a la vida en relación.

Al resolver el proceso, la Sección Tercera determinó que no puede desagregarse el daño a la salud en diversos daños individuales porque esto llevaría a que, en busca de reparar de manera íntegra, se den múltiples indemnizaciones por un mismo perjuicio; por ejemplo, dentro del daño a la salud se tienen los daños a la vida en relación ya sea sexual, social o familiar y los fisiológicos y/o estéticos. Así, se expone que discriminar el daño a la vida de relación en diversos tipos, desborda los extremos indemnizatorios, en tanto dejar la tipología del daño a compartimentos abiertos genera problemas que resultan en la vulneración al principio de igualdad material.

Por lo anterior, el Consejo de Estado indicó en esta providencia que es necesario clarificar si lo que se indemniza es el daño evento o el daño consecuencia, cuáles son los bienes o intereses legítimos que pueden ser indemnizables y si el daño psicofísico puede ser resarcido a través de criterios objetivos para que la reparación de los daños inmateriales no sirva como fuente de enriquecimiento injustificado.

En ese sentido, afirmó esta Corporación que la jurisprudencia hasta entonces no ha sido asertiva al utilizar los diferentes conceptos de perjuicio fisiológico y daño a la vida en relación o alteración a las condiciones de existencia, porque, el primero corresponde a disfunciones orgánicas y los últimos al impedimento derivado de la lesión para desarrollar normalmente las actividades esenciales y placenteras de la vida, y aun cuando se tenga en cuenta tal diferenciación, el concepto resulta ser limitado en tanto la afectación podría tener origen en una situación diferente a una lesión corporal, **como un sufrimiento muy intenso que modifique el comportamiento social de quien lo padece.**

Así las cosas, con el reconocimiento del perjuicio denominado daño a la vida en relación no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima - daño moral -, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales padecidas por la víctima por causa de la lesión, sino de una reparación integral que se sujete a criterios objetivos para el reconocimiento de una indemnización que no conlleve a un enriquecimiento sin causa de quien la demanda.

Concluyó entonces el Consejo de Estado en la sentencia en cita que con la concepción de daño a la salud termina la discusión, toda vez que comprende toda afectación psicofísica sin que sea necesario establecer otro tipo de daños, sino la sola afectación a este derecho constitucional

y fundamental, lo que determina unos parámetros más equitativos para su tasación que guardan mayor apego a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad.

A continuación, se cita el aparte de la sentencia de manera textual, para culminar la idea con mayor exposición del caso:

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

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

(...)

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.

(...)

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 idéntica⁸.

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”⁹.

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por

8 “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.

9 “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.

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.”

En la sentencia en cita se retoma la clasificación de los perjuicios a indemnizar, y se llega a algunas conclusiones interesantes, tales como la explicación de que el daño a la salud involucra más que el bienestar físico porque también tiene en cuenta situaciones particulares como sus relaciones sociales y su estado de salud mental. Pero, es importante resaltar que si bien los lineamientos allí expuestos pueden ser correctos y claros al indicar que debía recogerse el tema del daño a la salud con un **criterio integral** que contenga la parte sicosocial, al momento de realizar las indemnizaciones, que en esta sentencia se reconoce la suma de 200 SMLMV como suma única a la víctima directa del hecho, no se aplicó lo que en teoría se defendió, pues, sin desconocer la complejidad del asunto, no se tuvo en cuenta las particularidades de la víctima, tal como se puso de presente en los correspondientes salvamentos de voto, que a continuación se señalan.

Se expone en los salvamentos parciales de voto de los Magistrados Stella Conto Díaz Del Castillo y Danilo Rojas Betancourth, que están de acuerdo en que el daño a la salud desplaza a las demás categorías de daños e igualmente que debe tasarse de forma objetiva en atención a dos componentes, **uno objetivo que responda al porcentaje de invalidez y uno subjetivo que permita aumentar el primer valor de acuerdo con las consecuencias particulares de cada sujeto**. Sin embargo, que no se entiende por qué se acogen en su integridad las pretensiones relativas a las diferentes categorías de daños subsumidos en el daño a la salud, sin hacer una valoración objetiva y desconociendo los lineamientos de la misma decisión.

Esto se afirma porque estos magistrados consideran que desde una perspectiva objetiva, el arbitrio iuris pasa a un plano secundario, en tanto solo deberá indemnizarse el perjuicio causado, de tal manera que éste tenga correspondencia concreta, real y objetiva frente al daño causado, aunado a que deberá tenerse como referente la indemnización que por este tipo de daños se hubiera reconocido en casos similares; pero esto no ocurrió en el caso concreto, pues se hizo la respectiva valoración con fundamento en el arbitrio iuris del juzgador, desconociendo los lineamientos de la misma decisión. En consecuencia, para su respectiva tasación, ante la falta de prueba sobre el particular, debió establecerse el grado de afectación.

Específicamente en el salvamento parcial de voto de la Doctora Ruth Stella Correa Palacio, puede observarse que la Consejera considera a la sentencia como un retroceso en la evolución jurisprudencial en tanto el daño extrapatrimonial diferente al daño moral, ya encontraba reconocimiento en la alteración a las condiciones de existencia que incluía el denominado daño fisiológico. Además, en la sentencia no es claro si el daño a la salud se enmarca solo en el evento de la afectación corporal o síquica o si se consideran sus consecuencias, o si se tienen en cuenta las dos, teniendo en cuenta que son las consecuencias de la lesión las que son indemnizables y no la lesión en sí misma. Finalmente, en la sentencia no se recurrió a los criterios definidos para la tasación del daño que se habían propuesto, sino que se adoptó precisamente la liquidación del daño con base en la alteración a las condiciones de existencia.

Analizada la sentencia y sus correspondientes salvamentos de voto, considera la autora de este artículo que la sentencia fue un gran avance conceptual, académico y que indica claramente un camino a seguir, sin embargo, comparte lo expuesto en los salvamentos de voto al indicar

que si bien la teoría dentro de la exposición del caso fue muy clara, no coincide o no se ve aplicada de manera inequívoca en los reconocimientos del caso concreto, que aún siguen dejando lugar a dudas en cuanto a la forma de valoración para la correcta indemnización. Adicionalmente, aún se requiere la definición por parte de la Alta Corte, en lo que refiere a la valoración objetiva que se expone en la sentencia, porque, por ejemplo, no se ha desarrollado la forma de realizar la valoración cuando no existe un porcentaje de invalidez.

En segundo lugar, y posteriormente, el Consejo de Estado profirió una sentencia dentro de una acción de grupo, radicado: 25000232600019990002 04 y 2000-00003-04 del 1 de noviembre de 2012 con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, en la que se REITERA que 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 reitera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral 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.

Expresa esta sentencia que **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. Y, con esto, concluye que, se continúa en la línea de comprender que si bien existen unos daños que son diferentes al moral y al material, no deben dividirse de manera individual, sino que deben unificarse en cuanto a que es el daño que afecta de manera sicológica a las posibles víctimas.

De lo expuesto, considera la autora del presente artículo que es un avance de precisión con respecto a la primera sentencia que se citó anteriormente, pero que aún requiere una mayor evolución para comprender que el daño a la salud debe ser entendido, estudiado e indemnizado de manera amplia, como un concepto de salud inclusivo y no restringido a la ausencia de enfermedad.

En tercer lugar, vale la pena resaltar en tratándose del daño a la salud, el reconocimiento que se dio en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222 por las cuales este daño a la salud se indemniza con un monto que va desde los 10 SMLMV hasta los 100 SMLMV de acuerdo con la gravedad de la lesión sufrida y que podrá aumentar excepcionalmente hasta los 400 SMLMV en casos de extrema gravedad, decisión que deberá ser motivada. Criterio que fue retomado y reiterado en el expediente 21170 con ponencia del Doctor Enrique Gil Botero en sentencia fechada el 28 de agosto de 2014.

En cuarto lugar, y otro aspecto que resulta de gran interés en desarrollo del daño a la salud, es el tema de las lesiones temporales, para el cual se citan las sentencias de unificación con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth, expediente número (28.832), y con ponencia de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo, expediente número (28.804), las dos del 28 de agosto de 2014.

En la primera, se expuso que en lo que se refiere a la liquidación de perjuicios, procede la indemnización por perjuicios inmatrimales moral y daño a la salud. Frente a este último, resaltó el cambio en la línea jurisprudencial que antes consistía en indemnizar, por una parte, el daño corporal sufrido y, por otra, las consecuencias que el mismo producía tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia), como externo o relacional (daño a la vida de relación) y expone que actualmente el daño a la salud comprende de forma más objetiva, el conjunto de afectaciones psicofísicas y está encaminado a cubrir la modificación de la unidad corporal y las consecuencias que las mismas generan, lo cual implica que no puede desagregarse en otros conceptos.

Ahora, en lo que se refiere al caso concreto de la sentencia en cita (expediente número 28832), la víctima directa padeció **lesiones de carácter reversible acaecidas durante alrededor de 3 meses**, que comparadas con las lesiones graves de carácter permanente resulta ser un periodo corto de tiempo. De tratarse de las primeras, por la gravedad que estas revistieron se estaría hablando de una indemnización cercana a los 100 SMLMV, pero, al tener el carácter de temporal, **considera el Consejo de Estado que la indemnización correspondería a la décima parte de aquella de carácter permanente, por cuanto se reconoce una indemnización de 10 SMLMV.**

En esta sentencia, el Consejo de Estado resolvió **UNIFICAR su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales, en el sentido de indicar que, para su tasación, debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual,**

de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar.

Finalmente, también se reconocen en el caso en cita medidas no pecuniarias que responden a la afectación al derecho constitucional de la dignidad humana y se hacen reconocimientos por daño emergente y por lucro cesante. Esto no hace parte del reconocimiento por daño a la salud sino, como se explicó en el capítulo primero, del perjuicio a la afectación de bienes constitucionalmente protegidos, que, si bien no son el eje central de este artículo, hace parte de este cuando toca con los límites que con el daño a la salud se imponen. Entonces, como en la sentencia se hizo un reconocimiento del daño a la salud, la afectación reconocida de la dignidad humana tuvo un resarcimiento con medidas no pecuniarias, tal y como se explicó anteriormente.

En la segunda sentencia, expediente número (28804), con ponencia de la Magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, como se expuso en el acápite anterior, se realizó el cambio de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria. Se expone que no se requiere que la lesión sea de carácter permanente para que sea indemnizada, porque **la duración del daño no debe ser factor determinante para la tasación de su indemnización**, pues existen daños a la salud que tienen medición cualitativa y no cuantitativa, que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad. Culmina la providencia, abandonando de manera definitiva la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia, por considerar que nadie está en obligación de soportar una alteración psicofísica ya sea esta de mayor o de menor entidad, y, por

ello, no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio.

En conclusión, bajo el panorama jurisprudencial actual, el perjuicio denominado daño a la salud se estudia según los parámetros y criterios fijados por las sentencias de unificación del Consejo de Estado aludidas con precedencia, según las cuales solo se reconoce al directamente afectado, de conformidad con el porcentaje de pérdida o disminución que logre probarse dentro del proceso y con unos **posibles reconocimientos cuando se trata de lesiones temporales que se establecen de un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar.**

Capítulo 3. Dificultades en la aplicación del daño a la salud.

Luego del análisis jurisprudencial sobre el estado actual del daño a la salud, se plantean tres dificultades que generan discusión a la hora de aplicar el mismo en los casos concretos:

En primer lugar, la valoración de circunstancias de desigualdad que surgen al interior de una potencial víctima y su círculo familiar y social, que tiene efectos exteriores, en su cotidianidad. Por ejemplo, una víctima de un accidente que es imputable al Estado queda en estado vegetativo y su esposa debe renunciar a su empleo, aprender de los cuidados especiales, renunciar a su vida sexual, entre otra cantidad de cambios que no se ven reparados de manera integral con el reconocimiento de un daño moral y de unos perjuicios materiales. Es en

este punto donde se considera que también hay casos en los cuales deben ser indemnizadas las víctimas indirectas del daño a la salud.

En segundo lugar, la posibilidad de poder realizar el juzgador un juicio de valor que pueda superar los valores ya establecidos en la Tabla 1 elaborada por el Consejo de Estado para indemnización del daño a la salud, cuando existe un porcentaje establecido. Es decir, poder separarse de esa tabla y atender a circunstancias particularísimas de cada caso, teniendo en cuenta que no puede decirse que un cierto porcentaje merece una cierta indemnización si el fallador no puede valorar esas condiciones particulares que podrían variar tan objetiva forma de indemnización.

Y, en tercer lugar, y relacionado con el primer problema ya planteado, se encuentra la situación que podría quedarse sin indemnizar en los casos en que existan víctimas indirectas del daño a la salud –sean o no familiares de la víctima directa-, es decir, cuando se demuestra que existen algunas personas que cambian su modo de vivir por la afectación que sufren a raíz de un determinado daño a la salud que padeció otra persona, que es identificada como víctima directa. O que tuvieron un daño a la salud desde el aspecto psicológico por la pérdida de un familiar o conocido que va más allá del perjuicio moral y que puede ser demostrable.

En efecto, si no se tiene un concepto inclusivo de salud no puede identificarse claramente qué es lo que cubre o contiene, o cuál es el límite donde esa afectación deja de ser por la disminución en la salud y se vuelve anímica o moral, o cuando deja de ser moral para pasar a clasificada como una afectación a un bien constitucional (diferente a la salud), teniendo en cuenta que esos límites no son fáciles de identificar y podrían ocasionar una doble indemnización (cuando un mismo daño

se desagrega en varios) o una indemnización incompleta (cuando no hay una reparación integral para la víctima directa o para las indirectas).

Para explicar este aspecto, se propone el siguiente ejemplo: si un bailarín profesional pierde una de sus piernas por una situación que pueda ser imputable al Estado, y a causa de ello se prueba que entró en una profunda depresión, lo que le llevó a una situación de alcoholismo que no ha logrado ser controlada, el Estado deberá indemnizar la disminución en sus ingresos profesionales (perjuicio material), la disminución en su salud física y psicológica - (perjuicio inmaterial - daño a la salud), y la afectación anímica que la lesión conlleve tanto para el afectado como para sus familiares más cercanos (perjuicio inmaterial - moral). Ello quiere decir que el daño a la salud siempre debe analizarse desde la óptica de la afectación corporal o síquica y en sus consecuencias, porque ambos aspectos son indemnizables y sería errado afirmar que es indemnizable de manera exclusiva la lesión en sí misma porque ello iría en contravía de la reparación integral.

Entonces, regresando a los aspectos problemáticos, si estos no se resuelven ¿podría afirmarse que existe una reparación integral? O ¿Deben entenderse incluidos en el daño a la salud, los conceptos de “alteración a las condiciones de existencia” o “daño a la vida de relación”? o por el contrario ¿se entienden superados y reemplazados por un nuevo concepto?; y si en el ejemplo que se ha planteado del bailarín, éste a causa de ese alcoholismo pierde su hogar, esposa e hijos, no comparte con sus padres, no asiste a reuniones sociales ni familiares, ¿no sufren acaso los demás seres queridos? ¿no pueden identificarse como víctimas indirectas?, ¿tendría que entenderse que esto se indemniza a través del daño moral, aunque no se quede en el aspecto interno, sino que se refleje hacia el exterior? ¿Podrían buscarse

respuestas en aquella subcategoría residual que pretendieron dejar en desarrollo y que se denomina por parte del Consejo de Estado “afectación a bienes constitucionalmente protegidos”?

Con todos los anteriores cuestionamientos, se quiere significar que lo hasta aquí desarrollado sobre el concepto del daño a la salud aún genera discusiones y dificultades en los casos prácticos, porque si bien existe una clasificación en cuanto a perjuicios inmateriales, a saber: daño moral, daño a la salud y afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, dada su estrecha relación que dificulta diferenciar su contenido, podría generar que no se repare de manera integral una víctima o que, por el contrario, se estén indemnizando dos veces por un mismo perjuicio. Y si bien se pretendió unificar por parte del Consejo de Estado lo relativo al reconocimiento de perjuicios en materia de responsabilidad estatal, surgen todavía dudas al respecto que merecen ser atendidas por el alto tribunal.

En ese sentido, sin duda es valioso para el desarrollo de la delimitación conceptual de los perjuicios inmateriales en la responsabilidad del Estado, que se hubiese determinado un sistema de categorización que permita incluir como subcategorías de los mismos “el daño moral”, “el daño a la salud” y “la afectación a bienes constitucionalmente protegidos”; pero no porque ya estén subcategorizados puede considerarse que dicha delimitación no permita el reconocimiento de cada uno de ellos, o que constituya una doble indemnización o una incorrecta indemnización de perjuicios que no logre en efecto o se quede corta, al momento de lograr una reparación integral, lo cual debe examinarse en los casos concretos.

La salud también es un bien constitucionalmente protegido, pero con unos parámetros de indemnización diferentes a los estipulados por el

Consejo de Estado para los específicamente así denominados y que, por esta razón, serán objeto de estudio en acápite posteriores. Este bien constitucionalmente protegido debe ser estudiado en un concepto integral y por ello para determinar su merma, afectación o disminución no debe estar atado a un porcentaje específico y objetivo para indemnizarlo, sino que debe estar sujeto a un estudio amplio por parte del fallador en cuanto a las circunstancias del antes, durante y después de la persona que lo padece y si ese daño aumenta de alguna forma los perjuicios de las personas cercanas a la víctima directa.

Este aspecto tampoco queda valorado con la sentencia de unificación y se explica con otro ejemplo: si una persona sufre una lesión, esta lleva por sí una afectación moral tanto para la víctima directa como para sus cercanos familiares que deben sufrir por ver a su ser querido en determinada situación, pero si esa pérdida implica cualquier clase de discapacidad permanente que requiere un cambio de vida significativo, su esposa se sale de trabajar para cuidarlo, debe cambiar pañales, tratarlo como un niño, etc., cabe preguntarse; ¿si se reparó de manera integral a esa esposa que si bien no sufrió directamente la lesión solo recibió a modo de indemnización lo mismo que los hijos y los padres por un daño moral? O ¿aquí existe una lesión más allá del daño moral que pasa a exteriorizarse y que se está dejando por fuera de la reparación que corresponde?

Capítulo 4. Perspectivas sobre la evolución del daño a la salud, enfocadas hacia una aplicación práctica.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, podría entenderse que en la actualidad el daño a la salud no se está tomando por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su concepto actual dado por la OMS, afirmación que se hace al partir de los siguientes supuestos

sobre su reconocimiento: indemnización exclusiva para la víctima directa que padece una disminución en su salud; no valoración de cada caso particular por atarse a las tablas expuestas por el Consejo de Estado acorde a los porcentajes; y falta de indemnización a las víctimas indirectas del daño a la salud.

Estos puntos nos llevan a concluir que para que sea considerado un perjuicio a la salud, los jueces y magistrados de la jurisdicción contencioso-administrativa, toman este concepto como una ausencia de enfermedad y eso como se ha expuesto a lo largo de esta investigación ha sido revaluado porque se requiere un concepto inclusivo de salud que lleve a comprender la integralidad de esa palabra con todo y lo que su definición impone al Estado para salvaguardar tal derecho constitucional.

Visto lo anterior, podría decirse que no han sido gratuitas las variaciones conceptuales estudiadas en la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado frente a los perjuicios inmateriales porque llegan a un punto dentro de los casos prácticos donde parecen confundirse o perder sus límites e incluso se ha notado en la línea jurisprudencial ampliamente explicada en el estado del arte que en ocasiones se ha llegado a considerar que el daño a la salud puede perder fácilmente sus límites incluso confundiéndose en algunos aspectos con los demás perjuicios inmateriales.

No se pretende con lo anterior, retroceder en lo ya logrado, sino por el contrario proponer una delimitación un poco diferente al concepto de salud, llevándola más cerca del concepto de salud que nos ha ofrecido la OMS. Con esto quiere decirse que, el daño a la salud si es un perjuicio inmaterial como un primer límite, que debe probarse en un primer momento como una afectación al estado psicofísico de la

persona que solicita ser reparada y que esta disminución psicofísica debe estar ampliamente demostrada con pruebas médicas y psicológicas avaladas y con los demás medios probatorios que puedan dar certeza de su ocurrencia.

Corroborado el aspecto probatorio señalado, podrá verificarse si de ese perjuicio derivado de un daño antijurídico devienen otras situaciones que puedan clasificarse como perjuicios adicionales a la vida de la persona que padeció la afectación psicofísica, por ejemplo algún o algunos familiares en particular, y que este perjuicio sea algo adicional que se refleje al exterior y que no pueda ser considerado como perjuicio moral (que es interior y en la mayoría de los casos se presume) sino como un segundo aspecto del daño a la salud que requerirá parámetros probatorios y de valoración por parte del juez que no pueden ser tasados en unas tablas sino que dependen de las circunstancias particularísimas de cada situación.

Ese perjuicio derivado del daño a la salud psicofísica también puede ser denominado daño a la salud en su concepto amplio que incluye todo lo que implica el bienestar de una persona y no tiene, como el primero, que ser reconocido solo a la víctima directa; pero, en todo caso, sí debe ser tasado en dinero por un juez, pues la afectación de una lesión hacia el exterior, o el cambio de vida de la familia que, por ejemplo, debe cambiar de casa, renunciar a un empleo o dejar de tener relaciones sexuales con su pareja, etc. no son perjuicios que puedan indemnizarse integralmente con medidas no pecuniarias y ante tal deficiencia debe poderse cuantificar dependiendo de la gravedad de la situación con una valoración idónea de quien debe dilucidar la contienda.

Esas alteraciones a las condiciones de existencia o ese daño a la vida de relación no son más que manifestaciones de los perjuicios que

devienen del daño a salud en sentido estricto y que se amplía en sus esferas con un concepto de daño a la salud más inclusivo o amplio.

Capítulo 5. Sobre la afectación a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos

Finalmente, y como ya se ha expuesto hasta este punto, lo que se ha buscado constitucional, legal y jurisprudencialmente en materia de la responsabilidad del Estado, es **indemnizar de manera integral a las víctimas** que dentro de un litigio han probado tal calidad, por haber sufrido un daño antijurídico que no estaban en obligación jurídica de soportar, que le es imputable al Estado sin que se presenten eximentes de responsabilidad que impidan su configuración y debida indemnización. Si bien la afectación de bienes constitucional y convencionalmente protegidos no es el objetivo principal de esta investigación, sino que es el daño a la salud, es importante por último resaltar el límite entre estos dos posibles perjuicios a resarcir.

Al respecto, es necesario citar la sentencia del 28 de agosto de 2014 radicada bajo el número 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) con ponencia del Consejero Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, en la que se pone de presente que a través de la reparación integral del daño se pretende que desaparezcan las condiciones que dieron origen al mismo, que no se repita la vulneración y que se materialice la igualdad sustancial. El caso de la sentencia en cita consistió en una demanda cuya pretensión era que se declarara responsable a La Nación- Ministerio De Defensa- Ejército Nacional como responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes por la muerte y la desaparición forzada de sus familiares. Y que, por tal declaración, se les reconociese la indemnización de perjuicios materiales y morales.

En primera instancia se negaron las pretensiones, pero en segunda instancia se accedió a las mismas y se afirmó que esta clase de daño constituye una violación grave a los derechos humanos y una infracción al Derecho Internacional humanitario, repercutiendo esto de forma significativa en el juicio de imputación y las garantías que deben darse a las víctimas para la reparación integral del daño. Por lo anterior, en lo atinente a la indemnización de perjuicios, al referirse a los daños inmateriales derivados de la afectación relevante a bienes y derechos convencional y constitucionalmente protegidos que aparecen como una categoría de daño autónomo, reconoció el Consejo de Estado que los actores sufrieron afectaciones a la familia, la verdad, un recurso judicial efectivo y en algunos casos el desplazamiento forzado.

Se expresó que, en este caso, la indemnización de esta afectación procedía de oficio por acreditarse la existencia del daño y se reconoce sólo a la víctima directa o a su núcleo familiar más cercano: cónyuge o compañero permanente y los parientes del 1er grado de consanguinidad biológica, de adopción o de crianza. Afirmó también el Consejo de Estado que la reparación de este daño es a través de medidas no pecuniarias, pero que podría reconocerse única y exclusivamente a la víctima directa la suma de 100 SMLMV, siempre que las demás medidas no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles y siempre que no fuera reconocida como daño a la salud. En el caso concreto, se ordenan medidas para la garantía de no repetición y medidas a título de garantías de satisfacción y en lo que tiene que ver con los perjuicios materiales, estos se reconocen con base a lo probado en el proceso y por cada uno de los grupos familiares relacionados en el proceso.

Entonces, se encuentra que independientemente de lo que se demuestre en el proceso, hay unos limitantes que de manera objetiva

podrían dejar por fuera personas o situaciones a indemnizar o podrían brindarse indemnizaciones que no reparan plenamente el daño, que no hagan desaparecer las condiciones que dieron origen al mismo, que no garantizan que la situación de vulneración no vuelva a ocurrir y que no garantizan que se materialice la igualdad sustancial. Esos limitantes son: En primer lugar, la indemnización no pecuniaria de los perjuicios derivados del daño antijurídico, que se cataloguen como vulneración a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, solo se reconoce a la víctima directa o a su núcleo familiar más cercano: cónyuge o compañero permanente y los parientes del 1er grado de consanguinidad biológica, de adopción o de crianza. De esta primera limitante, se entiende que, independientemente de lo que se demuestre, si existen otras víctimas indirectas, estas no podrán ser reparadas. Y, en segundo lugar, la reparación de este daño es a través de medidas no pecuniarias, aunque podrá reconocerse única y exclusivamente a la víctima directa la suma de 100 SMLMV, siempre que las demás medidas no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles y siempre que no fuera reconocida como daño a la salud.

Por último, se procede a explicar que son las medidas pecuniarias y no pecuniarias, para ello se recurre a la siguiente cita Sentencia del 19 de octubre de 2007, expediente 29273:

“En cuanto a las modalidades de reparación en el sistema interamericano, como se mencionó antes, las mismas pueden ser pecuniarias y no pecuniarias e incluyen:

- a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias (Corte Interamericana, Caso Bámaca Velásquez, 2002).

- b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial (Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros).
- c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole (Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello).
- d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como, por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc. (Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. 2001).
- e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras (Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. 2001)."

Capítulo 6. Conclusiones:

Se tiene entonces de lo hasta aquí expuesto que las precisiones a proponer dentro del problema planteado y frente al daño a la salud como perjuicio dentro de la reparación integral que debe derivarse de un daño antijurídico que es imputable al Estado, son:

5.1. El daño a la salud es inmaterial y no debe confundirse su indemnización en ningún caso con un perjuicio material, porque su raíz es diferente, el daño a la salud enmarca toda afectación sicofísica que incluso puede tener implicaciones en la exteriorización del comportamiento de la persona afectada por situaciones interiores.

5.2. Si bien es cierto que en la actualidad debe demostrarse la existencia del daño a la salud desde un concepto restringido o específico que incluye una disminución probada de la salud psicofísica de la víctima que lo padece de manera directa (porcentaje de incapacidad), esto no es requisito indispensable para que las lesiones temporales puedan repararse porque se tiene una fórmula jurisprudencial para ello y no puede solo negarse un perjuicio por no contar con un porcentaje de pérdida de capacidad permanente.¹⁰

5.3. Debe analizarse el daño a la salud desde un concepto más amplio o integral para allí poder incluir todo el aspecto psicofísico que pudo haberse afectado y que requiere de una indemnización de cara con la reparación integral sin ser confundido con el daño o perjuicio moral. Esto es, por ejemplo, un daño psicológico.

5.4. En ningún caso puede desagregarse el daño a la salud en diversos perjuicios, porque podría cometerse el error de realizar una doble indemnización por un mismo aspecto.

5.5. Para efectos de una reparación integral del daño a la salud, deben considerarse todas y cada una de aquellas personas que dentro del proceso se demuestren como víctimas indirectas y éstas también deben ser reparadas en atención al planteamiento genérico de lo que se pretende con la reparación integral: el objetivo es

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth, radicado 25000-2 3-26-000-2000-00340-01(28832) – en la que se resolvió UNIFICAR su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales, en el sentido de indicar que, para su tasación, debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar.

reparar plenamente el daño, que desaparezcan las condiciones que dieron origen al mismo, que no se repita la vulneración y que se materialice la igualdad sustancial.

5.6. Podría implementarse una prueba evaluativa del concepto de salud general o integral que determine toda disminución de bienestar derivada de la afectación demostrada y que dentro de esta puedan darse parámetros objetivos de indemnización para las víctimas (directas o indirectas) que no sean limitantes en la labor del juez, sino que sean un apoyo para el mismo al momento de encajar los casos particulares con las subjetividades propias de cada situación.

Bibliografía

Congreso de Colombia. (31 de mayo de 1873) Artículo 1614 [Titulo XII]. *Código Civil* [Ley 84 de 1873]. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr049.html#1614

Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015). *Ley estatutaria por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones* [Ley 1751 de 2015]. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf

Consejo de Estado, (26 de abril de 2018) Expediente 41390. “Los eventos de responsabilidad objetiva en la prestación del servicio médico sanitario”. [MP María Adriana Marín].

Consejo de Estado, (28 de agosto de 2014) Sentencia de unificación
Expediente 32.988.

Consejo de Estado, (29 de agosto de 2013), Expediente 30283. [MP.
Danilo Rojas Betancourth].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección
Tercera, (28 de agosto de 2014) Sentencia de
unificación jurisprudencial. Expediente 31170. [MP.
Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (28 de
agosto de 2014) Sentencia de unificación
jurisprudencial, Expediente 28832, [MP. Danilo
Rojas Betancourth].

Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, (14 de
septiembre 2011) Expediente 19031.

Consejo de Estado, Sección Tercera, (1 de julio de 1993), Sentencia 6
Expediente 7772. [CP. Doctor Daniel Suárez
Hernández].

Consejo de Estado, Sección Tercera, (1 de noviembre de 2007)
Expediente 16407.

Consejo de Estado, Sección Tercera, (1 de noviembre de 2007)
Expediente 16407.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2014), Documento ordenado
mediante Acta No. 23 del 25 de septiembre de 2013
con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y

establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales

Consejo de Estado. (6 de abril de 2018) Expediente 46005. [MP. Danilo Rojas Betancourth].

Corte Constitucional. (29 de mayo de 2014) Sentencia C-313/14. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Interamericana. (22 de febrero de 2002) Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez.

Corte Interamericana. (6 de diciembre de 2001) Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. párr. 68.

Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273.

Organización Panamericana de la Salud (2013). Módulos de Principios de Epidemiología para el Control de Enfermedades (MOPECE). Recuperado de https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=9161:2013-mopece-training-modules-epidemiology&Itemid=40096&lang=es

Tribunal Administrativo de Antioquia (3 de julio de 1992) Sentencia.

**Declaración de originalidad
(Obligatorio para
postgrados)**

15 de mayo de 2019

Susana Katherine Upegui Carvajal

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art. 82 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma


