

**El daño a la salud,
daño autónomo
objeto
de indemnización**

Franz Hederich García

EL DAÑO A LA SALUD, DAÑO AUTÓNOMO OBJETO DE INDEMNIZACIÓN

AUTOR: *Franz Hederich García*.

FECHA DE RECEPCIÓN: Julio 30 de 2012.

DIRECCIÓN: fhederich@unab.edu.co

RESUMEN: Este texto busca un acercamiento frente a la consistencia del nacimiento de un nuevo daño llamado en el gremio de los abogados como daño inmaterial, así, los lectores podrán determinar si efectivamente se está en presencia de un fenómeno indemnizatorio independiente, o, si por el contrario, nos encontramos dentro de la denominación actual de daño a la vida de relación, o daño por alteración de las condiciones de existencia.

PALABRAS CLAVE: Daño, perjuicio, indemnización, daño emergente, lucro cesante, derecho de propiedad.

ABSTRACT: This paper presents an approach against the consistency of the birth of a new damage called in the guild of lawyers as pecuniary damages, so readers can determine whether we are in the presence of an independent compensation phenomenon, or, if on the contrary, we find ourselves in the current name of damage to personal relationships, or damage by altering the conditions of existence.

KEY WORDS: Damage, harm, compensation, consequential damage, profits, property right.

El daño a la salud, daño autónomo objeto de indemnización

Franz Hederich García

I. Introducción

Desde hace algunos meses hemos encontrado cómo con honores en el gremio de los abogados hablan del nacimiento de un nuevo daño inmaterial, autónomo e independiente de los demás, reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como Daño a la Salud, pero lo que no es cierto es que desde antes no se hablara de esta especie de daño, pues sucedió que solamente hasta Septiembre de 2011, en Sentencias 38222 y 19031, el Consejo de Estado reconoce expresamente el Daño a la Salud, y, condena por su generación.

Con este artículo solamente queremos hacer un acercamiento frente a la consistencia de esta nueva especie de daño, para que los lectores puedan determinar si efectivamente estamos en presencia de un fenómeno indemnizatorio independiente, o, si por el contrario, estamos dentro de la denominación actual de daño a la vida de relación, o daño por alteración de las condiciones de existencia, ambos reconocidos tanto por la jurisprudencia del Consejo de Estado como por la de la Corte Suprema de Justicia, como daños inmateriales, independientes del daño moral.

II. Del Daño y del Perjuicio

Para hablar o disertar sobre un tema relacionado con el Daño, es indispensable aproximarnos a una definición del mismo, más cuando este es el elemento de mayor importancia dentro del juicio de responsabilidad, ya que si no existe daño, no hay juicio alguno, en derecho, por realizar.

Para ello es importante tener como base la definición de daño ofrecida por algunos doctrinantes. Así, para el profesor Adriano De Cupis “daño significa más que el

nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de un situación favorable”; para el profesor Fernando Hinestrosa “daño es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acompaña”; para el profesor Javier Tamayo Jaramillo “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial”; para el profesor Juan Carlos Henao Pérez “daño es la alteración negativa de un estado de cosas existente”, y, finalmente para el profesor Enrique Gil Botero, daño es “el quebrantamiento de un interés legítimo”.

Como puede observarse en todas las definiciones, el elemento común de las mismas es la disminución económica de un derecho, patrimonial o extrapatrimonial, y, por ello es indispensable establecer si los conceptos de daño y perjuicio son sinónimos, y ello, porque desafortunadamente los conceptos se utilizan como sinónimos, con el favor del mismo Consejo de Estado, que en sentencia del 31 de Julio de 1958, determinó “.. la palabra daño equivale exactamente en perjuicio ..” pero antes, para el año de 1934 la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “el daño, considerado en si mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu, en su patrimonio”, y de otra parte consideró “el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”, y, a su vez el profesor Benoit, citado por el profesor Henao Pérez comparte el criterio de nuestro máximo tribunal de lo contencioso administrativo al afirmar “el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, de una situación (...) el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”, como puede observarse, y así los términos daño y perjuicio son tratados con igualdad, pero la razón de este tratamiento es que la confusión del término no genera ninguna consecuencia para la práctica del derecho por su errónea utilización, y, sin embargo, en nuestro concepto, sí existe diferencia en los términos, y por ello podríamos concluir que el daño es la afectación del derecho, y, el perjuicio es la cuantificación patrimonial de dicha afectación.

III. De la clasificación actual del daño inmaterial o no pecuniario

Determinando el daño como aquella lesión o aminoración de un interés jurídicamente tutelado, tenemos que este interés podría ser de carácter pecuniario o no pecuniario, y, por ello aquellos que hacen parte de esta última clasificación requieren del abogado un mayor estudio y análisis frente a su presentación para poder determinar si estamos frente a una u otra subclase.

La existencia del daño no pecuniario fue reconocida inicialmente por el derecho romano, pues después fue considerado inmoral y como un atentado a la ética, el reconocimiento

económico de daños diferentes a los pecuniarios; no obstante, y, con la influencia del cristianismo en punto del derecho de daños no era viable el reconocimiento económico de las “lágrimas”, de las “penas”, de los “dolores sentimentales”, de la “imposibilidad de realizar cosas cotidianas y normales de la vida”, generando la imposibilidad de reconocer tales circunstancias como objeto de indemnización.

En el derecho romano, se presentaban dos clases de delitos unos de carácter público (criminal), los cuales se presentaban cuando el interés vulnerado tenía el carácter de un interés público como, por ejemplo, la traición, los cuales eran castigados con la máxima pena social como podría ser el destierro, la muerte o las penas públicas, y otros, de carácter privado (delicta), que eran aquellas conductas que lesionaban intereses de carácter particular, en los que la pena no nacía de un reproche social, sino directamente de la persona afectada en su interés, quien podía ella misma disponer de la vida del autor de la conducta que causa su daño, salvo acuerdo indemnizatorio, y, posteriormente, por acuerdo indemnizatorio que provenía de la autoridad judicial de ese entonces; fue así como en el derecho romano, tan solo se reconocían cuatro fuentes de obligaciones a saber: *el furtum*, *la rapiña* (robo), *la iniuria* (ultrajes a una persona, con sanciones de indemnización, o, la simple retractación y *el damnum iniuria datum* (el daño de cosas inanimadas).

Posteriormente, el derecho germánico no se diferencia del derecho romano en punto de la fuente obligacional, sino directamente la sanción derivada de la afrenta, como era la unidad familiar, es decir, la posibilidad de vengar con la muerte el daño causado de uno de los miembros de la familia del causante, salvo el acuerdo indemnizatorio, el cual estaba determinado para indemnizar el daño causado a todos los miembros del grupo familiar de la víctima.

El tercer antecedente, refiere el Código de Napoleón, fuente de inspiración de parte de nuestra legislación, que, como se sabe, no es de fuente propia del derecho francés, sino que fue concebido por la mezcla del derecho germánico (estirpe consuetudinaria) y del derecho romano (estirpe escrita), pero sin embargo ninguna de estas fuentes traía norma alguna relacionada con el daño no pecuniario, en ninguna de sus manifestaciones, y, es por ello que al revisar las normas que regulan el derecho de daños en punto del derecho privado, podría erróneamente pensarse que solamente se da importancia al carácter indemnizatorio del daño pecuniario, pues la norma de los artículos 1613, 1614 y 1617 del Código Civil, efectivamente define el concepto de daño emergente y lucro cesante, entendidos estos como los parámetros o clases indemnizatorias del daño pecuniario; no obstante el daño no pecuniario sí tiene su reconocimiento, no solamente del artículo 1615 del Código Civil que establece: “Se debe indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.”, sino igualmente aquel derivado de los principios del derecho de daños consagrado en la Ley 446 de 1998, que en su artículo 16, consagra: “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.”, y, constitucionalmente el derivado del artículo 95 de la Carta Política que determina “La

calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: ... 1) Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; ...”, e igualmente la prevención del artículo 2341 del Código Civil que establece “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”.

No obstante, es imposible negar que la génesis del daño no pecuniario o extrapatrimonial, la encontramos en la jurisprudencia, inicialmente negándose la posibilidad de deprecarlo en los casos de indemnización proveniente del incumplimiento contractual; afortunadamente hoy en día no se encuentra vigente esta tesis; ahora, en materia de responsabilidad civil extracontractual, el reconocimiento del daño no pecuniario tiene su nacimiento jurisprudencial con la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencias del 21 de Julio de 1922 y 22 de Agosto de 1924, reconocido como el caso de León Villaveces, relacionado con una demanda interpuesta en contra del Municipio de Bogotá, por la pérdida de los restos mortales de la esposa del demandante, en la cual solicita la indemnización proveniente del hecho descuidado de los empleados del municipio al depositar los restos de su esposa en una fosa común, caso en el cual, para el Tribunal solamente eran indemnizables perjuicios de carácter no pecuniario, pues no se demostraba la existencia de un perjuicio pecuniario o patrimonial derivado del acto de los funcionarios adscritos al Municipio; frente a tal determinación, el proceso llegó a la Corte, quien al fallar la demanda de casación, consideró: “Este último artículo -2356- extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es solo una parte del conjunto de elementos que integran la persona humana. Tanto se puede dañar un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia del agente.”

Es así como el transcurrir de los tiempos ha demostrado un avance jurisprudencial en materia de la tipificación del daño no pecuniario, iniciando con la clasificación del daño moral en sus dos formas subjetivo y objetivo, definido por la jurisprudencia en Sentencia del 28 de Junio de 1967 del Consejo de Estado, como “Aquel llamado también *pretium doloris*, es de carácter síquico, afectivo y su demostración puede aceptarse por medio de una presunción simple ... Cuando como consecuencia de un trauma anímico producido por el hecho dañoso se afecta el patrimonio económico, el perjuicio se denomina moral objetivado.” Así mismo, el daño moral subjetivo, fue igualmente identificado por la jurisprudencia, como el daño al patrimonio moral propiamente dicho y el daño al patrimonio afectivo de la persona, según que la lesión se proyecte en la actividad social del individuo, como cuando se daña el buen nombre de alguien, su imagen, su síquis, sus creencias, que en concepto del Dr. Navia Arroyo es una clasificación del daño moral completamente acertada, dejando

al juez su determinación e identificación en el momento de realizar la valoración y cuantificación del mismo.

Es así como el daño no pecuniario, específicamente en su modalidad de daño moral, busca resarcir aquellos dolores y padecimientos sufridos por la víctima y derivados de la ocurrencia de un hecho nocivo que afecte intereses, en este caso extrapatrimoniales, como son aquellos derivados de la muerte de un pariente, o la imposibilidad de desarrollar las actividades cotidianas de la vida social; es lo que ha justificado que se clasifique el daño moral en dos grandes espectros, como son la indemnización del daño moral propiamente dicho, y, la indemnización del daño causado al patrimonio social de una persona, y, por ello, es importante, tal y como lo manifiestan los profesores Felipe Navia Arroyo y María Cecilia McCausland, que dicha clasificación marca un hito antes de 1968 y con posterioridad a dicha anualidad, con la sentencia del 4 de Abril de 1968, en la cual el maestro Fernando Hinestrosa, dijo: “En lo demás, en lo que toca a los distintos aspectos del daño, pensando en que la lesión a la integridad sicosomática de la persona puede repercutir en el patrimonio de la misma, tanto en los gastos de curación o rehabilitación, como en las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejará de percibir, y también manifestarse en quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto, e incluso proyectarse en sus sentimientos, y, además considerando que todos estos efectos de la agresión constituyen un daño a la persona en sus distintas manifestaciones relevantes.”

Y es esta sentencia la que trata de establecer una autonomía entre el perjuicio que recae directamente en el patrimonio (daño pecuniario), y, el que recae sobre su relación social o su patrimonio síquico o psicológico (daño no pecuniario), y, es aquí en este momento cuando nace el llamado perjuicio fisiológico, generando una separación jurisprudencial del concepto, ya, que si bien para la Corte Suprema de Justicia, todo daño a un bien de la personalidad, que repercuta en la actividad social de la víctima debe ser indemnizado, para el Consejo de Estado, este mismo daño se indemnizará bajo la modalidad de daño fisiológico, siempre y cuando el daño se derive de una lesión corporal, pues el cuerpo es igualmente parte del patrimonio de una persona.

Este perjuicio fisiológico fue reconocido por nuestra jurisprudencia, en sentencia del 3 de Julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquía, con fundamento en lo previsto en el Artículo 2341 del Código Civil, por ser este mandato el que obliga a la reparación de toda clase de perjuicio causado a la persona o a los bienes de otro, y, concretó la denominación del perjuicio fisiológico en que “...la parálisis de los miembros inferiores (paraplejía) que padece el actor lo priva de los placeres de la vida, tales como caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares”, y, tal concepto fue ratificado y ampliado por el Consejo de Estado en sentencia del 6 de Mayo de 1993, pero reconociéndolo como una nueva forma de daño, denominándola “perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación”, por cuanto este se refería “a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia.”.

Y, tal desarrollo del perjuicio fisiológico, fue analizada para dar paso al concepto de daño a la vida de relación, en la sentencia del 19 de Julio de 2000, citada por la Dra. María Cecilia M' Causaland Sánchez, en su Libro "Tipología y reparación del daño no patrimonial", en los siguientes términos:

".. se abandona la expresión *perjuicio fisiológico*, en cuanto no puede ser considerada sinónima de la de *daño a la vida de relación*, ni siquiera cuando el perjuicio proviene de una lesión física o corporal, dado que esta última noción "no consiste en la lesión en si misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien las sufre", y resulta, además mucho más amplia puesto que no alude exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, sino que puede derivarse de la afectación de actividades simplemente rutinarias, que ya no pueden realizarse o requieren un esfuerzo excesivo."

Y, será tan cierta la afirmación del fallador de última instancia, que efectivamente el daño de la vida de relación es una expresión de mayor amplitud, pues el mismo no nace o se produce de una lesión exclusivamente corporal, pues conforme al artículo 4 del decreto 1260 de 1970, dicho daño puede derivarse de una acusación calumniosa o injuriosa, de la discusión de un derecho al uso del nombre o de la utilización del nombre por un tercero no autorizado para hacerlo.

Y, concluye la sentencia ya enunciada: "Se descarta por último, la utilización de la expresión *alteración de las condiciones de existencia*, para designar la categoría de daño mencionada, en cuanto puede resultar equivocada, dado que, "en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteración en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que estas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él". Se expresa que resulta más adecuada la expresión *daño a la vida de relación*, tradicionalmente utilizada por la doctrina italiana, pero se advierte que esta categoría no está referida únicamente a la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean, sino también a la modificación negativa de "muchos otros actos de la vida, aún los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo."

Y, para entender aún más el contenido del perjuicio denominado *daño a la vida de relación*, es necesario enunciar nuevamente la sentencia del Consejo de Estado de fecha 19 de Julio de 2002, antes relacionada, utilizada igualmente por la Corte Suprema de Justicia, pero que ha sido el trampolín de explicación del concepto de esta clase de daño no pecuniario, pero autónomo, del daño moral, en los siguientes términos:

"5. En este orden de ideas, la Corte, a manera de compendio, puntualiza que el daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: a) *tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial*, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) *adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también se diferencia del*

perjuicio moral propiamente dicho; c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) no solo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o síquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquella y estos; f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y, g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño..”.

De esta forma, y, hasta este momento, se logra que para la jurisdicción ordinaria y administrativa: i) existe el reconocimiento del perjuicio no pecuniario; ii) la existencia de dos categorías de daño no pecuniario autónomas e independientes, como son el daño moral y el daño a la vida de relación.

Pero es precisamente la imposibilidad de afirmar, determinar o identificar daños no pecuniarios establecidos e inamovibles, pues los daños van a la par de los procesos y avances que generan nuevas condiciones en las cuales se producen daños a personas y cosas que ameritan el análisis o estudio de otros daños no pecuniarios, y, es así como se inicia el reconocimiento de otros dos tipos de daños no pecuniarios, como son: i) la pérdida de oportunidad, y, ii) el daño a la salud.

En primera instancia, haré referencia a lo que se conoce como pérdida de oportunidad, también denominada como “pérdida de la chance”, para lo cual debemos ir a la raíz del concepto, y, para ello tenemos que la palabra “chance”, es definida como la posibilidad de conseguir algo, pero esa posibilidad debe ser entendida en término de probabilidad de conseguir algo, ya que para todos los estudiantes de derecho es posible que obtengan el título de abogado, pero en ese mismo momento de la vida no es probable que logren llegar a la magistratura, y, la probabilidad está referida a la de obtener una ventaja o beneficio, o la probabilidad de evitar una pérdida, que serán los conceptos a indemnizar en el momento de reconocer esta clase de perjuicio.

Y, por esta razón, me parece importante analizar la tipología denominada pérdida de oportunidad, bajo la óptica que presenta el Dr. Luís Felipe Giraldo Gómez, en su Libro: “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil”, pues analiza aquella esperanza frustrada desde dos aristas, una positiva y otra negativa, así:

“Puestos los ojos en el *lado positivo* de la figura, se considera la pérdida de la oportunidad con un evento en el que un sujeto que ya ha iniciado un proceso, cuyo curso normal podría llevarlo a obtener una ventaja o ganancia, ve interrumpido su rumbo como consecuencia de la conducta de un tercero, de tal forma que ese resultado esperado, que a ciencia cierta no se sabía si se iba a producir, no podrá ser jamás alcanzado.”

(...)

“Por el contrario, ubicados sobre el *lado negativo* de la figura, creemos que la pérdida de oportunidad se presenta en aquellos casos en los que hay un sujeto que está inmerso en un proceso que per se lo puede llevar a que se produzca un perjuicio, por lo cual su esperanza está puesta en la interrupción de dicho proceso por parte de un tercero, pero, con ocasión de la falta de actuación o del actuar errado de ese sujeto, no se logra parar de manera definitiva ese curso negativo y la víctima finalmente sufre el perjuicio del cual tenía la esperanza de escapar.”

Pero no basta identificar la finalidad del carácter indemnizatorio de la pérdida de oportunidad, es necesario incluir un elemento como es el carácter cierto del daño, para que el mismo pueda ser indemnizado (Sentencia de Mayo 7 de 1998 Consejo de Estado, y, Sentencia de Noviembre 11 de 2002- Corte Suprema de Justicia), pues en ambos fallos se diferencia entre la certeza y la eventualidad, rechazándose de plano la posibilidad de indemnizar el daño caracterizado por este segundo elemento; no obstante, en punto de la pérdida de oportunidad, además de tener con claridad que hablamos de la indemnización de aquello que probablemente podría beneficiarme o evitar la ocurrencia de un perjuicio, mas no posiblemente, es necesario que la probabilidad esté íntimamente ligada al álea y no a la eventualidad, que es aquella que si bien es incierta, su ocurrencia depende del “acaecimiento de situaciones futuras”, la cual se representa en la verificación de múltiples elementos que de haberse presentado podrían haber llevado a la obtención de ese beneficio esperado, o, haber evitado la ocurrencia o materialización del perjuicio, y, para ello, es conveniente analizar el fallo del 20 de Noviembre de 2008, en el cual el Consejo de Estado reconoce la existencia de esta tipología como un daño no pecuniario y autónomo, en los siguientes términos:

“.., en eventos como el que se viene analizando, el perjuicio económico se ocasiona por la pérdida de las nuevas oportunidades u ocasiones favorables para contratar con entidades públicas en un periodo de cinco (5) años, debido a la inhabilidad que por este tiempo genera el acto que decreta en forma ilegal la caducidad del contrato...”.

Al respecto, y, como una opinión muy personal, considero que no es viable la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, pues en este caso no hay álea, no hay probabilidad, pues la participación en procesos licitatorios no dependen del álea, sino de la voluntad del contratista, al igual que ocurriría con un trabajador que no concurre a las convocatorias de ascenso dentro de la empresa, o al abogado que pretende alegar la teoría de haber perdido la oportunidad de ser magistrado, cuando

o no cumple con los requisitos legales para ello, o, ni siquiera comparece al concurso estatal para la elección de tan altos dignatarios.

Muy a pesar de la importancia e independencia de esta tipología, la jurisprudencia ha confundido dicha figura con el concepto del lucro cesante, entendido este como aquello que deja de ingresar al patrimonio de la víctima, pero derivado de una realidad de ingresos que se tienen en el momento en que ocurre el accidente (Sentencias del Consejo de Estado de Agosto 20 de 1997 y Enero 24 de 2002), aspectos estos que los hacen completamente diferentes.

Para zanjar estas diferencias, y, con la finalidad de concluir sobre el concepto de la pérdida de oportunidad, es importante analizar en concepto del Profesor Dr. Juan Carlos Henao Pérez, en su Libro “El Daño”, en el cual al analizar la certeza del perjuicio, haciendo referencia a la existencia de situaciones en las cuales existe un perjuicio derivado de situaciones inexistentes ya que estas mismas se hubiesen presentado de no haber tenido ocurrencia el hecho dañino, pero con la advertencia de que el análisis debe hacerse sobre una base de certeza de la situación inexistente, y, es inexistente por que efectivamente ya no va a tener ocurrencia, y, cita el profesor Henao, la teoría de los Hermanos Mazeaud, en los siguientes términos: “..la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya, por su culpa, -se debería decir por su hecho-, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o pérdidas.”

Es decir, con claridad diáfana, existen situaciones que son indemnizables, pero que parten de un hecho incierto, incierto en la medida en que ya no va a ocurrir, pero probable toda vez que los hechos anteriores permiten con un alto grado de certeza el reconocimiento de esta situación futura que ya no es posible que se presente.

Por ello, en este punto del presente escrito, que no es más que una aproximación a la tipología del perjuicio no pecuniario, llegamos al tan enaltecido Daño a la Salud, derivado como todos los anteriores de la capacidad y grado de riesgo que asuman nuestros jueces en el reconocimiento de nuevas tipologías de perjuicio con un carácter verdaderamente autónomo y no de simple denominación, y, la capacidad de los litigantes de solicitar su reconocimiento con una verdadera argumentación.

IV. Del daño a la salud, como daño autónomo

Tal y como se indicó al inicio del presente artículo, considera gran parte de la doctrina nacional, y, alguna de la jurisprudencia del mismo orden, que el Daño a la salud nace en Colombia con el advenimiento de las sentencias 38.222 y 19.031 ambas del 14 de Septiembre de 2011, y, con ponencia del C.P. Dr. Enrique Gil Botero, posición no apoyada por quien escribe estas líneas, en la medida en que considero que el daño a la salud no es más que una versión mejorada y más exacta del daño fisiológico utilizado por nuestra jurisprudencia, años atrás.

Tal y como se expresó anteriormente, el daño fisiológico fue reconocido con independencia del daño moral desde el año de 1993 y hasta el año 2000, cuando se quiso unificar los términos de daño fisiológico, daño a la vida de relación y daño a las condiciones generales de existencia, como los únicos daños no pecuniarios con independencia del daño moral, considerando en ese momento que era un simple problema de identificación o *nomen iuris*, tal y como se plantea en la sentencia 11842 de 2000, citada en la sentencia 38222 de 2011, ambas de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

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

“De otra parte, se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal.”

Significa lo anterior, que si bien provienen los tres de la misma fuente, las consecuencias son diferentes, por ello, considero que frente al daño a la vida de relación y el daño a las condiciones generales de existencia, acogió la tesis de la Dra. María Cecilia McCausalnd, quien considera que la denominación adecuada es daño a la vida de relación, pues es aquella parte no solamente social, sino interna que imposibilita el disfrute, goce o placer de vivir, pues todo daño encarna por sí solo una alteración a las condiciones de vida de un individuo.

Posteriormente, en sentencia del 15 de Agosto de 2007, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, replanteó de la siguiente manera:

“A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que “rebaso la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: vida de relación.”.

Y, aclara:

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

anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones. En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario.”

Igualmente, en sentencia del 4 de Mayo de 2011, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, establece:

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

Es decir, abre paso nuevamente a la discusión si la denominación del perjuicio se encuentra atada o maniatada a la lesión sufrida por la víctima, es decir, podríamos hablar nuevamente del perjuicio fisiológico, si la lesión tiene origen en un carácter físico o fisiológico, cuando debería hablarse de este, si el impacto de la lesión es de este talante y no el origen de la misma.

Y, continúa, su tesis, así:

“(…), la expresión “perjuicios fisiológicos” utilizada por el demandante y por el a quo……, debe entenderse como incluida dentro de los perjuicios denominados por la jurisprudencia de la Sala como “alteraciones graves a las condiciones de existencia”, en la medida en que se trata de daños surgidos de afectaciones de carácter físico sufridos por uno de los sujetos pasivos del daño, que generaron cambios en la forma en como normalmente se desenvolvía su vida antes de que ocurriera el hecho generador del daño.”

Significa lo anterior, que ahora se pretende incluir dentro de la denominación daño por alteraciones generales a las condiciones de existencia, el daño fisiológico, si este deviene de una lesión física o fisiológica.

Por ello, en las Sentencias 38222 y 19031, ambas del 14 de Septiembre de 2011, se reconoce expresamente que el daño fisiológico o daño a la salud, entendida la salud en los términos contenidos en el artículo 49 constitucional, es decir, aquella afectación que proviene de una afectación a la integridad psicofísica, estaremos frente a esta, muy especial, clase de daño; y, se reitera, de la siguiente manera:

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), solo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso-: i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o

fisiológicos, el primero tendente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y la integridad corporal. Desde esta perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto.”

Y, trata de sintetizar el punto del perjuicio inmaterial o no pecuniario, para la jurisprudencia nacional, en los siguientes términos:

“En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto “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 de las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en un proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.”

Así las cosas, es esta la realidad del perjuicio inmaterial o no pecuniario, posición que en nuestro sentir no es del todo equívoca, pues existen daños como el estético, el psicológico, el sexual, entre otros, que no pueden indemnizarse bajo la óptica de una reparación por afectación a la vida exterior, y, mucho menos quedarse en la simple aflicción interna derivada de la lesión, sino que abarca un bien jurídico tutelado e independiente constitucionalmente como es la salud, siendo esta la razón fundamental para su reconocimiento con autonomía e independencia de las demás tipologías de daño no pecuniario.

Ahora, el reconocimiento de nuevas tipologías de daño, o, el cambio de denominación de las mismas, depende en gran parte del litigante analítico y estudioso, que proponga el reconocimiento de las mismas, para que de esta manera las altas instancias de nuestra justicia las consideren y reconozcan, pues esta es la estructura de nuestro derecho de daños.

Pero frente al daño fisiológico, entendido este como aquel que proviene de una lesión no a cualquier derecho del individuo, sino una lesión que proviene de una afectación física o síquica, generando daños de esta misma magnitud, sí es clara la diferencia entre esta especie de daño, y, las anteriores.

Bibliografía y Referencias (en orden alfabético)

CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009.

GIRALDO LÓPEZ, Luis Felipe. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad médica. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El Daño. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.

KOETICH KHATIB, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012.

NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000.

M`CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño no patrimonial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.