

# EL PERJUICIO FISIOLÓGICO EN EL DERECHO COLOMBIANO\*

JUAN CARLOS HENAO\*\*

La jurisprudencia colombiana, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, sostuvo durante mucho tiempo que el daño extrapatrimonial estaba constituido únicamente por el daño moral. Esta clasificación, que obedeció a una reiterada jurisprudencia, sólo vio una pequeña pero afortunada excepción en el luminoso fallo del 21 de julio de 1922 de la Corte Suprema de Justicia, en

donde teóricamente se aceptaba la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales. Se consideró sobre el punto que "todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos"<sup>1</sup>. Como se observa, el fallo más que hacer una tipología del daño lo que hizo fue dejar una enunciación de tal manera genérica, que podría haber dado lugar a que se aceptaran varias clases de daños extrapatrimoniales.

\* El presente comentario jurisprudencial es tomado del reciente libro del profesor Juan Carlos Henao: *Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, julio de 1998, pp 264 a 280. La Revista Pensamiento Jurídico agradece al autor y a la Universidad Externado de Colombia la autorización para publicar esos pasajes, que son muy relevantes para la discusión actual en derechos humanos. Así, el muy sistemático análisis jurisprudencial del autor, que hace parte de una de las obras más importantes y completas que se hayan publicado en el país sobre el tema del daño, es interesante no sólo para quien trabaje profesionalmente en este campo sino también para todo aquel que reflexione sobre la garantía y protección de los derechos humanos. En efecto, uno de los debates en derechos humanos más urgente hoy en día es el relativo al derecho que asiste a aquellas personas que han sido víctimas de una violación a sus derechos fundamentales. Por lo pronto, se entiende que estas personas tienen derecho a saber que ocurrió (derecho a la verdad), derecho a que no exista impunidad (derecho a la justicia), y derecho a que el daño que les fue ocasionado les sea reparado. El estudio del profesor Henao es particularmente útil en este último punto, pues analiza los alcances y los límites de la indemnización

plena del daño, en lo atinente a la forma resarcitoria del daño no material. Se estudia en las páginas transcritas la forma indemnizatoria que existe en derecho francés bajo el rubro de "alteraciones en las condiciones de existencia" y se realiza su comparación con el derecho colombiano, en donde, en caso de muerte, solo se ha reconocido el daño moral mas no el rubro del derecho francés, a pesar de que en nuestro país se acepta el perjuicio fisiológico para los eventos de lesiones personales. Se demuestra así que en nuestro país la indemnización en caso de muerte es menor a la existente en derecho francés, a pesar de que la noción de "alteraciones en las condiciones de existencia" de aquel país tenga una naturaleza híbrida que no comparte el autor. Este aparte del libro está inmerso en el capítulo de "la tipología del perjuicio", que busca ejemplificar la manera de concretar que el daño a las víctimas de la acción estatal sea integralmente reparado.

\*\* Profesor Universidad Externado de Colombia.

1. Corte Suprema de Justicia Col., Sala de Casación Civil, 21 de julio de 1922, G.J. Nº 1515, p. 220.

Sin embargo, durante casi todo el siglo XX la regla de la indemnización plena del perjuicio se vio menoscabada debido a la interpretación restrictiva que sobre el punto se presentó, consistente en afirmar que el único daño inmaterial concebible era el moral.

Hubo de esperarse hasta los años noventa para que tal tipología del daño inmaterial empezara a desvertebrarse en la jurisprudencia del Consejo de Estado, a pesar de que el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970 expresó claramente que el daño moral no era el único daño inmaterial, cuando afirmó que "la persona a quien se discute el derecho al uso de su propio nombre [...] puede demandar [...] la indemnización de los daños a los bienes de la personalidad y del daño moral que haya sufrido", y a pesar de que la ya referida sentencia del 4 de abril de 1968, de la Corte Suprema de Justicia, claramente expresó que procedía "reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y (al) daño moral propiamente dicho"<sup>2</sup>. Un primer antecedente de la evolución en la jurisdicción contencioso administrativa se dio en el fallo del 14 de febrero de 1992, en donde se otorgó una reparación de 1.800 gramos oro por daño moral, con lo cual se superaba por primera vez, inusitadamente, el límite tradicional de 1.000 que hasta entonces se había otorgado por el juez administrativo para reparar este daño. Si bien sólo se habló de indemnización de daño moral, los considerandos del fallo permiten suponer que el juez estaba indemnizando un nuevo rubro del daño extrapatrimonial, y que por ello superaba la indemnización máxima para resarcir el daño moral. En efecto, se indemnizaban "los perjuicios morales en su más amplio sentido,

comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no solo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora Barazutti por lo que en la demanda se denomina 'daños fisiológicos', los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo"<sup>3</sup>.

Con el anterior precedente que anunciaba la procedencia de la indemnización de un daño inmaterial diferente del moral, era claro que se debía reconocer expresamente la indemnización del perjuicio fisiológico. El paso definitivo lo dio la sentencia del 6 de mayo de 1993, en donde más de un año después el Consejo de Estado colombiano volvió a emplear el término de "perjuicio fisiológico" como sinónimo de "daño a la vida de relación". En esta ocasión afirmó que "procede a dar el paso jurisprudencial en virtud del cual hay lugar, en casos como el presente, al reconocimiento y pago del perjuicio fisiológico o a la vida de relación. Este debe distinguirse, en forma clara, del daño material, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, y también de los perjuicios morales subjetivos. Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte [...] no sólo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente" (Javier Tamayo Jaramillo. De la Responsabilidad Civil, tomo II, pág. 139), el perjuicio fisiológico o a la vida de relación, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar "... otras activida-

2. Corte Suprema de Justicia col., Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968, M.P.: Dr. F. Hinesrosa, G.J. T. CXXIV, Nº 2297 a 2299, p. 58.

3. Consejo de Estado col., Sección Tercera, C.P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor Mariana Barazutti Calapolino, exp. 6477.



des vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia' (Dr. Javier Tamayo Jaramillo, obra citada, pag. 144)<sup>4</sup>. Teniendo en cuenta estas definiciones estima la sentencia que "es lamentable que niños, jóvenes, hombres maduros y ancianos tengan que culminar su existencia privados de la alegría de vivir porque perdieron sus ojos, sus piernas, sus brazos, o la capacidad de procreación por la intolerancia de los demás hombres. A quienes sufren esas pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña que el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel satisfactorio (Mazeaud y Tunc). Así, el que ha perdido su capacidad de locomoción, debe tener la posibilidad de desplazarse en una cómoda silla de ruedas y ayudado por otra persona; a quien perdió su capacidad de practicar un deporte, debe procurársele un sustituto que le haga agradable la vida (equipo de música, libros, proyector de películas, etc.) [...] Al logro de este renacimiento, de esta especie de resurrección del hombre, abatido por los males del cuerpo, y también por los que atacan el espíritu, se orienta la indemnización del daño fisiológico o a la vida de relación". Con base en lo anterior se otorga a la víctima, que perdió sus dos piernas, la suma de ocho millones de pesos, "con cuya rentabilidad, la víctima podrá atender razonablemente el pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla, sin sofisticaciones".

Me he permitido transcribir in extenso el pasaje jurisprudencial, porque se trata del fallo de principio

4. Consejo de Estado Col., Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, C.P.: Dr. Uribe Acosta, actor: John Jairo Meneses Mejía y otros, exp. 7428.

que en el derecho colombiano instauró el rubro del "daño fisiológico o a la vida en relación", como otro más del daño no material por fuera del daño moral. Se rompió así, en 1993, con la tradicional tipología del perjuicio inmaterial. Sin embargo, la justificación teórica para dar el paso jurisprudencial se ve contradicha por la solución indemnizatoria que se otorgó. En efecto, no tiene sentido alguno que se otorgue una suma de dinero para que la víctima paralítica pague una persona que lo acompañe en una silla de ruedas o para que adquiera esta, ya que dicho dinero realmente estaría cubriendo uno y mejor dos daños emergentes –valor de la silla de ruedas y de la persona acompañante–, quedando sin indemnizar el nuevo rubro del perjuicio reconocido. La confusión que genera dicha postura, que hace perder entidad autónoma al nuevo rubro del perjuicio, ha sido por mala fortuna reproducida en algunas sentencias posteriores<sup>5</sup>. Es de recordar que esta confusión es similar a la ya analizada en el derecho francés con la noción de "alteración en las condiciones de existencia", y por

5. Ver, a nivel de ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 29 de septiembre de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Jacobo Mera Pacheco, exp. 7059; 17 de enero de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Luis Enrique Herrera y otros, exp. 9732; 2 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Julio César Gutiérrez, exp. 9948; 2 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Albeiro de Jesús Gímido Ballesteros, exp. 9948: "En lo que respecta a la condena que por perjuicios fisiológicos hizo el tribunal el sentenciador la incrementará a la suma de diez millones de pesos con cuya rentabilidad podrá asumir los costos de una enfermera cuando las circunstancias lo exijan"; 4 de abril de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Adalberto Moscore Torres y otros, exp. 11026: "De otro lado, también habrá lugar a reconocer en favor de la víctima, la suma de tres millones de pesos, para que el rendimiento de ese monto cubra los gastos que represente la atención de profesionales que requiera para hacerle más agradable la existencia".



ello las críticas que en su momento se hicieron son predicables de lo que ahora se analiza.

Por desgracia la equívocación cometida ha tenido una muy reciente reproducción que merece ser comentada, en la medida en que se profundizó el concepto que aquí se estudia. Así, en sentencia del 13 de junio de 1997 se expresó que los perjuicios fisiológicos "no corresponden a una entidad jurídica propia, pues se conforman a la vez de perjuicios morales y materiales. Son más bien una figura pretoriana para poder administrar justicia en estos casos en que dichos perjuicios no se recogen o encasillan totalmente dentro del rubro de los morales, ni de los materiales [...] Ahora bien, para la tasación misma de los perjuicios fisiológicos se debe tener en cuenta su naturaleza jurídica ya que, en cuanto a materiales que son, pueden ser resarcidos con el precio equivalente al salario de una enfermera, la dotación de una silla de ruedas, o el costo de la instrucción de un nuevo pasatiempo que sustituya aquél que resulta afectado; y, en cuanto participan de la naturaleza de los perjuicios morales, esto es el dolor intenso e incalculable que representa la pérdida del goce de vivir, deben indemnizarse con el equivalente en pesos de los gramos de oro fino que el juez estime en consonancia con las circunstancias particulares de cada caso"<sup>6</sup>.

Por fortuna una interesante aclaración de voto suscrita por el doctor Ricardo Hoyos Duque a la citada sentencia, critica la posición mayoritaria, con argumentos que naturalmente se comparten en su integridad por lo ya dicho en este escrito. Dice el Consejero de Estado disidente: "En mi opinión, el perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia,

lo cual no permite confundirlo con el daño moral (*pretium doloris* o *Schmerzugeld*) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 del C.C.). Si se trata de un perjuicio extrapatrimonial mal puede pues asimilarsele, así sea de modo parcial al perjuicio material [...] De ahí que no sea exacto considerar como perjuicio de placer el deterioro o destrucción de instrumentos como gafas, prótesis, sillas de ruedas, bastones, muletas, etc., mediante las cuales algunas personas suplen sus deficiencias orgánicas, ya que no hay duda que aquí se trataría de un perjuicio material bajo la modalidad de lucro cesante, en cuanto la víctima tendrá que efectuar una erogación para sustituir el elemento perdido. Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, 'a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergida no puede realizar las actividades normales de la vida', perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado) a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral".

Con independencia de que no se está de acuerdo en que se consideren erradamente como lucro cesante las erogaciones para sustituir el "elemento perdido", como por ejemplo las gafas, prótesis, etc., que son en realidad daño emergente futuro, se aplaude la posición de la aclaración de voto citada, y se aspira a que la misma se convierta en la posición oficial de la jurisprudencia para evitar equívocos y, sobre todo, para evitar que lo que se otorga por una vía se niegue por la otra. Se reitera: ningún beneficio hace el juez a la teoría de la responsabilidad cuando acepta un rubro del daño sin aceptar su consecuencia natural y propia: la indemnización. La situación fue corregida por la

6. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de junio de 1997, C. P.: Dr. Camillo Ballesteros, exp. 12499, en *Jurisprudencia y Doctrina*, T. XXVI, No. 309, septiembre de 1997, p. 1274.

sentencia del 25 de septiembre de 1997, en donde se acoge la posición de la aclaración de voto transcrita<sup>7</sup>, que fue ratificada el 9 de octubre del mismo año<sup>8</sup>, y que se sustenta en una lógica sencilla: "en este orden de ideas y teniendo presente que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima -daño moral subjetivo- y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para ella siguen por causa de la lesión -lucro cesante-, sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral, por la totalidad de los intereses humanos jurídicamente tutelados que resultaron comprometidos por la conducta dañina, dentro de los cuales, ocupa lugar principal, la mengua en las posibilidades de realizar actividades, que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal"<sup>9</sup>.

7. Consejo de Estado col., 25 de septiembre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Ma. Ecelmina Cano y otro, exp. 10421: "el perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (pretium doloris o Schmerzgeld) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 C.C.)"
8. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Mariela Barbosa, exp. 10605, en donde luego de reproducir la referida sentencia de 25 de septiembre de 1997, se expresó: "En este sentido, quien ha sufrido una disminución en su integridad personal podrá reclamar una indemnización adicional sólo y en tanto ella ha afectado su capacidad de realizar actividades placenteras o ha alterado sus condiciones de existencia. La pérdida de la matriz, que implica la imposibilidad de procrear, podrá incidir acrecentando el abatimiento, el dolor moral de quien padece la misma y a su vez significa una alteración a la vida de relación que debe ser indemnizada de acuerdo con el postulado de la restitución integral que debe presidir todo el tema de la responsabilidad".
9. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros, exp. 11652.

La equivocación cometida en la sentencia de principio y en las sentencias posteriores no ha impedido, sin embargo, que el nuevo rubro del perjuicio se haya consolidado en la jurisprudencia colombiana, que desde la época de su admisión hasta el año 1998 lo ha reconocido en al menos 35 oportunidades. Se requiere entonces observar las sentencias que se han pronunciado sobre el mismo, para descubrir lo que el juez entiende al indemnizar por tal rubro.

En el conjunto de sentencias sobre este aspecto se puede observar que, como lo anunció el juez en la sentencia de principio, se indemniza "el daño fisiológico o a la vida de relación". El objeto de la tutela jurídica de este rubro del perjuicio lo constituye no ya el dolor causado por el hecho dañino, sino la "pérdida de la facultad de realizar actividades placenteras de la vida" que, como se enuncia, tiene por demás la característica de trascender en el tiempo al daño moral<sup>10</sup>. Procede este rubro del perjuicio cuando la situación derivada del hecho dañino "muestra el cierre de muchas posibilidades futuras truncadas prematuramente, que no alcanzan a resarcirse en la forma tradicional, o sea con el pago de unos perjuicios materiales y morales. No; el perjuicio sufrido va mucho más allá, como lo destacó la sentencia del 6 de mayo de 1993, que reivindica el derecho a la vida con todas sus expectativas, esperanzas y proyectos"<sup>11</sup>, para que se indemnice entonces a una persona que queda "privada de la alegría de vivir en igualdad de oportunidades con sus semejantes"<sup>12</sup>.

10. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 24 de febrero de 1995, C. P.: Betancur Jaramillo, actor: Alvaro Delgado De Bedout, exp. 9029.
11. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de noviembre de 1993, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Freddy Antonio Uribe Rueda y otros, exp. 8039.
12. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 27 de octubre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Elys Enrique Oñate, exp. 9631.



Es así como no es extraño que el campo de aplicación del daño fisiológico lo constituya el de daños físicos sobre la persona, tales como el de las personas que quedan inválidas<sup>13</sup>, que pierden algunos de sus órganos<sup>14</sup>, o que, en general, sufren alguna lesión física<sup>15</sup>. En todos estos eventos la lesión física supone la pérdida de oportunidad en el goce de la vida y la privación de vivir en igualdad de condiciones que los congéneres.

13. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Rubén Darío López y otros, exp. 9704: estudio de paraplejia; 30 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Alfonso Hoyos Carvajal, exp. 8824: perturbación funcional permanente de los órganos de locomoción, defecación, secreción urinaria, reproducción y sensibilidad; 27 de julio de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Bernardo Duque Arango, exp. 9844: pérdida de toda actividad física incluida la sexual; 27 de julio de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Bernardo Duque Arango, exp. 9844: pérdida de capacidad física incluida la sexual; 25 de septiembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Juan Cortés Castillo y otros, exp. 11496: amputación de pierna derecha e inutilidad de la otra debido a lesión en el pie izquierdo.
14. Ver a nivel de ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de noviembre de 1993, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: John Deibí Acosta Tamayo y otros, exp. 7778: lesiones permanentes en el bazo y en el sistema de excreción urinaria; 24 de febrero de 1994, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Beatriz Elena Ravé y otros, exp. 9701: pérdida definitiva del órgano de la procreación y la consiguiente menopausia precoz; 119 de junio de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Selden Juvenal Suárez Garrido, exp. 10826: pérdida de riñón de menor y trastornos urinarios por el resto de su vida; 31 de julio de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Diana del Carmen Royero Moreno y otros, exp. 12052: pérdida de la capacidad reproductora de un varón.
15. Ver a nivel de ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, julio de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Anticelly Valencia Salazar, exp. 7795: ligadura de trompas no consentida que impide tener hijos en el futuro; 4 de agosto de 1994,

Lo único que variará será el monto de la indemnización, porque al igual de lo que ocurre con el daño moral, mientras menor entidad tenga la lesión, menor será la indemnización. Por tal razón en el ya citado caso de la ligadura de trompas sin consentimiento con la consiguiente menopausia precoz, se indemniza con 2.000 gramos el daño fisiológico y con 1000 el moral, mientras que en el evento en el cual una persona perdió el 95% de la capacidad de movimiento de su brazo izquierdo se otorgaron 500 gramos oro por el daño fisiológico y 1.000 gramos por el moral<sup>16</sup>, y, en el caso en el cual una persona quedó con cojera del pie izquierdo debido a la amputación de dos dedos, sólo se otorgaron 200 gramos oro para indemnizar el daño fisiológico y 600 por el daño moral sufrido<sup>17</sup>. Nótese que en la sentencia en la cual se indemniza con 2.000 gramos oro se sobrepasa el límite tradicional que por este rubro del perjuicio se ha reconocido, lo cual tiene una nueva excepción que hace pensar que el límite que inicialmente se había acogido de 1.000 gramos ya se encuentra superado. En efecto, en la sentencia del 5 de marzo de 1998, en lo pertinente al perjuicio fisiológico, se expresa: "se encuentra sufi-

- C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Ovidio de J. Hernández y otros, exp. 9032: pérdida de 4 dedos de una mano y uno de la otra así como cicatrices permanentes en la cara y en el tórax; 4 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Rosalvina Villalobos de Romero, exp. 10359: daño orgánico en la función sexual y reproductora con perturbación funcional de la sexualidad en el área placentera y reproductora; 6 de noviembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Orlando Pérez y otros, exp. 11771: 600 gramos oro a persona que por lesión quedó con la pierna derecha en posición recta.
16. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de abril de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Jaime Villarreal Amazan y otros, exp. 8633.
17. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 11 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Lucía Moreno Villegas y otros, exp. 9106.

cientemente probada la magnitud de los daños ocasionados en la persona de..., y no hay duda de que la invalidez equivalente a un 86% de su capacidad, generó un perjuicio fisiológico que debe ser reparado, en la medida en que no podrá volver a realizar actividades que hacían agradable su existencia. Todo esto queda evidenciado en el acervo probatorio recaudado. Además, teniendo en cuenta la juventud de la víctima al momento de la ocurrencia de los hechos, se concederán 4.000 gramos como indemnización de este grave perjuicio<sup>18</sup>, lo cual no impidió que se otorgaron 1.000 gramos oro por el daño moral para el directamente lesionado. Esta nueva postura jurisprudencial, que supera el límite tradicional que se había acordado para la indemnización de daños inmateriales, parece consolidarse<sup>19</sup>, lo cual indica el abandono del límite para la reparación de estos daños a partir de las normas del Código Penal.

Por fuera de las consecuencias traumáticas que una lesión física genera en la víctima, no existen otros campos de aplicación del daño fisiológico, lo cual es de por sí significativo, porque este rubro del perjuicio apunta, como se ha reiterado, a indemnizar no el dolor o sufrimiento que produce el hecho dañino, sino la

pérdida de la facultad de hacer cosas y de vivir en igualdad de condiciones que sus semejantes.

Aun en este campo el juez es riguroso en observar si la lesión física produce realmente consecuencias que alteren las expectativas normales de existencia, porque en caso de no encontrarlas, desecha la aplicación del daño fisiológico. Es decir, no toda lesión física acarrea el daño fisiológico indemnizable, pues este debe tener una entidad suficiente que ha de probarse en el proceso. Es así como, en el evento en el cual una persona pierde el pie derecho al nivel del metatarso, no existe daño fisiológico en la medida en que "no se demostró cuáles eran las actividades que la víctima no pudo continuar desempeñando luego del accidente (los deportes que practicaba, etc.), lo que resultaba indispensable para evidenciar este tipo de perjuicios<sup>20</sup>. Si la lesión física no genera secuelas se desecha entonces el daño fisiológico<sup>21</sup> porque "no se allegó la prueba de la pérdida del goce de la vida"<sup>22</sup>, al igual de lo que ocurre en el evento en el cual la secuela es mínima y genera sólo una "leve limitación de la deambulacion", porque "no es posible que ésta haya afectado la capacidad mínima para conseguir un goce o que haya afectado las actividades vitales que impidan el baile, el deporte (atletismo, fútbol, etc.), excepto si se tratara de un profesional de tales activi-

18. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de marzo de 1998, C. P.: Dr. Olarte Olarte, actor: Sergio Mauricio Herrera Girón y otros, exp. 11041.

19. Consejo de Estado col., Sección Tercera, C. P.: Dr. Rodríguez Villamizar, actor: José Milciades Soto Berardinelli y otros, exp. 11247: "El joven lesionado, perdió a los 16 años la funcionalidad del aparato de locomoción y del órgano de la sexualidad. Es evidente la pérdida de facultades físicas que le harían agradable su existencia, la misma que tendría cualquier ser humano en pleno uso de sus facultades. Por tanto, la Sala le reconocerá el máximo que ha reconocido en estos casos, es decir, 4.000 gramos de oro (sent. Marzo 5 de 1998, exp. 11041, Dr. Luis Fernando Olarte)".

20. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 27 de julio de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: John Fauner Serna, exp. 9307. Ver en similar sentido: 5 de julio de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: José Alexander Alvarado Vargas, exp. 11504; 12 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Oliverio Anturi y otros, exp. 10814.

21. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Campo Elías Castañeda y otros, exp. 10160.

22. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de diciembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Carlos Alberto Quilindo y otros, exp. 11851.



dades<sup>23</sup>, o porque "no se presentaron (la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras) teniendo en cuenta la pronta recuperación del lesionado"<sup>24</sup>. Aunque se considera que el enunciado de la jurisprudencia tiene sustento en la medida en que se asimila el daño fisiológico a la pérdida de expectativa de vida normal, hay casos en los cuales, a mi juicio, la jurisprudencia descalifica de manera ligera determinadas situaciones concretas. No se comparte así la decisión en la que se dijo que no existió la entidad necesaria para indemnizar el daño fisiológico, siendo que la víctima sufrió "incapacidad definitiva de 30 días, y como secuela una perturbación funcional del órgano de la visión y deformidad física de carácter permanente; así como una disminución de su capacidad laboral en un 45% de carácter parcial"<sup>25</sup>.

A pesar de la rigidez que en determinados casos se puede observar en el derecho colombiano para que proceda la indemnización del "daño fisiológico o a la vida de relación", lo cierto es que el concepto parece aceptado definitivamente dentro del lenguaje jurisprudencial. Este nuevo rubro es diferente del daño moral y del daño material, salvo los ejemplos reseñados en los cuales la jurisprudencia ha confundido, por desgracia, los mismos.

Resta por anotar que el "daño fisiológico o a la vida de relación", así con sinonimia, es algo que de suyo entraña una angostura y un desvío. Lo primero, porque en estricto sentido tal denominación excluye

quebrantos de la vida de relación que no provienen de lesiones personales que alteren la anatomía o la fisiología. Debe recordarse que, según el Diccionario de la Real Academia Española, fisiología es la "ciencia que tiene por objeto el estudio de las funciones de los seres orgánicos". Lo segundo, porque el daño consiste en la alteración de la vida y no en la desfiguración o en el daño al órgano del ser humano. Es decir, lo que caracteriza el daño es la afrenta a la vida de relación que, es cierto, puede provenir del daño orgánico producido en el cuerpo humano. Vale la pena citar en este sentido la interesante aclaración de voto del Consejero Hoyos Duque en el proceso 12052, en la cual se afirmó que "la indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la 'privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada' y los 'problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida'. El perjuicio fisiológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.) [...] Con la tesis de la Sala cualquier pérdida anatómica de un órgano, por ejemplo un riñón, comporta la existencia de perjuicio fisiológico entendida esa expresión en su alcance literal. Si por el contrario, se considera que el llamado perjuicio fisiológico en su acepción técnica jurídica es disminución o pérdida del placer de la vida, debe

23. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de diciembre de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Julio César Gutiérrez Orozco, exp. 10805.

24. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 25 de septiembre de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Fabio Antonio Jiménez Ríos y otros, exp. 13302.

25. Consejo de Estado col., Sección Tercera, junio de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Jair Yápez Henao, exp. 8957.



concluirse que no toda lesión o daño corporal implica su existencia y consiguiente indemnización<sup>26</sup>.

Teniendo en cuenta los desarrollos anteriores, se ha de estudiar ahora a nivel de conclusión, bajo la perspectiva comparativa del presente estudio, si ambos derechos tienen igual cubrimiento en la indemnización de los daños inmateriales.

### **Conclusión: ¿se indemnizan unos mismos daños inmateriales en los dos derechos?**

Luego de estudiar el esquema básico de los rubros no materiales del daño en ambos países, falta por observar si las víctimas tienen la misma protección patrimonial en ambos sistemas.

Para recordar el esquema que se explica en las páginas anteriores, se puede hacer la siguiente presentación: en derecho francés existen dos perjuicios no materiales, el daño moral y las alteraciones en las condiciones de existencia. Si bien es cierto que el perjuicio estético parecería en un momento dado difícil de encuadrar en uno u otro rubro, lo cierto es que normalmente no genera que se indemnice doblemente. En Colombia, por el contrario, se reconocen el daño moral y el "perjuicio fisiológico o a la vida de relación"; pero se niega expresamente la relevancia de "las alteraciones en las condiciones de existencia". El "perjuicio estético", que no es indemnizado como tal en derecho colombiano, al igual que ocurre en el derecho francés, se ubica ora en el daño moral, ora en el fisiológico.

El punto de diferencia está entonces en el hecho de que en Colombia no se reconocen "las alteraciones en las condiciones de existencia". Con independencia de que dicha noción en el derecho francés tenga una naturaleza mixta, como ya se ha visto, lo claro es que cuando se presenta en su estado puro permite indemnización en casos de muerte o de lesión de un ser querido, como rubro aparte del daño moral. Más importante aún en la perspectiva de la comparación: el derecho francés reconoce indemnización por dicho concepto en caso de lesión, no sólo al directamente lesionado, sino también a quienes sufrieron una alteración por la lesión del prójimo. Sin embargo, en el derecho colombiano no se otorga indemnización cuando se producen alteraciones familiares con el fallecimiento de una persona, aunque sí cuando existen alteraciones por la lesión de una persona. Pero en esta última hipótesis sólo se indemniza al directamente lesionado.

Esto nos muestra que existen dos campos en los cuales se indemniza en el derecho francés y no en el derecho colombiano: aquel de las alteraciones en las condiciones de existencia de los seres queridos de una persona fallecida y aquellas generadas para los seres queridos a raíz de la lesión de la víctima directa. Se recuerdan en este momento los fallos consortes Vimart, Letisserand y consortes Alonzo, en los cuales se indemnizaron "las alteraciones en las condiciones de existencia" a los parientes de la persona fallecida, por fuera del daño moral. No existe en este aspecto antecedente en el derecho colombiano. Se recuerda también el fallo Pol en el cual se indemnizó, por fuera del daño moral, a los familiares de un menor que quedó lesionado a raíz de una vacunación. Tampoco en esta hipótesis existe antecedente en el derecho colombiano en donde, desafortunadamente, se comprende dicho rubro del perjuicio en el daño moral. Es el caso del 6 de noviembre de 1997 en el cual el Consejo de Estado reconoce 600 gramos

26. Aclaración de voto del Consejero de Estado Hoyos Ducue en el proceso 12052, del 31 de julio de 1997, C. P. Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Dilema del Carmen Royero Moreno y otros.

oro a la compañera permanente de un lesionado, habida consideración de que "analizada la naturaleza de aquella (la lesión) [...] se infiere que la circunstancia de ver postrado a quien ha sido el compañero por más de 10 años de vida familiar, le ha generado esa tristeza y congoja máxime, si como dan cuenta los testigos, los hechos han traído de consecuencia incluso que aquella ha tenido que asumir las labores que otrora realizara Orlando Pérez, hechos éstos que permiten inferir el presupuesto del reconocimiento del perjuicio moral"<sup>27</sup>. Si se tiene en cuenta lo que se ha dicho, se concluye que la alteración en la condición de existencia no es reconocida, a pesar de existir con independencia del daño moral.

Para recordar los orígenes de la discusión que permite llegar a la anterior conclusión, esto es, que en derecho colombiano no se cubre de la misma manera que en el derecho francés la indemnización del daño inmaterial, vale la pena traer a colación el proceso del Palacio de Justicia.

En este evento el Procurador Delegado solicitó expresamente al Consejo de Estado el reconocimiento de las alteraciones en las condiciones de existencia en caso de muerte de una persona. Para ello se anotaba: "En el derecho colombiano, por el contrario, dicho rubro del perjuicio no es por el momento indemnizado por la jurisprudencia, a pesar de que constituye un rubro separado de los otros que componen el perjuicio. En efecto, las alteraciones de las condiciones de existencia que pueden producirse con el fallecimiento de una persona, o en general, con el advenimiento del hecho dañino, no pueden coincidir con lo hasta ahora reconocido, es decir, el perjuicio moral y el perjuicio fisiológico,

que dejan por tanto de obtener indemnización. De lo anterior se deduce que la muerte de un ser querido puede producir perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales. Que dentro de los extrapatrimoniales uno es el perjuicio moral, representado en la congoja y aflicción que produce la pérdida, y otro es la alteración en las condiciones de existencia que hace referencia al cambio de vida espiritual y familiar que se le impone forzosamente al afectado, pues el acceso al ser querido queda definitivamente truncado y borrado de sus perspectivas de vida. Este rubro se distingue del perjuicio fisiológico, que no parece darse en los casos de muerte de la víctima directa, como el presente, pues no muestra la connotación fisiológica o estética que hasta el momento le ha dado tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina al perjuicio fisiológico o *préjudice d'agrément*. Lo anterior, pues el daño que se pretende justificar en este escrito no se refiere a la pérdida 'de la facultad de hacer cosas', ni a la pérdida de 'la capacidad física desprovista de incidencia económica', como denominan al perjuicio fisiológico los profesores Tamayo Jaramillo y Ghestin-Viney, sino a la pérdida de ese derecho extrapatrimonial consistente en la vida familiar y espiritual íntegra y completa. Se insiste, ya para finalizar esta diferenciación, que cada perjuicio goza de una entidad propia, pues cada uno repara la vulneración de un derecho extrapatrimonial diferente: el perjuicio moral se refiere al derecho a una vida sin aflicciones ni congojas, el daño fisiológico se relaciona con el derecho a una capacidad física íntegra, y las alteraciones en las condiciones de existencia apuntan al derecho a una vida espiritual familiar íntegra, completa y sin carencias"<sup>28</sup>.

27. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de noviembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Orlando Pérez y otros, exp. 11771.

28. "Concepto del Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, Juan Carlos Henao, en el proceso 9276", cit., p. 27.



La respuesta del Consejo de Estado colombiano, como ya se señaló, fue negativa a este propósito. En un primer momento se limitó a afirmar que estos daños "se encontrarían cobijados por los reconocimientos por perjuicios morales y materiales concedidos", y que, por demás, "su existencia no aparece suficientemente acreditada en el proceso"<sup>29</sup>. Esta postura inicial fue profundizada en ocasiones posteriores. Así, en sentencia del 14 de marzo de 1996, luego de un interesante estudio en derecho comparado, se concluye también que en el supuesto de que se hubieran probado "las alteraciones en las condiciones de existencia", "su reparación estaría envuelta dentro del monto que cubre los perjuicios morales, pudiéndose según las circunstancias elevarse dicha cantidad por encima de las cuantías que tradicionalmente han sido aceptadas"<sup>30</sup>.

De esta posición vale la pena resaltar que a pesar de afirmar que no procede la reparación de las alteraciones en las condiciones de existencia, sí pueden ser tenidas en cuenta para efectos de elevar el monto tradicional del daño moral. Con tal posición el Consejo de Estado muestra que sí existe una razón para afirmar que hay un rubro del perjuicio extrapatrimonial que no se indemniza en Colombia: alteraciones en las condiciones de existencia en caso de lesiones o de muerte de personas sufridas por quien no fue lesionado o muerto. En efecto, si en esta

situación se requiere elevar el monto del daño moral es porque hay otro daño que no es por el momento indemnizado: las alteraciones en las condiciones de existencia del derecho francés. Bien valdría la pena que el Consejo de Estado colombiano, en lugar de afirmar que su presencia llevaría a elevar el monto de los daños morales, procediera a acoger autónomamente el nuevo rubro del daño. Con ello se ganaría en claridad al llamar las cosas por su nombre. Debería, por tanto, el juez proceder en forma análoga a como procedió con ocasión de la aceptación del daño fisiológico, cuando, como ya se ha visto, hubo un fallo precedente en el cual se elevó el monto del daño moral, y luego se indemnizó como perjuicio autónomo. Se llegaría así a una tipología del daño inmaterial, que a más de ser procedente por los argumentos que se han dado, reconocería que la muerte, al igual que la lesión, puede producir ambos daños no materiales. La alteración en la condición de existencia en caso de muerte es similar al daño fisiológico o a la vida de relación, porque en ambos casos la víctima queda "privada de la alegría de vivir en igualdad de oportunidad que sus semejantes", pues la muerte de un ser próximo puede cerrar "muchas posibilidades futuras truncadas prematuramente", como se predica del daño fisiológico. Con una postura de la jurisprudencia como la que acá se defiende, se evitaría una contradicción lógica: a pesar de que en los casos de lesión se indemnizan dos rubros del daño inmaterial —daño moral y daño fisiológico o a la vida de relación—, en los casos de muerte sólo se indemniza uno —daño moral—, partiendo del equívoco de que en caso de muerte no puede haber daño a la vida de relación, lo cual no es cierto, porque por ejemplo, la persona próxima a la fallecida puede sufrir un trastorno psicológico que la encerró de por vida, o no volvió a realizar determinada actividad que realizaba en compañía de quien falleció.

29. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Susana Becerra de Medellín, exp. 9276.

30. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 14 de marzo de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, exp. 11038. Ver en el mismo sentido: 13 de marzo de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Neil Jesús Soto Castro y otros, exp. 9277; 3 de noviembre de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Bertha Rincón vda. de Barrera, exp. 8851.

Aún más, en los eventos de lesiones, como ya se ha visto, sólo se reconoce el perjuicio fisiológico al directamente lesionado pero no a otras personas, y no se reconoce otro rubro del daño inmaterial a los directamente afectados por dicha lesión, quienes tan sólo son indemnizados mediante el daño moral. Esta situación, como se ha visto, debería cambiar en la jurisprudencia colombiana.

Valga anotar que el daño no tiene porqué producirse automáticamente en todo caso de muerte, puesto que bien puede ocurrir que la muerte de un ser querido no produzca alteraciones en las condiciones de existencia, por ejemplo porque se trataba de una persona de avanzada edad que estaba en una fase terminal. Si se causa su muerte por el hecho de otro, es claro que el daño moral se produce, lo cual no significa que tiene que darse la alteración familiar en los hábitos, costumbres o proyectos de vida. Pero hay otras hipótesis en las que sí se presenta.