

VI Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.

Una mirada a Descartes desde el Derecho colombiano al tratar el dolor y el sufrimiento humano.

Casanova Mejía, Andrea y Dagil Valencia, Vianny.

Cita:

Casanova Mejía, Andrea y Dagil Valencia, Vianny (2011). *Una mirada a Descartes desde el Derecho colombiano al tratar el dolor y el sufrimiento humano*. VI Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-093/223>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/ePyY/vwc>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Ponencia: Una mirada a Descartes desde el Derecho colombiano al tratar el dolor y el sufrimiento humano

Andrea Carolina Casanova Mejía*

Vianny Lisseth Dagil Valencia**

RESUMEN

El objetivo del proyecto de investigación del que resulta nuestra ponencia es evidenciar la influencia del cartesianismo en el tratamiento que el Derecho colombiano da al dolor y sufrimiento causados por daño antijurídico. Por lo tanto se analiza la influencia del pensamiento cartesiano en las conceptualizaciones del dolor y el sufrimiento que toma el derecho cuando se encuentra frente a la figura del daño antijurídico y se comprueba la diferencia entre indemnización y perjuicio cuando el derecho aborda el concepto de dolor y sufrimiento. La investigación que se está desarrollando es de tipo cualitativo desde un enfoque histórico hermenéutico, en tanto se pretende comprender los procesos sociales y momentos epistémicos, que desencadenan en una construcción cultural de Dolor Jurídico, a partir de una revisión bibliográfica y documental, su evolución y tratamiento a partir del estudio de las sentencias hito del Concejo de Estado y Corte Suprema de Justicia.

PALABRAS CLAVE

Dolor jurídico, daño antijurídico, concepción cartesiana de hombre.

La presente ponencia es resultado del proyecto de investigación “INFLUENCIA DEL CARTESIANISMO MODERNO EN EL TRATAMIENTO DEL DOLOR Y DEL SUFRIMIENTO HUMANO AL MOMENTO DE RESARCIR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR DAÑO ANTIJURÍDICO” aprobado por el Comité de Investigaciones Socio jurídicas del Programa de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia.

* Estudiante IX Semestre, Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pasto. Integrante del semillero de Investigación MELETI NOMUS, grupo LA MINGA, clasificación B COLCIENCIAS. Correo electrónico: andrecasanova15@hotmail.com

** Estudiante X Semestre, Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pasto. Integrante del semillero de Investigación MELETI NOMUS, grupo LA MINGA, clasificación B COLCIENCIAS. Correo electrónico: vianny-temis@hotmail.es

ABSTRAC

The aim of the research project that is our paper is to show the influence of Cartesianism in the treatment Colombian law gives the pain and suffering caused by unlawful damage. Therefore we analyze the influence of Cartesian thought in the conceptualization of pain and suffering that takes the right when faced with the figure of unlawful damage and check the difference between compensation and injury when the right deals with the concept of pain and suffering. The research is being developed is qualitative from a historical hermeneutic, as is to understand social processes and epistemic moments that trigger a cultural construction of pain Counsel, from a literature review and documentary, evolution and treatment from the study of the landmark decisions of the Council of State and Supreme Court.

KEY WORDS

Pain legal, unlawful damage, Descartes' conception of human.

1. ANTECEDENTES QUE CIMIENTAN EL TÉRMINO DE DOLOR APLICADO A LAS LEGISLACIONES OCCIDENTALES QUE HEREDÓ NUESTRO SISTEMA JURÍDICO, ESPECIALMENTE EN LO QUE RESPECTA AL CARTESIANISMO MODERNO.

Desde las filosofías occidentales metódico racionalistas, el hombre ha sido el objeto del conocimiento a través de diversos enfoques que lo han tratado no sólo desde su temporalidad sino también desde su atemporalidad, es decir el hombre no sólo ha sido visto como masa, materia o cuerpo que se puede percibir por los sentidos mediante sus órganos, sino que además lo compone otra sustancia vital llamada por algunos alma o razón y que según Muñoz, F (2010) citando a Aristóteles, no es susceptible de tacto, gusto y olfato. Tal partición humana no ha sido siempre estática y por el contrario se ha transformado en el devenir de los períodos históricos.

Platón, es quien propone que ese dolor es experiencia emocional del alma, la cual habita en el mundo de las ideas, lo anterior expuesto en su obra *Timaeus* donde se manifiesta la existencia de un universo, entendido por Platón como un cuerpo celeste, que por obra de un demiurgo o dios artesano, ha sido dotado de la existencia de un cuerpo y alma inteligente, es decir, que existe un alma en el mundo y una en el hombre que gobierna su cuerpo, la primera es inmortal, eterna, y la segunda por su parte constituye el dualismo del hombre en uno divino y el otro humano, en otras palabras, a pesar de que el hombre vive en un ámbito terrenal o real cuenta con un alma que le permite cuando menos aspirar al otro. (BONICA, 1991).

Aristóteles, considerando los conocimientos fisiológicos y biológicos de la época antigua, afirmó que el alma (*psykhé*) residía en una región del cuerpo humano llamado el corazón o *phren* (conexión-pericardio-diafragmática) y que aquel podía percibir la realidad mediante el conocimiento de su propia condición biológica o por medio de sus sentidos (*De Anima*; *Ethica Nicomachea*). Para Aristóteles en *De Anima*, el órgano del cuerpo humano importante no era el cerebro -como para Descartes- puesto que lo consideraba sólo como una glándula que secreta pituita por medio de la nariz, y que por

el contrario, en el corazón se centraban las facultades intelectivas que carecen de toda función fisiológico sensorial.¹

Así pues Aristóteles, pensaba que el lugar donde reside el origen del dolor es en la percepción que se logra mediante los cinco sentidos y que se manifiesta cuando padecen tales sentidos, especialmente, el tacto, provocándose un desequilibrio al aumentar su sensibilidad. Lo anterior se encuentra en la obra aristotélica, (De Anima; Ethica Nicomachea), es decir, cuando el hombre con ese carácter natural siente dolor, percibe sentimientos y refleja sufrimientos, concepción que adopta el Derecho Occidental puesto que considerará que al hombre, por tener alma o razón, no solo le lastima lo que pase con su parte corporal sino también lo que le suceda a con su integridad humana radicada en su atemporalidad.

La prevalencia del concepto del dolor como pasión del alma del hombre, como menciona Aristóteles fue tal que duró toda la Edad Media hasta llegar ser el punto de partida de algunos pensadores renacentistas, cuyo principal exponente será René Descartes. Quienes influyen en el pensamiento filosófico y el conocimiento cartesiano y siguen pensando que la *dynámeis* clásicas tiene como sede el órgano cefálico (Singer:1952) , además de Leonardo Da Vinci, considerado como un gran artista y científico del renacimiento, quien asumió el dolor producto del incremento de la sensibilidad táctil. (Masson-Salvat Medicina: 1992).

El pensamiento filosófico de Descartes, especialmente en la concepción del cosmos es puramente mecánico. En su libro el Tratado del hombre, Descartes hace un bosquejo inicial sobre la dualidad del hombre, en la medida que lo concibe de manera corporal- el cuerpo- y de manera espiritual-el alma-, en donde las dos formas duales dependen mutuamente de la existencia de la otra, pero existe el caso que el alma se pueda independizar y actuar libremente en relación a su cuerpo puesto que tiene la capacidad

¹ A este respecto puede verse el trabajo de Tesis de Francisco López Muñoz y Cecilio Álamo, denominado: EL TRATADO DEL HOMBRE: INTERPRETACIÓN CARTESIANA DE LA NEUROFISIOLOGÍA DEL DOLOR, publicado en el año 2010, donde se hace una apreciación orientada a discutir las teorías cartesianas sobre la percepción sensorial en general y la percepción dolorosa en particular, así como analizar los mecanismos neurofisiológicos postulados por Descartes para explicar la génesis del dolor.

de estar por encima de las necesidades del cuerpo para así poder actuar de manera razonable o razonablemente. Es así, que para Descartes, el alma será la propia razón a pesar de que el cuerpo envejezca o deje de funcionar, todas esas ideas serán plasmadas en su libro Tratado del Hombre que marca un hito teórico moderno porque se empieza a hablar del hombre no sólo desde el punto de vista filosófico sino también anatómico y fisiológico.

Es así que desde su teoría fisiológica, sitúa de forma evidente a la glándula pineal como el asiento del alma racional humana (López-Muñoz Y Boya, 1992:208). Su explicación en Descartes es relatada en la obra Tratado de las pasiones del alma, donde afirma que:

“... está suspendida de tal modo entre las cavidades que contienen estos espíritus que puede ser movida por ellos de tantas maneras diversas como diferencias sensibles hay en los objetos; pero que también puede ser movida de modos diversos por el alma, que es de tal naturaleza que recibe en si tantas impresiones diversas (es decir, que tiene tantas diversas percepciones) como movimientos diversos tienen lugar en esta glándula. Como, recíprocamente, también la máquina del cuerpo está compuesta de tal modo que, por el solo hecho de ser esta glándula diversamente movida por el alma, o por cualquier otra cosa que pueda darse, impulsa los espíritus que la rodean hacia los poros del cerebro, que los conducen por los nervios a los músculos, por medio de lo cual les hace mover los músculos.” (Descartes, R., 1989:103 art. XXXIV).

De igual forma retomará en su libro el Tratado del Hombre esa teoría de los espíritus pero de una manera mecanicista, es decir, el alma y el cuerpo envían comunicados mecánicamente; el alma está unida al cuerpo, su pensamiento lo recibe el cuerpo y los impulsos sensoriales el alma. Por tanto, Descartes menciona al hombre como una máquina corporal y como una sustancia racional o espiritual.

Además, el cartesianismo; con su frase *cogito ergo sum* pienso luego existo, marca el conocimiento del pensamiento moderno. Y con su método entendido como ese camino lógico para validar realidades.

El hombre tendrá su validez y creará su propio método por ser el único que piensa que existe. Esa realidad de la existencia del hombre tendrá dos sustancias: una *res cogitans*; sustancia pensante y *res extensa* como una sustancia corporal. Cuando el hombre sufre además de sufrir piensa que sufre y se pregunta el por qué. Él cree que su *res cogitans* lo hace diferenciarse de los demás seres vivos y por eso, por constituirse él mismo en una categorización ontológica distinta a los otros seres de la naturaleza -solo él tiene parte atemporal-, categoriza igualmente su sufrimiento; además porque considera que goza de dualismo ontológico (alma – cuerpo) clasifica su dolor de acuerdo a la esfera del él, que se encuentre sufriendo (la temporal o la atemporal) y por tal razón considera que una vez causado el daño puede gozar una indemnización de perjuicios materiales y morales ocasionados, admitidos en el Derecho colombiano, según lo contempla la jurisprudencia, así:

“...para que este reconocimiento se realice es necesario que el perjuicio sea cierto, actual y necesaria del hecho generador de la responsabilidad, como una relación precisa entre el agente activo del menoscabo y el agente pasivo que lo soporta”. (Corte Suprema De Justicia, Sala de negocios generales. Bogotá. 20 de noviembre de 1933, M.P. Enrique Becerra. Gaceta Judicial, Tomo XXXIX No. 1515. p. 202).

Estas reflexiones demuestran la importancia del rol del cuerpo y de la definición de este en la evolución histórica de estructuras como la jurídica así como algunas influencias teóricas que la apoyaron en la construcción conceptual de hombre sujeto de reparación de perjuicios patrimoniales y morales los cuales han sido asumidos por el Estado Colombiano dentro del Derecho, puesto que reconoce al hombre como la finalidad de sus normas y para ello, inicialmente debió realizar una definición de hombre en razón de la multiculturalidad y pluralidad étnica, política, social, ética y económica que ha conformado la nación colombiana desde sus inicios republicanos.

En este orden de ideas se dará paso al análisis de la Tesis de la excepción humana presentada por Jean Marie Schaeffer. (Schaeffer, J, 2009).

2. EL HOMBRE SER EXEPCIONAL: EL ÚNICO ANIMAL QUE PIENSA SU DOLOR PARA EL ORDENAMIENTO JURIDICO OCCIDENTAL.

La tesis de la excepción humana ha sido expuesta por Jean Marie Schaeffer filósofo de la recepción estética y definición del arte quien constituye y defiende una noción ontológica y un redescubrimiento de nuestra condición animal; se soporta en el argumento de que en la actualidad se tiene como aceptado que los humanos hacen parte de los seres vivos, pero no obstante, este ser humano se encuentra constituido por algo más que su "entorno", y por ende el hombre forma una excepción entre los demás seres que pueblan la Tierra. Según esta tesis:

“...el ser humano trasciende en su propia esencia la realidad de las otras formas de vida y su propia "naturalidad". Así por ejemplo, si un filósofo plantea que el hombre sería un "yo" o un "sujeto" radicalmente autónomo y fundador de su propio ser; un sociólogo insistiría en que esta trascendencia se ubica en la sociedad, por esencia "anti natural" y un antropólogo, por su parte, afirmar que sólo la "cultura" -la creación de sistemas simbólicos- constituye lo propio del hombre”. (Schaeffer, J, 2009: 25)

Así Schaeffer (2009) formula los siguientes interrogantes ¿Por qué es tan decisiva y trascendental la Tesis? ¿Cómo se ha mantenido impermeable a los avances de las diferentes disciplinas científicas? A fin de responder estas preguntas, Schaeffer encuentra en el cartesianismo, específicamente en el argumento del *cogito ergo sum*, el "principio de inmunización epistémica" que ha logrado aislarla de aquellos saberes "externalistas" que la contradicen.

Por tal motivo este planteamiento trascendental sienta la base teórica actual de muchas disciplinas entre ellas el Derecho, y si bien no ha sido admitida formalmente por los estrados judiciales, es la que se está demandando al momento de tratar el dolor y el sufrimiento del hombre causado por daño antijurídico. Citamos jurisprudencia al respecto:

“... esto es, del daño antijurídico y su imputabilidad a la entidad demandada, los cuales **consideró acreditados el a quo, mediante argumentación que**

no ha sido cuestionada por las partes del proceso. Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a resolver el recurso interpuesto. Luego de haber encontrado demostrado que la señora Lilia Silva Cifuentes sufrió un daño moral antijurídico, como consecuencia de la muerte de su hijo José Ever Rueda Silva, y que aquél es imputable a las omisiones en que incurrió la entidad demandada, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que debía condenarse a ésta última a pagar a la primera, por concepto de indemnización del perjuicio sufrido, la suma equivalente, en moneda legal colombiana, al valor de quinientos gramos de oro puro” (Riascos, 1999: 20)

(Negrillas fuera del texto)

De lo anterior se puede evidenciar cómo opera la teoría de la inmunización epistémica, pues es la argumentación del hombre la que da validez y prueba la existencia de su dolor y su sufrimiento.

Para empezar con la comprensión de esta tesis es necesario iniciar demostrando su relación con el *cogito ergo sum* y su aplicación. Así Edmund Husserl citado por Schaeffer afirmará que “el hombre decide libremente en la medida en que es libre de dar a sí mismo y a su mundo ambiente una forma de razón”; de lo cual se puede inferir que el hombre es el origen y fundamento de toda razón, y esta será auto constituyente de su propia validez. (2009: 10)

No obstante, deviene el interrogante ¿como el hombre auto constituye su propia validez?, frente a lo cual se puede dar respuesta a través de la teoría de la excepción humana, donde el hombre se impermeabiliza de todo sistema experimental y crea su propio sistema fundamentado en el *cogito ergo sum*, “pienso luego existo”, creando así su propia realidad. Siendo aquí donde radica la diferencia del hombre frente a los demás seres vivos de la naturaleza, ya que en él reside el hecho de ser constitutivamente sujeto, es decir, que tiene conciencia.

El Consejo de Estado colombiano en aras de reconocer que una persona padece un aflicción, mediante sentencia de 9 de febrero de 2011, con número de radicación 17001-23-31-000-1995-06004-01 (20364) expresa:

“...Ahora, también ha dejado precisado esta Corporación que esta presunción “de dolor” puede desvirtuarse cuando la administración demuestre que las relaciones filiales o fraternales se han debilitado de manera notoria, al punto que se han tornado inamistosas o se han deteriorado en su totalidad, evento en el cual la presunción de dolor por la pérdida del consanguíneo desaparece y, en consecuencia, no habrá lugar al pago de reconocimiento alguno a quien así lo pretenda...”

En este orden de ideas, surge una segunda pregunta ¿de dónde sobreviene dicha singularidad del hombre para constituirse como excepción?, encontrando, en un primer plano una *concepción cristiana*, la cual afirma que el hombre es especial de los demás seres vivos por que fue el único creado a imagen y semejanza de Dios.

Por otra parte, radica en una concepción ontológica, entendiéndola a la ontología como una parte de la metafísica que estudia lo que hay, es decir, qué entidades existen y cuáles no, donde la singularidad del hombre reside en el hecho de que en su mismo ser es irreductible a una vida animal como tal, en este sentido la tesis de la excepción humana indicará unos postulados, dentro de los cuales se encuentran:

2.1 Ruptura Ontica:

Este primer postulado parte en creer que el hombre es diferente a los demás seres vivientes, contemplándose de esta forma un factor externo, donde se puede apreciar que por un lado se encuentra el hombre y por el otro los demás seres vivos.

En este sentido, Gustavo Adolfo García Arango manifiesta que:

“...La normatividad colombiana define muy bien las condiciones con las cuales se debe hacer la manipulación de animales, tanto desde el punto de vista de la salud, como de la profesión y la investigación. Sin embargo, en un tema tan controvertido como los espectáculos taurinos, se evidencia que la Ley 916 de 2004 “*por la cual se establece el Reglamento Nacional Taurino*”, no hace referencia en absoluto al tema del dolor, al sufrimiento, al padecimiento de los animales sometidos a los espectáculos. Lamenta el autor de la presente

investigación que el respeto a la integridad animal sea aplicada en el campo de la investigación (muy loable) y se desconozca completamente ante una “*expresión artística del ser humano*” como lo manifiesta la misma ley y que fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-1192 de 2005, con ponencia de Rodrigo escobar Gil.

Los argumentos jurídicos de la demanda de inconstitucionalidad en relación con el dolor animal iban dirigidos a demostrar que el apartado “*expresión artística del ser humano*” estaba en contra del artículo 12 de la Constitución Política que prohíbe la tortura y los tratos crueles y se vulneraba el principio de la dignidad humana al permitirse por la ley la participación de los ciudadanos en ritos crueles, bajo el pretexto que se trata de una manifestación cultural, expresión que fue declara exequible por la Corte.” (García, A. 2007:13-14).

Lo anterior es una clara consecuencia de la ruptura óptica, en la medida que la normatividad colombiana hace una diferencia y un tratamiento respecto al dolor animal por un lado y al dolor humano por otro.

2.2 Dualismo Ontológico:

Teniendo en cuenta el postulado de ruptura óptica, ello implica una interpretación de dualismo ontológico, que vislumbra dos planos del hombre, es decir, que nos remontamos a un factor interno, en el cual se encuentra que el hombre se integra de dos partes una material y otra inmaterial.

Sin embargo es menester mencionar que con ocasión a que este planteamiento deviene de un pensamiento occidental, trae consigo un tratamiento segregacionista mas no diferencial. Dicho pensamiento occidental analizado desde la esfera del Derecho y concretamente en el Derecho colombiano, se ve expuesto a partir de la conceptualización cultural del dolor jurídico al momento de reparar los perjuicios morales y materiales ocasionados por daño antijurídico.

En este intento, el derecho colombiano mediante jurisprudencia, ha querido dar solución a las dolencias físicas y espirituales humanas, fincándose en un concepto de dolor y

sufrimiento del hombre como cuerpo y alma por lo cual considera pertinente reparar los perjuicios materiales y morales que se le causen. En este orden de ideas el concepto de daño moral es según la jurisprudencia colombiana “la consecuencia de un dolor psíquico o físico”(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Civil, Sentencia de 2001 agosto 17 Expediente 6492 Ponente Jorge. Santos Ballesteros).

Así habrá que decir, que a pesar de que el Derecho administrativo colombiano en su Teoría de la responsabilidad del Estado y el Derecho Civil sientan las bases materiales del estudio sobre este tema, en Colombia no existen suficientes fuentes que puedan ampliar el conocimiento del dolor jurídico, ya que no se ha investigado ni realizado ninguna reflexión crítica ni metódica frente al dolor, solo pronunciamientos aislados los cuales no se han consolidado como una teoría jurídica y ampliamente aceptada del dolor. De aquí surgió la necesidad de hacer un alto en el camino y observar el panorama general de nuestro sistema normativo, partiendo de la pregunta: ¿Cómo es abordado el dolor desde el Derecho colombiano?, encontrando así, sus pilares en construcciones filosóficas modernas que datan desde antes del cartesianismo para resolver asuntos sobre la definición del hombre que padece dolores y sufrimientos y que debe ser reparado.

Cabe resaltar que el derecho colombiano mediante jurisprudencia ha diferenciado la forma de dar tratamiento al dolor y sufrimiento humano al clasificar de forma dual las reparaciones.

Así encontramos los perjuicios materiales, y según lo expresa el Dr. Juan Carlos Henao:“... son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero” (HENAO, J. 1999. p. 195)

Es decir, son los que lesionan al patrimonio económico de la persona que padece el dolor. Estos a su vez se clasifican en:

- Lucro cesante: de acuerdo al artículo 1614 del Código Civil Colombiano es “ toda ganancia o beneficio que deja de reportarse como consecuencia del incumplimiento de una obligación, de su incumplimiento imperfecto o extemporáneo, o retardado su cumplimiento”.

- Daño emergente: también contemplado en la legislación civil colombiana en el artículo mencionado anteriormente, por su parte, hace referencia a el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.

Una vez estos perjuicios son probados dentro del proceso al que hay lugar, es seguido por su correspondiente indemnización la cual es totalmente comprensible en la medida en que la tratarse de un perjuicio material y que por ende, generan un detrimento en el patrimonio económico, su tasación se puede desarrollar de una forma avaluable en dinero.

Un claro ejemplo del tratamiento jurisprudencial que se le da a la indemnización de estos perjuicios en Colombia, respecto del daño emergente es la Sentencia proferida por el Consejo de Estado el 19 de Julio de 2002:

“ ...En cuanto al daño emergente, se tiene lo siguiente: Obra en el proceso el informe rendido el 9 de diciembre de 1994, con fundamento en la evaluación realizada a José Manuel Gutiérrez, por los médicos María Elena Montoya y Luis Edgardo Sanz Suárez, fisiatra y cirujano, respectivamente, funcionarios del Hospital Universitario San Jorge de Pereira, donde se describen, de la siguiente manera, las lesiones sufridas (folios 120 a 122 del cuaderno 2): "a) Incapacidad para deambular por lo cual se ve obligado a usar una silla de rueda (sic)... b) Deformidad permanente de columna dorsal con cifosis. Lesión permanente del funcionamiento de sus (sic) sistema digestivo por lo cual deberá usar enemas o supositorios evacuantes y del sistema urinario consistente en vejiga neurogénica con dificultad para la micción, lo cual obliga el uso de sonda vesical permanente conectada a cistofló, resultado lo anterior en serio deterioro de su vida de relación o interpersonal por el manejo dificultoso de la bolsa llenándose ésta de orina con las consecuencias de olor, humedad, por lo que el paciente tiene que permanecer recluido en su casa, además la persona sufrirá infecciones urinarias a repetición con fiebre y malestar general que lo obligan a guardar reposo en cama”. (Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia 19 Julio de 2002. M.P Dr. Alier Hernández)

Según la sentencia, se manifiesta que el paciente necesitara, como resultado de dichas lesiones lo siguiente:

“...Enfermera permanente 24 horas por tres (3) meses, Fisioterapia una (1) sesión diaria por tres (3) meses. Terapia ocupacional 1 (una) sesión diaria por tres (3) meses. 1 (una) consulta de médico fisiatra cada 15 días. Una (1) consulta de neurocirujano cada 15 días. Dos (2) consultas de siquiatra o sicólogo. Dos (2) escanografías al año. Una (1) consulta de urología cada 15 días. Laboratorio: parcial de orina una (1) cada 15 días. Urocultivo uno (1) mensual. Pañales cambio permanente. Una silla de ruedas con descansabrazos removible. DROGAS: Infección urinaria, Amplicilina, Gentamicina, Netromicina, Amikacina (...) Está probado, entonces, el perjuicio causado a la víctima, en forma de daño emergente, el cual comprende los rubros indicados en el dictamen y su adición. También existen elementos suficientes para efectuar su liquidación, salvo respecto de algunos gastos que más adelante se indicarán”. (Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia 19 Julio de 2002. M.P Dr. Alier Hernández)

Como puede apreciarse en este fallo se determinaron los gastos en que había incurrido la víctima a causa del accidente, así como los que en un futuro debía realizar por el mismo concepto, en orden de otorgarle la indemnización correspondiente.

Respecto del lucro cesante, esta sentencia menciona:

“..José Manuel Gutiérrez Sepúlveda se desempeñaba, en la época del accidente, como trabajador de la finca de su suegro, el señor Daniel Giraldo León. Al respecto, Marta Dollí Santa Rivera expresó (folios 27, 28 del cuaderno 2 ... Cuando él se accidentó estaba trabajando ahí en la finca de don Daniel Giraldo, voliendo (sic) machete y cogiendo café, no recuerdo qué hacía en ese tiempo, pero él sí trabajaba en la finca, por cuenta de don Daniel Giraldo, el suegro. El suegro le pagaba a él un jornal como se lo pagaba a cualquier trabajador.

Así, encuentra la Sala que está acreditada la existencia del perjuicio material, en forma de lucro cesante, sufrido por José Manuel Gutiérrez Sepúlveda. Sin embargo, la declaración de la señora Santa Rivera no se considera suficiente para acreditar su cuantía. Se dará, entonces, aplicación a la tesis ya sostenida por esta Corporación en otras oportunidades, presumiendo, con fundamento en el hecho probado de que la víctima se dedicaba a una labor productiva, de la cual derivaba el sustento para sí y para su familia, que obtenía de su trabajo una suma equivalente al valor del salario mínimo.

Aplicando la fórmula utilizada reiteradamente por la jurisprudencia, se tiene que la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica (devengada por la víctima al momento del accidente, esto es, el salario mínimo vigente en el año 1992), multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes del hecho dañino, conforme a las certificaciones del DANE”

Con este fallo se pone de presente la forma de indemnizar este perjuicio por parte del Consejo de Estado, así como el tratamiento que recibe de esta corporación.

El legislador colombiano expone en forma simple que la reparación de los daños deben dejar indemne a la persona a quien se le ha causado dolor, esto es, como si a la persona jamás se le hubiese causado el daño o en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso.

Según lo expone la Corte Constitucional colombiana mediante sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993, en la que se estudia la constitucionalidad de las normas de asistencia a las víctimas de atentados terroristas, únicamente se debe indemnizar el daño y sólo el daño:

“...el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar el límite” (Corte Constitucional, Sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993. M. P.Dr. Antonio Barrera Carbonell)

En síntesis y de acuerdo a lo anteriormente mencionado se puede afirmar que el daño debe cumplir con ciertos requisitos legales con el fin de mitigar o proporcionar alivio y satisfacción por el dolor causado cuando no puede ser resarcido. Los requisitos esenciales son que el dolor debe ser cierto concreto y personal, que exista un nexo de causalidad entre el hecho y el daño; sin embargo no existe un método universal y obligatorio que permita medir el grado de sufrimiento que ha padecido la persona afectada.

Por su parte los perjuicios inmateriales y sobre los cuales versan en gran medida nuestro análisis son los que afectan bienes incorporales los cuales hacen parte de la persona en su aspecto más íntimo y que generalmente son bienes que por su naturaleza están fuera del comercio conllevando más que a una reparación una compensación.

Así el Dr. Henao considera que son “... perjuicios que no tienen una naturaleza económica en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero. Distinto, como ya se vio, es lo que ocurre con el daño material en donde se puede encontrar un valor de reemplazo, más o menos exacto al perjuicio” (HENAJO, J. 1999. p. 195)

Estos perjuicios traen consigo una gran problemática en la medida en es muy difícil probar su acaecimiento y aun más su tasación, dado que está compuesto por los sentimientos del afectado y como es de conocimiento de todos, no existe un “dolorímetro” que permitan medir el dolor, acongojamiento, angustia y depresión de una persona.

Este tipo de perjuicios en la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano están integrados por el daño moral y desde 1993 por el perjuicio fisiológico o a la vida de relación como a continuación se relaciona:

- Perjuicio fisiológico o a la vida en relación: entendido como aquel que altera las condiciones normales de vida de una persona. Se presenta en aquellos eventos donde la persona pierde la capacidad de realizar actividades que le reportan placer en su vida diaria a pesar de que por ninguna manera se representan en beneficios económicos o patrimoniales.

El Consejo de Estado mediante sentencia de Mayo 6 de 1993 (expediente 7428) con relación a este tipo de perjuicio manifiesta que “... *el perjuicio fisiológico se produce cuando se ven limitadas las actividades vitales que generan un goce de los placeres de la vida al individuo...*”, en otras palabras, es la pérdida de la alegría de vivir.

- Daño moral: consiste en la angustia, el dolor, la aflicción física o espiritual, y en general, todos aquellos padecimientos que sufre la víctima por el evento dañoso. El daño moral es un acontecer conmovedor captado por el derecho al considerar este, como supuesto esencial, que toda persona vive en estado de equilibrio espiritual.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha expresado que perjuicio moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona.

A razón de que su origen proviene de la doctrina francesa, la jurisprudencia de dicho país ha manifestado que daño moral es el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima sin repercusión patrimonial aunque importando una disminución de los atributos o facultades morales de quien sufre el daño. El Dr. Henao (1999: 201) hace un paralelo sobre este tema citando el fallo Letisserand Francés y el fallo Villaveces colombiano, así:

“El fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 para el derecho colombiano y el fallo Letisserand para el derecho francés, son los fallos de principio, que, según la doctrina reconocen por primera vez de manera explícita la indemnización del perjuicio moral.

En efecto, el fallo colombiano citado, al resolver un caso de perjuicio causado a un viudo por la extracción ilícita de la fosa de los restos de su mujer, considera que ‘al demandante Villaveces, por el sólo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda

de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos que el Tribunal infringió por haber restringido su alcance e interpretado, por tanto, erróneamente'. A su turno, el fallo Letisserand, al considerar que 'el dolor moral que resulta para ésta última (la madre) de la desaparición prematura de su hijo, es por si mismo indemnizable', revolucionó la concepción del Consejo de Estado francés que negaba dicha reparación al apoyarse sobre la célebre frase 'las lágrimas no se monedean'.

El reconocimiento hecho por las dos sentencias permite observar que el perjuicio moral se toma en cuenta por si mismo, es decir, en tanto rubro independiente del perjuicio: el perjuicio moral es un rubro del perjuicio que tiene entidad propia en ambas jurisprudencias.”

Por su parte otro tratadista, respecto del daño moral expresa:

“... el daño es aquel mal o perjuicio producido a una persona o bien. Moral es la suma de elementos psíquicos y espirituales, que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano” (LOPEZ J, 1997. p.13)

2.3 Concepción Gnoscéntrica Del Ser Humano:

Este postulado, por su parte afirmará que lo que hay exclusivamente en el hombre es el conocimiento, frente al cual hay que aclarar que antes de Descartes el conocimiento era Teológico, es decir, provenía de algo divino, concepción adoptada en la edad media, y es a partir de Descartes quien se enmarca dentro de los inicios del renacimiento, que el conocimiento es del hombre y para el hombre, permitiéndole constituir su propia realidad.

Es en Descartes donde se centra la idea gneoscéntrica de la tesis de Schaeffer, puesto que surge la oposición ente la *res extensa* y la *res cogitans*, que formula que de todas las criaturas vivientes solo el hombre es “espíritu” y esto es lo que lo define como ser pensante, por ser este el auto constituyente de su propia validez y por ende consciente

de su existencia. De lo cual puede deducirse que Descartes adosa la ontología dualista a la demostración del *cogito*.

A partir de Descartes la esencia propiamente humana del hombre reside en el hecho de que es constitutivamente sujeto de su pensamiento.

2.4 Ideal Cognitivo Antinaturalista:

Este último presupuesto en ocasiones suele interpretarse de manera errónea, al creer que el hombre entre mas cultural es menos natural y viceversa, sin embargo hay que aclarar que lo que este postulado formula es que el hombre es un ser biológico y social y no puede existir oposición entre la biología y la cultura puesto que son realidades diferentes y que al mismo tiempo convergen.

A este respecto se ha presentado en los altos estrados judiciales, la necesidad de construcción de criterios diferenciales en las reparaciones como es el más reciente caso en junio de 2010 cuando la Corte Constitucional hizo una consulta a la sociedad civil sobre el tema de reparaciones por el desplazamiento forzado, por vía administrativa. Entre otras preguntas, formuló la siguiente: ¿Cómo debería darse la inclusión del enfoque diferencial en los diferentes mecanismos y formas de reparación integral vía administrativa, con el fin de reparar integral y prioritariamente?²

² El Programa de Justicia Global y Derechos Humanos Universidad de los Andes (Bogota, Colombia) hace un análisis frente a una sentencia emitida por Corte Constitucional dentro del Expediente T 2406014 AC. Acción de tutela instaurada por Sain Aguilar Chogo y otros contra Acción Social. Donde pretenden evidenciar la importancia de un tratamiento y enfoque diferencial no solo al decidir cuándo son necesarias las reparaciones sino también al momento de determinar la forma y el objetivo que deben tener dichas medidas de reparación.

Sin embargo el estudio da por sentado que en Colombia el enfoque diferencial al momento de reparar a los grupos étnicos y desplazados por la violencia se ha debatido escasamente, puesto que las políticas producidas por el Gobierno colombiano e inclusive la corte constitucional manejan un concepto de asistencialismo en lugar de centrarse concertantemente en la reparación como tal, siendo, llegando hasta tal punto que la misma normatividad como es el caso de la ley 70 de 1993 (sobre el desplazamiento forzado) han sido producidas dentro del contexto, utilización y percepción de dicho “asistencialismo”.

Por otra parte, el naturalismo contempla que los humanos con los animales comparten el mismo tipo de realización física (corporalidad) pero se distinguen de ellos por su interioridad.

3. CONCLUSIONES

(a) El concepto de hombre como una dualidad espíritu y cuerpo ha permanecido vigente en el derecho occidental al diferenciar los sufrimientos físicos y espirituales en los perjuicios materiales e inmateriales.

(b) El cartesianismo en su cogito, es decir, sitio donde se radica ese pensamiento segregacionista se enfrenta ante dos razones, en primer lugar, el argumento que cierra el conocimiento del ser humano en la reflexividad auto fundadora de la conciencia de si y en segundo, la validez o reconocimiento como una evidencia primera, en lo cual radica la inmunización epistémica que reivindica la tesis.

(c) La Tesis de la excepción humana tiene tres consecuencias: en primer lugar, el hombre se auto fundamenta desde su libre capacidad racional. En segundo lugar, el aspecto social, el hombre se organiza según principios derivados de su ética, de sus convicciones morales, de sus creencias políticas. Ya por último, la cultura y sus expresiones simbólicas se opone “a un tiempo a la *naturaleza* y a lo *social*”; y en esta medida, la diversidad frente a la cual nos enmarcamos al ser un país multicultural debe estar tendiente a hacer posible el desarrollo y garantía de dicha esencia en todos los hombres y no universalizar cuando se trata de medir su dolor, capacidades, expresiones, culturas, entre otros.

(d) El daño moral puede ser indemnizado, aunque los sentimientos no tengan precio, aunque la dignidad de la persona no puedan medirse con un “dolorímetro”, el verdadero valor del Juez es, en estos casos en particular, medir, dando a cada uno lo que le pertenece, y encontrar el camino exacto para que el daño sufrido, aunque nunca pueda ser olvidado, le deje continuar con una vida digna en relación al contexto cultural.

BIBLIOGRAFÍA:

BONICA, J. J. (1991), «History of pain concepts and pain therapy», *The Mount Sinai Journal of Medicine*, pp. 191-202.

DESCARTES, R. (1989), *Discurso del método. Tratado de las pasiones del alma* (Introducción de M. A. GRANADA y traducción y notas de E. FRUTOS), Planeta, Barcelona.

DESCARTES, R. (1990), *El tratado del hombre* (edit. y trad. G. QUINTÁS), Madrid, Alianza. El artículo 16 del Tratado corresponde a las páginas 35-36 de esta edición.

GARCIA ARANGO, Gustavo Adolfo, *El precio del dolor: dolor desde el Derecho Administrativo*. P. 81.

LÓPEZ-MUÑOZ, F., y BOYA, J. (1992), «El papel de la glándula pineal en la doctrina psicofisiológica cartesiana», *Acta Physiologica, Pharmacologica et Therapeutica Latinoamericana*, 42, pp. 205-216.

LOPEZ MORALES, Jairo. *Perjuicios Morales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997. p.13

Programa Justicia Global y Derechos Humanos - Intervención sobre enfoque diferencial y reparaciones.http://www.justiciaglobal.info/index.php?option=com_content&task=view&Itemid=3&id=321. Consultado: 2011-05-06 00:36:11

Masson-Salvat Medicina:1992,Leonardo da Vinci: Anatomía humana

SINGER, C. (1952), *Vesalius on the human brain*, Oxford U.P., Londres.

SCHAEFFER, Jean-Marie. *El fin de la excepción humana*. Fondo de Cultura Económica. 2009.

RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. *Jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia*. Responsabilidad Estatal. Puede verse en www.Lorgesp@yahoo.com.