

DAÑO ANTIJURIDICO - Noción

A pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”.

NOTA DE RELATORIA: Con relación al daño antijurídico ver las providencias: 4 de diciembre de 2006, exp. 13168; 27 de septiembre de 2000, exp. 11601; 2 de marzo de 2000, exp. 11945, 11 de noviembre de 1999, exp. 11499 y 27 de enero de 2000, exp. 10867.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

NOTA DE RELATORIA: Ver, sentencia de 21 de octubre de 1999, exps.10948-11643.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio. Título de imputación / FALLA DEL SERVICIO - Título de imputación. Atributos

Plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. (...) la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho. (...) la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema se analizará el caso a resolver. De conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado. Así las cosas, no es suficiente acreditar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración. (...) en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, resulta procedente reconocer la indemnización del daño antijurídico a cargo del Estado siempre que concurren sustento fáctico y atribución jurídica.

NOTA DE RELATORIA: Ver también: Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2010, exp. 19974.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Soldado conscripto / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Lesiones a soldado conscripto / DAÑO ESPECIAL - Soldado conscripto. Responsabilidad por lesiones

La obligación constitucional de prestar el servicio militar y la consecuente restricción de derechos que ello implica para los soldados conscriptos, le impone al Estado una especial obligación de seguridad, protección, vigilancia y cuidado de la vida, la salud y, en general, de la integridad personal de los mismos. El incumplimiento del deber objetivo de cuidado, decantado en la ley y los reglamentos, que deriva en la causación de un daño antijurídico, puede ser imputado al Estado a título de daño especial, riesgo excepcional o falla del servicio, según lo determine el juez con fundamento en el principio *iura novit curia*. (...) Sin perjuicio de los regímenes de responsabilidad objetiva, ésta Corporación también ha endilgado responsabilidad por daños a conscriptos a título de falla del servicio. (...) cuando la irregularidad administrativa es la que produce el daño, ésta Corporación se ha inclinado por aplicar el régimen general de responsabilidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, se pueden consultar los fallos: 15 de octubre de 2008, exp. 18586 y 30 de julio de 2008, exp. 18725.

DAÑO ESPECIAL - Noción

Se le imputa responsabilidad al Estado cuando el daño se produce por el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, es decir, cuando se somete a un soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar.

NOTA DE RELATORIA: Se puede consultar también: sentencia de 10 de agosto de 2005, exp. 16205.

RIESGO EXCEPCIONAL - Noción

Se aplica el riesgo excepcional cuando el daño proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos, de modo que si se demuestra que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos, no se requiere realizar valoración subjetiva de la conducta del demandado.

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 15445.

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS – Noción / PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS - Características

El ordenamiento jurídico colombiano consagró la *no reformatio in pejus* como una garantía procesal que, como ha señalado la Corte Constitucional, es un "principio general de derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso. (...) el principio de la *no reformatio in pejus* es una "manifestación del principio de congruencia, según el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. (...) las características de la *no*

reformatio in pejus son las siguientes: i) cuando la apelación se interpone exclusivamente por una de las partes, el juez de segunda instancia no puede empeorar su situación, agravando lo que le es desfavorable en la sentencia de primera instancia; ii) la competencia del juez de segunda instancia se adquiere sólo en los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el recurrente; iii) este principio impone al superior la prohibición de actuar ex officio y exige un carácter dispositivo; iv) la *no reformatio in pejus* opera sólo a favor de la parte recurrente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA COLOMBIANA - ARTICULO 31 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357

NOTA DE RELATORIA: Con relación a éste tema, la Corte Constitucional se refirió en las sentencias: SU-1722 de 2000 y SU-1299 de 2001.

PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Aplicación / CAUSA PETENDI - Aplicación del principio de iura novit curia no implica modificación de causa petendi

Sala observa que la parte actora solicitó en la demanda que se declarara la responsabilidad del Estado a título de falla del servicio. Al respecto, esta Sala ha determinado que los escenarios en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado se debe dar aplicación al principio *iura novit curia*, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o la motivación de la imputación aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto, consultar sentencias: 29 de agosto de 2007, exp. 15494; 7 de octubre de 2009, exp. 17629; 3 de octubre de 2007, exp. 22655; 14 de agosto de 2008, exp. 16413; 20 de febrero 1989, exp. 4655.

PERJUICIOS - Perjuicios Morales

La sentencia proferida por el *a quo* reconoció en favor de (...) padres de la víctima, la suma de 500 gramos de oro a título de daño moral; por el mismo concepto, condenó al pago de 800 gramos de oro a la víctima directa (...) y, finalmente, ordenó el pago quinientos (500) gramos de oro (...) en su condición de hermana de la víctima. En cuanto a (...) hermanas también de la víctima, el *a quo* consideró que estas no acreditaron fehacientemente los perjuicios causados y no condenó al pago de perjuicios morales en su favor; por lo tanto, en razón del principio de la *no reformatio in pejus*, la Sala no se pronunciará sobre este punto.

PERJUICIOS - Test de proporcionalidad. Perjuicios morales

La metodología del test de proporcionalidad, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, (...) ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, con mínimos criterios objetivos, como por ejemplo: i) núcleo familiar; ii) relaciones afectivas; iii) relaciones de cercanía (...) La aplicación del "test de

proporcionalidad”, como metodología en el ejercicio del arbitrio iudicis, tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, ver sentencias de 23 de septiembre de 2009, exp: 18272 y 28 de abril de 2010; exp: 17992.

PERJUICIOS - Daño a la salud. Noción

El daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud “en sí mismo”. (...) el daño a la salud como “daño integrador y único” se encuentra representado por la lesión en la función vital y relacional del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva”), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado. (...) A las dificultades que representa la consideración y la construcción de la figura del daño a la salud, que en la doctrina y la jurisprudencia nacional no se ha terminado de decantar, se agrega la necesidad de fundamentar dicho daño en el concepto de “suma de las funciones naturales” como común denominador de este tipo de daño. (...) Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, (...) Por esto, se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud, que a su vez, constituyen la base para elaborar el test de proporcionalidad al que se sujetará la tasación de este tipo de perjuicio: i) responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”, y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.”

PERJUICIOS - Daño a la salud. Perjuicio fisiológico / DAÑO A LA SALUD - Liquidación en un solo rubro indemnizatorio

El daño a la salud como “daño integrador y único” se encuentra representado por la lesión en la función vital y relacional del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva”), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado. El riesgo de identificar las dos características señaladas se encuentra en la tendencia a considerar el daño a la salud como un contenedor donde puede caber todo lo que no tiene carácter o esencia patrimonial, reiterándose que se trata de un solo rubro indemnizatorio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 68001-23-15000-1997-3572-01(22366)

Actor: ALEXANDER ORTEGA ARDILA Y OTROS

Demandado: EJERCITO NACIONAL - MINISTERIO DE DEFENSA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 14 de junio de 2001 proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo con Sede en Cali, mediante la que se dispuso:

“1. Declarar administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, como consecuencia de la lesión sufrida por el señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA.

2. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades de oro:

- ALEXANDER ORTEGA ARDILA el equivalente en pesos a 800 GRAMOS DE ORO, en su condición de lesionado.

- JOAQUIN ORTEGA ARDILA el equivalente en pesos a 500 GRAMOS DE ORO, en su condición de padre del lesionado.

- EUGENIA ARDILA MUÑOZ el equivalente en pesos a 500 GRAMOS DE ORO, en su condición de madre del lesionado.

- ADIYARA ORTEGA ARDILA el equivalente en pesos a 500 GRAMOS DE ORO, en su condición de hermana del lesionado.

Estas sumas se pagarán atendiendo el valor del gramo de oro en la fecha de la ejecutoria de esta providencia, según certificación que expida el Banco de la República.

3. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL a pagar al señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA la cantidad de mil (1000) gramos de oro por concepto de perjuicios fisiológicos.

4. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL a pagar al señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA la cantidad de \$45.363.602 por concepto de lucro cesante.

5. Dese cumplimiento a la sentencia en la forma estipulada en los art. 176 y 77 del CCA., entregándose copia de la misma a las partes de conformidad con el art. 115 del C.P.C.

6. Negar las demás pretensiones de la demanda.

7. Regresar al Tribunal de origen para los de su cargo.” (Sic)

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Presentación de la demanda

El día 3 de diciembre de 1997, los señores JOAQUIN, ALEXANDER, RUBIELA Y ADIYADIRA ORTEGA ARDILA, junto con la señora EUGENIA ARDILA MUÑOZ, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., mediante la cual solicitaron que se profirieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

“PRIMERA. – *Declarar administrativamente y extracontractualmente responsable a LA NACIÓN (Ministerio de Defensa), de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de las graves lesiones e incapacidad laboral sufridas por ALEXANDER ORTEGA ARDILA, producidas como consecuencia y en razón de la prestación del servicio militar, encontrándose el actor al momento de los hechos en el Batallón de Infantería No. 40 de San Vicente de Chucuri el día 12 de febrero de 1996.*

SEGUNDA. *Condenar a LA NACIÓN (Ministerio de Defensa), a pagar a cada uno de los demandantes, a título de perjuicios morales, el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de oro fino según su precio de venta certificado por el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia:*

a) Para Joaquín Ortega Ardila, Eugenia Ardila Muñoz y Alexander Ortega Ardila, mil (1.000) gramos de oro en su condición de víctima y padres de él.

b) Para Yamile Ortega Ardila, Carmen Ortega Ardila, Matilde Ortega Ardila, Rubiela Ortega Ardila y Adiyadira Ortega Ardila, setecientos (700) gramos de oro para cada uno en su condición de hermanos de la víctima.

TERCERA. *Condenar a LA NACIÓN (Ministerio de Defensa) a pagar a favor de ALEXANDER ORTEGA ARDILA, los perjuicios materiales que ha sufrido con motivo de las heridas y la posterior incapacidad laboral que se le causó, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:*

1 – *El salario mínimo vigente a la fecha de la condena o de la audiencia de conciliación, más un treinta por ciento (30%) de prestaciones sociales.*

2- *La vida probable de la víctima conforme a lo establecido por la tabla de mortalidad aprobada por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.*

3- *El grado de incapacidad laboral relativa y permanente, determinada en un sesenta punto cinco por ciento (60.5) por la Junta Médica Laboral Registrada en la Dirección de Sanidad Ejército, en Bucaramanga el veintiuno de noviembre de 1996.*

4- *Actualizada dicha cantidad según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el 12 de febrero de 1996, y la fecha en la cual quede ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, o el auto que liquide perjuicios materiales.*

¹ Fls. 1 a 27 del C. No.1.

5- La fórmula de matemáticas financieras aceptada por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura.

CUARTA. Condenar a LA NACIÓN (Ministerio de Defensa) a pagar a favor de Alexander Ortega Ardila, el equivalente en pesos de dos mil quinientos (2.500) gramos de oro fino a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, con motivo del perjuicio fisiológico o de la vida de relación que está padeciendo por el daño irreversible sufrido en su ojo izquierdo, el cual le imposibilita en grado sumo la visibilidad por dicho ojo.

QUINTA. LA NACIÓN, por medio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictará dentro de los treinta (30) días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución correspondiente en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento, y pagará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término." (Sic).

1.2. Fundamento fáctico

La demanda relaciona los siguientes hechos como fundamento de las pretensiones:

- a) El señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA es hijo de JOAQUÍN ORTEGA ARDILA y EUGENIA ARDILA MUÑOZ, así como hermano de YAMILE, CARMEN, MATILDE, RUBIELA y ADIYADIRA.
- b) El señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA, al momento de los hechos, prestaba servicio militar en el Batallón de infantería No. 40 "Luciano D'ELHUYAR", con sede en San Vicente de Chucurí.
- c) El día 12 de febrero de 1996, ALEXANDER ORTEGA ARDILA "se encontraba en el alojamiento de la compañía B, brillando la chapa de su uniforme, con un líquido llamado brillametal. Mientras el soldado realizaba dicha labor, en desarrollo de la prestación de su servicio militar, el mencionado líquido accidentalmente alcanzó el ojo izquierdo del soldado causándole heridas irreversibles."
- d) "El soldado Alexander Ortega quedó mal herido y de forma inmediata fue llevado al dispensario de la Unidad No. 40 donde le fueron brindados los Primeros auxilios por el Enfermero de Servicios y posteriormente fue remitido al Dispensario de la BR5 donde fue intervenido quirúrgicamente."
- e) Como consecuencia de las heridas sufridas, el señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA afirmó que no ve por su ojo izquierdo y que, además, su párpado presenta una cicatriz visible de 7 centímetros aproximadamente.
- f) Según el informe de la Junta Médica Laboral del Ejército Nacional, el señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA presenta una incapacidad laboral relativa y permanente del 60.5% debido a los traumas que sufrió en su ojo izquierdo los cuales trajeron como consecuencia "asimetría", estrabismo, "ambliopía", úlcera córnea y disminución de la visión. (Sic).

1.3. Fundamento jurídico

Según el apoderado de los demandantes, "[l]as heridas causadas al soldado Alexander Ortega Ardila que produjeron su grave incapacidad laboral, constituyen una falla en la prestación del servicio militar, porque ocurrieron dentro de una base militar donde debe existir máximo cuidado y prevención a los soldados en la manipulación de sustancias riesgosas para su salud e integridad personal. En

virtud de la falta de información del soldado respecto del manejo de dichas sustancias, se produjo el infortunado incidente donde resultó gravemente herido en su ojo izquierdo.”

Asimismo, el representante de la parte demandante señaló que *“Entre los riesgos propios del servicio militar no está el de quedar con graves lesiones y una incapacidad laboral relativa y permanente del 60.5% como consecuencia de una actividad desarrollada en razón y como consecuencia de la prestación del mismo, como era la de mantener su uniforme en unas determinadas condiciones de limpieza del mismo y pulcritud solicitadas por los superiores del soldado. A los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio no se les puede obligar a soportar un riesgo por encima de lo normal, o sea más allá del que sufrimos todos por vivir en sociedad; no, ellos solo sufren los riesgos propios de su servicio, pero entre ellos no está el de quedar lesionado como consecuencia de la utilización de una sustancia que puede resultar peligrosa para la salud de uno de ellos y que se hacía indispensable usar, para cumplir a cabalidad con sus deberes de soldado, Estos hechos constituyen lo que la jurisprudencia ha denominado el riesgo de naturaleza excepcional, pues unas personas no pueden en beneficio de las demás sufrir un menoscabo de sus derechos; y si ello ocurre así deben ser indemnizados.”*

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1. Admisión de la demanda

Mediante providencia de 17 de marzo de 1998, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda de la referencia y ordenó tramitarla conforme a ley².

El 31 de abril de 1998, dicha providencia fue notificada personalmente al Ministerio de Defensa Nacional por conducto del Comandante de la Segunda División del Ejército Nacional³.

2.2. Escritos de contestación a la demanda

El 13 de agosto de 1998, el Ministerio de Defensa Nacional presentó su escrito de contestación a la demanda mediante el cual se opuso a las pretensiones formuladas por el actor y señaló que *“[l]as lesiones y afecciones que disminuyen la capacidad psicofísica del señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA se originaron con el comportamiento negligente y falta de cuidado observado por la víctima al momento de efectuar limpieza a sus prendas personales, actividad que cumplida por el demandante exonera de responsabilidad a mi representada, al encontrar tipificación de la causal de exoneración de responsabilidad conocida como Culpa de la víctima”⁴ (Sic).*

Asimismo, el apoderado de la entidad demandada sostuvo que *“[l]a entidad pública prestó al demandante, la atención de carácter médico, farmacéutico y quirúrgico necesario para el restablecimiento de su salud física, sin que fuere posible evitar los efectos nocivos del químico que dio origen a la lesión (...) No existe falla en el servicio atribuible al ente público a título de causa u origen del daño cuyo restablecimiento reclama”.*

² Fls. 29 y 30 del C. No. 1.

³ Fl. 31 del C. No. 1.

⁴ Fls. 33 a 36 del C. No. 1.

3. Periodo probatorio

Por medio del auto de 2 de octubre de 1998, el Tribunal Administrativo de Santander decretó las pruebas solicitadas por las partes y ordenó valorar las allegadas junto con la demanda y el escrito de contestación a la misma⁵.

4. Alegatos de conclusión

El 31 de enero de 2001, el Tribunal Administrativo de Santander ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión⁶.

El 12 de febrero de 2001, el representante del Ministerio de Defensa Nacional presentó su escrito contentivo de alegatos de conclusión mediante el cual reiteró los argumentos presentados en el escrito de contestación a la demanda y señaló que: “[n]inguna de las pruebas arrimadas al proceso permiten inferir los elementos que estructuran la responsabilidad estatal. Contrario a las afirmaciones del libelo, el proceso fue informado de las circunstancias en que tuvo lugar la lesión, conociéndose que ésta obedeció a un accidente producido cuando el demandante aseaba las prendas de su uniforme, siendo alcanzado por unas gotas de brillametal al momento de limpiar la chapa o cinturón de su uniforme de dotación en forma accidental, de donde se infiere la ausencia del elemento imputabilidad del daño a la actividad de la demandada ante la inexistencia de una acción u omisión atribuible a la accionada como causa determinante y eficiente del daño”⁷.

Además, el apoderado de la entidad demandada concluyó que la parte demandante no demostró los supuestos de hecho en que se fundan sus pretensiones dado que “[e]l conjunto de pruebas allegadas al proceso, no permiten inferir ninguno de estos elementos, como tampoco los presupuestos que fundamentan presunción de responsabilidad a cargo de la demandada y que exima al demandante de acreditar sus afirmaciones. En resumen, no acreditó el demandante el presupuesto exigido en la disposición constitucional que consagra el efecto jurídico perseguido a través del ejercicio de la presente acción”.

El 20 de febrero de 2000, el representante de los demandantes presentó sus alegatos de conclusión mediante los cuales, tras analizar algunas de las pruebas que obran en el expediente⁸, concluyó que “[e]n el caso concreto la antijuridicidad del daño está presente; no se probó la existencia de una justificación legal o de un título que legitime el perjuicio sufrido por el demandante. En efecto, las heridas sufridas por el soldado Alexander Ortega Ardila que le produjeron una grave incapacidad laboral, constituyen una falla en la prestación del servicio militar donde debe existir el máximo de cuidado y prevención a los soldados en la manipulación de líquidos o sustancias peligrosas para su salud e integridad física”. (Sic).

5. Sentencia de primera instancia

El día 14 de junio de 2001, la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo con Sede en Cali profirió sentencia de primera instancia mediante la cual, tras presentar un acopio de las pruebas obrantes en el expediente, declaró la

⁵ Fls. 50 a 52 del C. No. 1.

⁶ Fl. 71 del C. No. 1.

⁷ Fls. 72 a 75 del C. No.1.

⁸ Fls. 76 a 79 del C. No.1.

responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada y profirió sendas condenas a favor de los demandantes⁹.

Tras encontrar acreditado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, el a quo concluyó que “[r]esulta claro que el hecho generador de la lesión tiene el carácter de accidental, pero la omisión de la Institución demandada se concreta en incumplir con el deber de brindarle la atención médica adecuada al soldado, como se desprende de lo anotado en la hoja de Remisión del Dispensario Médico Batallón Luciano D´elhuyar.”

Por último, el fallador de primera instancia señaló que “la causal de exoneración de responsabilidad alegada por la entidad demandada, la culpa exclusiva de la víctima podría alegarse si se hubiera prestado la atención médica requerida, lo cual no fue así (...)” (Sic).

8. Recurso de Apelación

El 26 de octubre de 2001, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la referida sentencia¹⁰ el cual fue concedido mediante auto de 29 de noviembre de 2001¹¹.

Según el recurrente, lejos de lo sostenido por el Tribunal, el daño sobrevino como consecuencia de un hecho accidental y, por lo tanto, no es imputable a la entidad demandada. En este sentido, “[d]esconoce así el fallo recurrido no sólo la atención inmediata prestada por las autoridades de sanidad militar al actor, sino también el procedimiento de evolución de la lesión propio de los efectos nocivos del químico causante del daño, y la atención especializada proporcionada al demandante, quien fuera intervenido en dos oportunidades por personal especializado al servicio de la Nación – Ministerio de Defensa.”

Tras presentar sendas referencias jurisprudenciales sobre el alcance probatorio de las decisiones de las Juntas Médicas, el apoderado de la parte demandada concluyó que “(...) las decisiones de la junta médica laboral No. 3597 de noviembre 21 de 1996, no poseen alcances probatorios para acreditar y determinar la disminución o pérdida de la capacidad laboral en el desempeño de cualquier tipo de actividad laboral o campo de trabajo, pues las mismas sólo tienen incidencia de carácter laboral prestacional para el desempeño de actividades militares propias de la actividad castrense y para el reconocimiento prestacional establecido en el régimen especial de los miembros de la Fuerza Pública, en lo referente a prestaciones de orden económico y asistencial, por lo que el juzgador no puede otorgarles alcances diferentes a los prescritos en la legislación especial.” (Sic).

Por último, el apoderado de la entidad demandada sostuvo que el fallo recurrido desconoció los criterios jurisprudenciales desarrollados por el Consejo de Estado para efectos de tasar la indemnización proveniente de lesiones leves.

9. Trámite de la segunda instancia

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada fue admitido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 25 de abril de 2002¹².

⁹ Fls. 80 a 90 del C. Ppal.

¹⁰ Fls. 92 a 96 del C. Ppal.

¹¹ Fl. 98 del C. Ppal.

Mediante auto de 24 de mayo de 2002, dicha Corporación fijó la fecha y hora para la audiencia de conciliación y corrió traslado a las partes para que presentarán sus escritos de alegatos de conclusión¹³.

El 19 de junio de 2002, el apoderado de la parte demandante presentó su escrito contentivo de alegatos de conclusión mediante el cual reiteró sus argumentos expuestos en el texto de la demanda y en los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia¹⁴.

El 20 de junio de 2002, el representante de la entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión por medio de los cuales reiteró los argumentos insertos en el recurso de apelación¹⁵.

Por último, el 28 de junio del mismo año, el Ministerio Público solicitó a esta Corporación revocar la sentencia objeto del recurso de apelación¹⁶. Según el agente de la Procuraduría:

“(...) en el sustento fáctico de la responsabilidad de la administración, no aparece la falta de atención médica oportuna, que fue el hecho que el Tribunal de instancia consideró procedente para acceder a las súplicas del libelo. Si bien el juzgador puede encuadrar la responsabilidad dentro del régimen que considere aplicable, lo cierto es que es ello está limitado en los hechos de la demanda, sin que sea viable jurídicamente variar la causa petendi en la cual se fundamentan las declaraciones solicitadas por los demandantes, que constituye el marco del litigio.

En este caso, conforme lo relataron los actores, la responsabilidad administrativa se habría generado en una falta de entrenamiento para la utilización de ciertas sustancias, pero, en manera alguna en la existencia de una deficiente atención médica, circunstancia ésta que no podía constituir la razón para acceder a las pretensiones, como erradamente lo consideró el a quo toda vez que esa particular situación no fue objeto del debate probatorio, en tanto no se presentó como hecho en la demanda, para que, en su oportunidad, la parte demandada diera respuesta y ejerciera el derecho constitucional de defensa.” (Sic).

De otra parte, el agente del Ministerio Público señaló que en el expediente se encuentra acreditado que la conducta del recluta fue la causa del daño cuya reparación se solicita; en consecuencia, en su opinión, resulta necesario declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima formulada por la entidad demandada.

Por último, dicho funcionario sostuvo que en caso de considerarse que *“la administración tenía una obligación de resultado – consistente en que la operación de reclutar un soldado para la prestación del servicio militar le exige entregarlo en las mismas condiciones del ingreso, en criterio de esta delegatura, la responsabilidad de la demandada debería reducirse a la mitad, teniendo en cuenta las circunstancias anotadas en que tuvo lugar el hecho dañoso, por cuanto en su causación no existió una acción extraña, diferente y ajena al comportamiento del*

¹² Fl. 103 del C. Ppal.

¹³ Fl. 107 del C. Ppal.

¹⁴ Fls. 110 a 116 del C. Ppal.

¹⁵ Fl. 120 del C. Ppal.

¹⁶ Fls. 121 a 130 del C. Ppal.

actor, sino que, la conducta descuidada del propio demandante, en una labor ordinaria, normal y desprovista de riesgo especial, contribuyó a su realización.”

Mediante memorial de 10 de julio de 2002, el representante de la entidad demandada señaló que no les asistía ánimo conciliatorio alguno¹⁷.

Finalmente, el proceso entró al despacho para que se elaborara el respectivo fallo el 17 de julio de 2002¹⁸.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia de 29 de junio de 2001 proferida en el presente asunto por la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo con sede en Cali.

2. Hechos probados

Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

a) El señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA es hijo de JOAQUÍN ORTEGA ARDILA y EUGENIA ARDILA MUÑOZ¹⁹, así como hermano de CARMEN²⁰, YAMILE²¹, MATILDE²², RUBIELA²³ y ADIYADIRA²⁴.

b) Para el día 12 de febrero de 1996, el señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA prestaba servicio militar en el Batallón de infantería No. 40 “Luciano D’ LUYER”, con sede en San Vicente de Chucurí²⁵.

c) Ese mismo día, mientras brillaba la chapa de su uniforme, una gota del líquido “Brillametal” alcanzó el ojo izquierdo del soldado ALEXANDER ORTEGA ARDILA lo cual le causó ardor y molestia al abrir y cerrar el ojo²⁶.

d) Inmediatamente, el soldado ALEXANDER ORTEGA ARDILA fue conducido al dispensario de la Unidad adscrita a dicho batallón donde le fueron dispensados los Primeros Auxilio²⁷. Posteriormente fue remitido al Dispensario de la BR5, lugar donde fue intervenido quirúrgicamente²⁸.

e) La hoja de remisión del paciente ALEXANDER ORTEGA ARDILA registra “*lesión en la córnea izquierda (ulcera) secundaria a cuerpo extraño (brillametal)*”²⁹. (Sic).

¹⁷ Fl. 134 del C. Ppal.

¹⁸ Fl. 131 del C. Ppal.

¹⁹ Fl. 1 del C. No. 1.

²⁰ Fl. 5 del C. No. 1.

²¹ Fl. 6 del C. No. 1.

²² Fl. 4 del C. No. 1.

²³ Fl. 3 del C. No. 1.

²⁴ Fl. 2 del C. No. 1.

²⁵ Fls. 11 y 40 a 43 del C. No. 1.

²⁶ Fls. 11 a 14 y 40 a 43 del C. No. 1.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Fls. 41 y 42 del C. No. 1.

f) Según el mismo documento, el paciente ALEXANDER ORTEGA ARDILA perdió totalmente la agudeza visual de su ojo izquierdo³⁰.

g) Según el Acta de 21 de junio de 1996 proferida por la Junta Médica Laboral registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército, el *“trauma en el ojo izquierdo con la chapa del cinturón deja como secuelas: a. Anisometría, estrabismo, ambliopía ojo izquierdo.”* Además, la misma acta concluye que: las lesiones sufridas por dicho soldado *“le determina incapacidad relativa y permanente. No apto”,* por cuanto *“le produce una disminución de la capacidad laboral del sesenta punto cinco por ciento. (60.5%)”*³¹. (Sic).

h) El señor Alexander Ortega Ardila fue dado de baja por incapacidad relativa y permanente mediante el radiograma No. 92068 del 30 de noviembre de 1996³².

3. Daño antijurídico

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”*³³. En este sentido se ha señalado que *“en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”*³⁴.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado *“responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”*, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*³⁵, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”*³⁶.

En el presente asunto, para la Sala está debidamente acreditado el daño antijurídico consistente en la lesión que sufrió el señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA en su ojo izquierdo el día 12 de febrero de 1996, cuando se encontraba en el Batallón de infantería No. 40 “Luciano D´ LUYER”, con sede en San Vicente de Chucuri. A partir de dicha lesión, el señor ORTEGA ARDILA perdió la agudeza visual de su ojo izquierdo diagnosticada como *“Anisometría, estrabismo, ambliopía de ojo izquierdo”*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Fls. 62 a 64 del C. No 1.

³² Fl. 40 del C. No. 1.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

Resulta pertinente reiterar que, como consecuencia de la mencionada lesión, el paciente ALEXANDER ORTEGA ARDILA perdió totalmente la agudeza visual de su ojo izquierdo³⁷ y le fue diagnosticada “*incapacidad relativa y permanente*” por cuanto se produjo “*una disminución de la capacidad laboral del sesenta punto cinco por ciento. (60.5%)*”³⁸.

4. La imputación de responsabilidad

4.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”³⁹ de la responsabilidad del Estado⁴⁰ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁴¹ y de su patrimonio⁴², sin distinguir su condición, situación e interés⁴³. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”⁴⁴. Como bien se sostiene en la doctrina:

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁴⁵; los daños cubiertos por

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Fls. 62 a 64 del C. No. 1.

³⁹ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁴⁰ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁴¹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁴² “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁴³ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile* considéré en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

⁴⁴ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “*Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français*”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “*Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique*”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

⁴⁵ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su

la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público⁴⁶.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁴⁷ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁴⁸ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁴⁹.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁵⁰, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo

actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁴⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

⁴⁷ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁴⁸ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁴⁹ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

⁵⁰ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general.*, ob., cit., p.927.

constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen⁵¹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁵², según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁵³. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁵⁴.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁵⁵. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁵⁶.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁵⁷. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁵² En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁵³ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁵⁴ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁵⁵ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵⁷ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁵⁸. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁵⁹.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁶⁰ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁶¹ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁶².

⁵⁸ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁵⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁶⁰ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁶¹ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁶² ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁶³ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁶⁴. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁶⁵. A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad⁶⁶, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los

que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁶³ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁶⁴ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs. 1 y ss.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimpr. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁶⁶ “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, ob., cit., p.15.

bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^{67,68}.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁶⁹.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado

⁶⁷ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

como herramienta de aseguramiento universal⁷⁰, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁷¹.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos⁷², que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema se analizará el caso a resolver.

De conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado. Así las cosas, no es suficiente acreditar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración⁷³.

La Sala reitera que en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁷⁴, según el cual, resulta procedente reconocer la indemnización del daño antijurídico a cargo del Estado siempre que concurren sustento fáctico y atribución jurídica⁷⁵.

⁷⁰ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁷¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁷² Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211.

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19974.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 2003.

⁷⁵ *Ibidem*.

4.2. Responsabilidad del Estado por daños causados a conscriptos. Daño especial

El deber de prestar el servicio militar tiene rango constitucional en el Estado colombiano, así, el artículo 216 de la C.P., consagra que *“Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”*.

En aras de la prevalencia del interés público (art. 1° de la C.P.) y conforme al principio de solidaridad social (art. 95 de la C.P.), la Ley 48 de 1993 *“por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”* impuso límites razonables al ejercicio de las libertades de los varones colombianos al preceptuar que están obligados a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumplan su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan su título de bachiller, hasta el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad (art. 10); y de otra parte, al determinar las modalidades para atender la obligación de prestación del servicio militar obligatorio, así: como soldado regular, de 18 a 24 meses; soldado bachiller, de 12 meses; auxiliar de policía bachiller, 12 meses; y como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses (art. 13).

Correlativamente, el Estado adquiere un deber positivo de protección frente a los varones que son destinatarios de dicha carga pública, la cual, a su vez, lo hace responsable de todos los posibles daños que la actividad militar pueda ocasionar en los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico a toda persona, salvo que se pruebe una causal eximente de responsabilidad.

El deber positivo de protección de los derechos de todos los ciudadanos, en especial de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, no sólo debe responder a las garantías constitucionales y supraconstitucionales, sino corresponderse con el necesario reconocimiento del valor intrínseco del ser humano, sin importar su condición o posición, ya que en el fondo se procura la tutela efectiva de su dignidad, y no se puede simplemente asumir la pérdida de vidas humanas o las lesiones de los miembros de las fuerzas armadas, en especial de los soldados conscriptos, como un riesgo asumible por parte de nuestra sociedad para tratar de atender las necesidades públicas.

Así las cosas, el deber positivo de protección que corresponde al Estado, aspira a que en el ejercicio de las actividades peligrosas asignadas a los conscriptos se disminuyan al máximo los riesgos para sus bienes jurídicos tutelados, esto es, que las fuerzas militares actúen dentro de los límites de lo permitido y en ejercicio de sus deberes de sujeto defensor y custodio del soldado.

Cuando del deber de prestar el servicio militar obligatorio se derivan daños a la integridad sicofísica del conscripto, que exceden la restricción de sus derechos fundamentales de locomoción o libertad, etc., esta Corporación ha avalado la aplicación de distintos títulos de imputación de responsabilidad al Estado, ya sean los de carácter objetivo -daño especial o riesgo excepcional-, o la falla del servicio cuando se encuentre acreditada la misma, siendo causales de exoneración o atenuación, el hecho de la víctima o de un tercero, o la fuerza mayor⁷⁶.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de octubre de 2008, C.P.: Enrique Gil Botero. Exp. 18586.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección se pronunció en el siguiente sentido:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero (...)

En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

“...demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”⁷⁷.

En conclusión, la obligación constitucional de prestar el servicio militar y la consecuente restricción de derechos que ello implica para los soldados conscriptos, le impone al Estado una especial obligación de seguridad, protección, vigilancia y cuidado de la vida, la salud y, en general, de la integridad personal de los mismos. El incumplimiento del deber objetivo de cuidado, decantado en la ley y los reglamentos, que deriva en la causación de un daño antijurídico, puede ser imputado al Estado a título de daño especial, riesgo excepcional o falla del servicio, según lo determine el juez con fundamento en el principio *iura novit curia*.

Conforme al daño especial, se le imputa responsabilidad al Estado cuando el daño se produce por el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, es decir, cuando se somete a un soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, al respecto ésta Corporación se pronunció en los siguientes términos:

“En relación con el conscripto la jurisprudencia ha dicho que si bien éstos pueden sufrir daños con ocasión de la obligación de prestar servicio militar obligatorio, consistentes en la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad etc. ellos no devienen en antijurídicos, porque dicha restricción proviene de la Constitución; pero que pueden sufrir otros daños que si devienen en antijurídicos y que tienen su causa en dicha prestación, cuando ocurren durante el servicio y en cumplimiento de las actividades propias de él, que les gravan de manera excesiva, en desmedro de la salud y de la vida, los cuales deben indemnizarse por el conglomerado social a cuyo favor fueron sacrificados dichos

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 18725.

bienes jurídicos, porque se da quebranto al principio de igualdad frente a las cargas públicas”⁷⁸.

Se aplica el riesgo excepcional cuando el daño proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos, de modo que si se demuestra que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los concriptos, no se requiere realizar valoración subjetiva de la conducta del demandado⁷⁹. Sobre el particular ésta Corporación ha señalado lo siguiente:

“en efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante.”⁸⁰

Sin perjuicio de los regímenes de responsabilidad objetiva, ésta Corporación también ha endilgado responsabilidad por daños a concriptos a título de falla del servicio. Así, cuando la irregularidad administrativa es la que produce el daño, ésta Corporación se ha inclinado por aplicar el régimen general de responsabilidad:

“En todo caso, la falla probada del servicio constituye el régimen de responsabilidad general, y en los casos en que el asunto no pueda gobernarse bajo dicho título de imputación, se potenciará uno de responsabilidad distinta, y como quiera que en este caso, estamos en presencia de una actividad peligrosa en tratándose de la manipulación de armas de fuego, podría privilegiarse también la tesis del riesgo excepcional en caso de ser procedente. En este marco de referencia, sin duda, será el juzgador en presencia de todos los elementos existentes el que determinará si finalmente se dan o no los presupuestos para resolver el asunto sometido a su conocimiento con fundamento en la teoría de la falla probada del servicio, tal y como sucedió en el caso concreto, pues, las distintas pruebas incorporadas y practicadas conducen a inferir la falla imputada a la administración”⁸¹ (Subraya fuera del texto).

En el mismo sentido, el precedente jurisprudencial de la Sala también ha señalado la preferencia de la falla probada del servicio, en el evento de haber lugar a ello, así:

“Sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de agosto de 2005, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 16205.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2005, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 15445.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17927.

⁸¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 16741.

en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación. En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche⁸² (Subraya fuera del texto).

5. Caso concreto

Previo a decidir, debe precisarse que el recurso de apelación contra la sentencia sólo lo interpuso la parte demandada, por lo tanto, la Sala resolverá a partir de lo señalado en el artículo 357 del C.P.C.⁸³, es decir, abordará el estudio sin hacer más gravosa la situación del apelante único, respetando así el principio de la *non reformatio in pejus*.

El ordenamiento jurídico colombiano consagró la *no reformatio in pejus* como una garantía procesal⁸⁴ que, como ha señalado la Corte Constitucional, es un "principio general de derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso"⁸⁵.

De acuerdo con éste principio, cuando el recurso de apelación sea interpuesto exclusivamente por una de las partes, el juez de segunda instancia no podrá empeorar la situación del apelante único, pronunciándose sobre asuntos de la sentencia de primera instancia, cuya inconformidad no se haya manifestado en el recurso. Sin dicha garantía, y ante la eventualidad de que el superior agrave la condena impuesta por el inferior, el ejercicio del derecho a la defensa y de doble instancia, se vería gravemente restringido, ya que el condenado tendría que asumir el riesgo de controvertir los fundamentos de la decisión judicial adversa, lo que supondría desincentivar su utilización⁸⁶.

Asimismo, el principio de la *no reformatio in pejus* es una "manifestación del principio de congruencia, según el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*"⁸⁷, en consecuencia, la parte favorable de la sentencia de primera instancia debe permanecer incólume, y el recurso de apelación sólo se entiende interpuesto en lo desfavorable a la parte que lo haya incoado, por tanto, su situación podrá mejorar pero jamás hacerse más gravosa.

⁸² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17927.

⁸³ Inciso primero: "La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

⁸⁴ Constitución Política, artículo 31 y C.P.C. artículo 357.

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-474 de julio 29 de 1992, M.M.P.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero; y Sentencia SU-327 de julio 27 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1299 de diciembre 6 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; y Sentencia SU-1722 de 2000, M.P.: Jairo Charry Riva.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-327 de julio 27 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

En definitiva, en los términos de la Corte Constitucional⁸⁸, las características de la *no reformatio in pejus* son las siguientes: i) cuando la apelación se interpone exclusivamente por una de las partes, el juez de segunda instancia no puede empeorar su situación, agravando lo que le es desfavorable en la sentencia de primera instancia; ii) la competencia del juez de segunda instancia se adquiere sólo en los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el recurrente; iii) este principio impone al superior la prohibición de actuar ex officio y exige un carácter dispositivo; iv) la *no reformatio in pejus* opera sólo a favor de la parte recurrente.

Por otra parte, Sala observa que la parte actora solicitó en la demanda que se declarara la responsabilidad del Estado a título de falla del servicio. Al respecto, esta Sala ha determinado que los escenarios en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado se debe dar aplicación al principio *iura novit curia*, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o la motivación de la imputación aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión⁸⁹.

Por lo tanto, tal como lo determinado el precedente de la Corporación

*“(...) La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren (...)”*⁹⁰

La Sala analizará las pruebas que obran en el expediente para establecer si es posible imputar fáctica y jurídicamente el daño antijurídico a las entidades demandadas.

En el presente asunto, se reitera que la Sala encontró acreditado el daño antijurídico consistente en la lesión que sufrió el señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA en su ojo izquierdo el día 12 de febrero de 1996, así como también que dicho daño se produjo mientras el señor ORTEGA ARDILA prestaba servicio militar en el Batallón de infantería No. 40 “*Luciano D’ LUYER*”, con sede en San Vicente de Chucuri⁹¹.

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-751 de octubre 7 de 1999, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. En este sentido véase también: Sentencias SU-327 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz; SU-598 de 1995, M.P.: Hernando Herrera Vergara; T-481 de 1996, M.P.: Antonio Barrera Carbonell; T-113 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-009 de 1994, M.P.: Jorge Arango Mejía.

⁸⁹ Ver sentencias del Consejo de Estado Sección Tercera de 29 de agosto de 2007, expediente: 15494 y bajo la misma percepción la sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente: 17629. Así mismo, puede consultarse las sentencias de 3 de octubre de 2007, expediente 22655 y sentencia de 14 de agosto de 2008, expediente 16413.

⁹⁰ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero 1989, expediente: 4655. Así mismo se dijo en sentencia de 14 de febrero de 1995, expediente: S-123 que: *“(...) la Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio iura novit curia, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su causa petendi y son los precisados por el actor, y no otros (...)”*.

⁹¹ Fls. 11 y 40 a 43 del C. No. 1.

En efecto, en desarrollo de sus labores de limpieza de su uniforme, el señor ORTEGA ARDILA maniobró el líquido “*brilla metal*” que alcanzó su ojo izquierdo y le causó la lesión referida; tal como se señaló párrafos atrás, como consecuencia de dicha lesión, el paciente perdió totalmente la agudeza visual de su ojo izquierdo⁹² y le fue diagnosticada “*incapacidad relativa y permanente*” por cuanto se produjo “*una disminución de la capacidad laboral del sesenta punto cinco por ciento. (60.5%)*”⁹³.

A su vez, está debidamente demostrado que una vez el señor ORTEGA ARDILA sufrió tal accidente, inmediatamente fue conducido al dispensario de la Unidad adscrita a dicho batallón donde le fueron dispensados los Primeros Auxilios⁹⁴ y remitido al Dispensario de la BR5, lugar donde fue intervenido quirúrgicamente⁹⁵.

Sobre tales hechos, la sentencia de primera instancia declaró la responsabilidad del Ejército Nacional – Ministerio de Defensa por cuanto, en opinión del Tribunal, “[*r*]esulta claro que el hecho generador de la lesión tiene el carácter de accidental, pero la omisión de la Institución demandada se concreta en incumplir con el deber de brindarle la atención médica adecuada al soldado, como se desprende de lo anotado en la hoja de Remisión del Dispensario Médico Batallón Luciano D’elhuyar.” (Sic)

Al respecto, la Sala considera que si bien la hoja de remisión del paciente ALEXANDER ORTEGA ARDILA contiene la anotación según la cual la lesión que éste padeció “*no recibió tratamiento inmediato por especialista*”⁹⁶, dicha afirmación no está acompañada de soporte alguno, demostrada o justificada. Además, no obra prueba alguna en el expediente que al menos permita sospechar, y mucho menos concluir, que (i) tal acontecimiento configure falla del servicio alguna; (ii) que la falta de tratamiento especializado inmediato determinó la lesión sufrida por ORTEGA ARDILA o siquiera (iii) que concurrió con otros factores a agravar el daño por él padecido.

Así, la anotación marginal inserta en la hoja de remisión del paciente ALEXANDER ORTEGA ARDILA según la cual la lesión que éste padeció “*no recibió tratamiento inmediato por especialista*” en sí misma no permite predicar falla del servicio alguna imputable a la entidad demandada, y sí que menos demuestra por sí sola, o a la luz del acervo probatorio obrante en el expediente, que la pretendida falla del servicio determinó exclusiva o conjuntamente con otros factores la lesión padecida por el referido conscripto.

No obstante lo anterior, y en atención a la jurisprudencia reiterada de la Sala en estos casos, el daño antijurídico *sub examine* sí resulta imputable a la Nación bajo el título de daño especial⁹⁷, toda vez que el material probatorio devela que éste se produjo con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio. En efecto de la lectura del acervo probatorio allegado al expediente se concluye que la contingencia sufrida por el soldado ALEXANDER ORTEGA ARDILA se produjo

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Fls. 62 a 64 del C. No. 1.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Fls. 41 y 42 del C. No. 1.

⁹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Exp: 18.272; 28 de abril de 2010. Exp: 17.992. En ésta última providencia se reiteró: “...*resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque respecto de ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estaría sometido y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial*”. También puede consultarse la sentencia del 23 de junio de 2010. Exp: 18.570.

accidentalmente, durante el servicio y con ocasión del mismo, cuando éste ejecutaba sus funciones de mantenimiento y aseo de su uniforme militar.

Con fundamento en lo anterior, resulta evidente que en el presente asunto el daño encuentra sustento en el actuar de la Administración, de sometimiento al soldado conscripto a una carga mayor a la cual estaba obligado a soportar, cuando en cumplimiento de sus funciones relativas al mantenimiento de su uniforme militar sufrió el accidente en servicio.

En atención a los anteriores planteamientos, en el presente asunto hay lugar a declarar responsabilidad a cargo de la entidad demandada con fundamento en el daño especial.

6. Perjuicios

6.1. Morales

La sentencia proferida por el *a quo* reconoció en favor de JOAQUÍN ORTEGA ARDILA Y EUGENIA ARDILA MUÑOZ, padres de la víctima, la suma de 500 gramos de oro a título de daño moral; por el mismo concepto, condenó al pago de 800 gramos de oro a la víctima directa, señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA; y, finalmente, para ADIYADIRA ORTEGA ARDILA, ordenó el pago quinientos (500) gramos de oro para cada uno, en su condición de hermana de la víctima. En cuanto a YAMILE, CARMEN, MATILDE, RUBIELA ORTEGA ARDILA, hermanas también de la víctima, el *a quo* consideró que estas no acreditaron fehacientemente los perjuicios causados y no condenó al pago de perjuicios morales en su favor; por lo tanto, en razón del principio de la *no reformatio in pejus*, la Sala no se pronunciará sobre este punto.

Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala,

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”⁹⁸.

Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su arbitrio judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, para fundado en el principio de equidad alcanzar una cuantificación y liquidación justa de su indemnización.

Lo anterior, significa que el arbitrio judicial en materia de tasación y liquidación de los perjuicios morales no está sujeto a imposiciones jurisprudenciales, ni a limitaciones conceptuales, menos a aquellas con las que pueda socavarse no sólo su libre ejercicio por el juez, sino que se condicione de tal manera que se convierta

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

una construcción jurisprudencial en precedente cuando no tiene dicho alcance, implicando, además, en el fondo la generación de desigualdades e, incluso, de discriminaciones.

De ahí, pues, que como manifestación del arbitrio judicial se emplea (sin convertirse en regla normativa) la metodología del test de proporcionalidad, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad⁹⁹, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, con mínimos criterios objetivos, como por ejemplo: i) núcleo familiar; ii) relaciones afectivas; iii) relaciones de cercanía (no sólo material, sino desde la perspectiva de las relaciones que se logre establecer existía entre los miembros de la familia de la víctima o lesionado), y otras inherentes al concepto de familia, si que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden¹⁰⁰ que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y la imputación.

La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología en el ejercicio del arbitrio iudicis, tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales. Primero, se pidió progresivamente a los

⁹⁹ “La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.).

En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia”.

¹⁰⁰ Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.

jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto¹⁰¹. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza:

“Las cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.

El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará.

La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones¹⁰².

Lo anterior no implica apartarse de la construcción jurisprudencial que a partir de 2001 la Sección Tercera aplica de manera uniforme, al tener como factor para la tasación y liquidación de los perjuicios morales al salario mínimo mensual legal vigente, pero no puede comprenderse agotada en el mismo, sino que para responder al reto de no crear desigualdades entre los diferentes actores sociales que acuden a reclamar la indemnización por concepto de perjuicios morales, se emplea el “test de proporcionalidad” como la metodología con base en la cual cabe tasar y liquidar dichos perjuicios. Se reitera, por lo tanto, que con la determinación del factor de tasación y liquidación simplemente no se logra, aún, la consolidación de criterios objetivos con los que pueda apuntalarse la valoración, tasación y liquidación de los mismos, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y, a su vez, la ponderación y la razonabilidad con la que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “*cierta discrecionalidad*”.

Así mismo, para la tasación y liquidación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal. De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales reconocidos a los hermanos el test de proporcionalidad.

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la

¹⁰¹ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

¹⁰² TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

proporcionalidad¹⁰³ desde la perspectiva del juicio de igualdad¹⁰⁴, y de la necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción¹⁰⁵, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo valore, determine

¹⁰³ “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general - como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo” (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁰⁴ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

¹⁰⁵ Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales “es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto”. SOBREVILLA, David: “La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. “El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. N.23, 2011, p.327.

si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación¹⁰⁶ de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad. Luego, ante la potencial colisión de los derechos señalados que pueda representarse en la tasación y liquidación de los perjuicios morales atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando una mayor colisión de los mismos, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia¹⁰⁷ es que procede, dentro del arbitrio judicial, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente ponderación. De ahí que en la jurisprudencia constitucional se sostiene: *“Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada¹⁰⁸ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”¹⁰⁹.*

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala:

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente¹¹⁰, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas¹¹¹, el perjuicio estético causado¹¹² o el daño a la reputación¹¹³. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han

¹⁰⁶ “La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales”. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

¹⁰⁷ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

¹⁰⁸ Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹¹⁰ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

¹¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

¹¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro¹¹⁴¹¹⁵.

El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto¹¹⁶. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

¹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹¹⁶ La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. ARROYO JIMENEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). Ponderación y derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

De acuerdo con lo anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada “presunción de aflicción” la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial.

En este sentido, se establece la siguiente metodología para determinar el quantum indemnizatorio por concepto de perjuicios morales:

Supuesto de lesiones por concripto	Cuando opera la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente	Cuando opera y necesidad	Cuando opera la idoneidad (derivado de las relaciones afectivas y de cercanía normales y propias al núcleo familiar acreditado con el parentesco)
Núcleo familiar inmediato	60 SMMLV	20 SMMLV	10 SMMLV
Otros familiares	20 SMMLV	10 SMMLV	3 SMMLV

Con fundamento en lo anterior, el reconocimiento por concepto de perjuicios morales en favor de los demandantes es el siguiente:

NOMBRE	PARENTESCO	PERJUICIO MORAL (solicitado)	PERJUICIO MORAL (reconocido)
JOAQUÍN ORTEGA ARDILA	Padre	1000 gramos oro	40 SMMLV
EUGENIA ARDILA MUÑOZ	Madre	1000 gramos oro	40 SMMLV
ALEXANDER ORTEGA ARDILA	Victima directa	1000 gramos oro	60 SMMLV
ADIYADIRA ORTEGA ARDILA	Hermana	700 gramos oro	30 SMMLV

6.2. Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

La sentencia de primera instancia reconoció en favor de ALEXANDER ORTEGA ARDILA la cantidad de \$45.363.602 por concepto de lucro cesante y como en atención al principio de la *no reformatio in pejus* el juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del apelante único, pese a que la liquidación de perjuicios realizada por la Sala arroja un valor superior a la condena ordenada por el Tribunal, la Sala simplemente actualizará dicha condena. Así:

$$VA = VI (IF / II)$$

Donde,

VA: valor actual

VI: valor inicial, equivalente a la condena del tribunal de primera instancia \$ 45.363.602,75

IF: índice final, equivalente al IPC para la fecha del fallo (9 de mayo de 2012), esto es, 110.76.

II: índice inicial, equivalente al IPC de junio de 2001, esto es, 65.82.

En este orden, VA = VI (IF / II)
 VA = 45.363.602,75 (110.76 /65.82)
 VA = \$ 76.336.563,97

6.3. Daño a la salud: perjuicios fisiológicos¹¹⁷.

En el escrito de demanda, el actor solicitó el reconocimiento de “dos mil quinientos (2.500) gramos de oro fino a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, con motivo del perjuicio fisiológico o de la vida de relación que está padeciendo por el daño irreversible sufrido en su ojo izquierdo, el cual le imposibilita en grado sumo la visibilidad por dicho ojo”. Para la Sala es necesario delimitar el concepto y modalidades de los daños inmateriales, con el objetivo de superar la distinción que se hace entre perjuicio fisiológico, o la subsunción que se presentó entre éste y las alteraciones graves a las condiciones de existencia, estableciendo **que debe reconocerse un solo daño** que cubra todos los ámbitos propios al daño inmaterial, como puede ser con el denominado “daño a la salud”, lo que en criterio de la Sala resulta limitado y confuso, razón que lleva a exponer las siguientes consideraciones.

Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, que su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente, aunque con alcance colectivo, como el de la “salud” (Artículo 49 C.P.), y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la “correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla”. En el fondo, **es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño**, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud “en sí mismo”. No obstante, debe advertirse que su aparición en la escena de la teoría de la responsabilidad civil se produjo como consecuencia directa del progreso que demandaron las sociedades opulentas, en las que se redefinieron y emergieron nuevas necesidades y exigencias para su mundo vital.

Siendo esto así, no cabe duda que el daño a la salud, conceptualmente visto, permite introducir una nueva categoría de bienes de consumo, subordinada a la

¹¹⁷ Posición reiterada en sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección C del 19 de octubre de 2011, Expediente 20862.

“integridad psico-física”. El peligro de una concepción de este tipo se encuentra en la posibilidad de albergar una tutela indiscriminada. Por esto, su consideración ha exigido estudiar la relación bienestar económico y aumento resarcitorio por daños a la persona, como una decisión de responsabilidad fiscal que no puede eludirse, más cuando se trata de comprometer el patrimonio estatal.

Debe, por lo tanto, sostenerse que la aparición del daño a la salud se produce como consecuencia del progreso y avance de la sociedad tecnológica, por el aumento de las lesiones resarcibles y la tendencia a reparar el daño, en cualquier caso, por el cambio que se vino a presentar en el pensamiento liberal individualista.

Hasta aquí, se ha intentado precisar el surgimiento del daño a la salud como tipo que comprenda a los daños y perjuicios inmateriales, pero es necesario consolidar su estructuración en el derecho de daños. En ese sentido, y desde la perspectiva de la reparación, no puede asimilarse como daño la lesión a la integridad física, las consecuencias que de la misma lesión deriven. De ahí que no pueda confundirse el denominado “daño-evento” y el “daño-consecuencia”, ya que identificar el daño con la lesión de un interés no es de recibo en la teoría de la responsabilidad.

Por lo anterior, debe establecerse una aproximación a las posiciones que se han sostenido en cuanto al daño a la salud como modalidad única: i) la primera hace énfasis en la necesidad de identificar en el hombre, en el ser humano, un “valor capital”, un “valor intrínseco” que pueda ser valorizable; ii) para otra posición doctrinal, lo esencial es ampliar el concepto de patrimonialidad a los intereses personales.

Conforme a ellas, también es necesario diferenciar los padecimientos de ánimo y la lesión propiamente al derecho a la salud (como expresión del daño a la salud): i) los padecimientos hacen parte del universo de lo sensorial y sentimental, lo que hace que su expresión sea plenamente individualista, lo que dificulta su tasación con base en criterios objetivos; ii) lo anterior hace diferenciar al daño a la salud, el cual debe permitir, en principio, una valoración homogénea.

Cabe, además, precisar el alcance del daño a la vida de relación que ha sido superada en el precedente jurisprudencial sin mayor claridad. Sin duda, se trata de un concepto indeterminado, que permitió (como un contenedor) introducir una amalgama o diversidad de perjuicios que no se traducían en la esfera patrimonial del sujeto.

Este daño a la vida de relación se asoció, inicialmente, a la lesión corporal que sufría una persona, que le impedía desarrollar actividades diferentes a las laborales (de recreación, social, etc.) que desarrollaba antes de causar el daño. Dicha definición puede descomponerse de la siguiente manera: i) menoscabo a la capacidad de concurrir a las relaciones sociales y económicas; ii) afectación peyorativa de la capacidad psicofísica que influye el desarrollo de actividades complementarias o integradoras, respecto a la actividad laboral normal; iii) para resarcirlo debe haber, por lo menos, un ligamen indirecto con un interés patrimonial; iv) sin duda, es un perjuicio que tiene un profundo carácter clasista¹¹⁸.

¹¹⁸ No podía “consistir en el mero perjuicio de la llamada vida en sociedad o en la perturbación de las relaciones mundanas del sujeto pasivo, hasta llegar a considerarse proporcional [el daño] a la importancia de los ambientes sociales que se frecuentan o, a los ingresos de las personas con las que se tienen relaciones de amistad”. CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia

De igual manera, es necesario precisar el alcance del “daño existencial” considerado, en principio, como aquel deducido de las repercusiones negativas en la calidad de vida de la persona. Se entiende, pues, como un daño que se expresa en la “esfera de desarrollo existencial del hombre”¹¹⁹. Dicho daño impone, a su vez, serios reparos: i) permitiría un trato discriminatorio, ii) el “no tener un parámetro objetivo para medir el daño existencial dificulta su reparación, pues la convierte en una reparación presunta”¹²⁰; iii) se “acusa la inflación injustificada de los rubros de daño extrapatrimonial, dado que aquello que él vendría a reparar estaría ya contenido dentro de las otras categorías reconocidas por el sistema, específicamente en la categoría constituida por los intereses de la persona constitucionalmente protegidos”¹²¹, y; iv) finalmente, se “elevarían a la categoría de perjuicio, otorgándoseles la correspondiente tutela resarcitoria, consecuencias que no parecen tener esa connotación jurídica (los llamados “daños bagatelares”), dado que no provienen de la lesión a un derecho constitucional”¹²².

En cuanto a las alteraciones a las condiciones de existencia, su aproximación mejor elaborada en la doctrina francesa indica que se trata de “una modificación anormal que afecta el curso de la existencia... en sus ocupaciones, sus hábitos o sus proyectos”¹²³. En la actualidad, se concibe que constituya “apenas una fórmula que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios... Es decir, no constituyen en sí mismos una categoría autónoma de perjuicio... Por el contrario, dicha ‘fórmula’ aparece, por ejemplo, en la definición de los siguientes perjuicios o prospectos de perjuicios: *préjudice fonctionnel d’agrément*¹²⁴, *préjudice d’accompagnement*¹²⁵ y *préjudice fonctionnel permanent*”^{126 127}.

Dicho lo anterior, no cabe menos que reiterar que el daño a la salud como “daño integrador y único” se encuentra representado por la lesión en la función vital y

italiana, ¿un modelo para América Latina?. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp.159 y 160.

¹¹⁹ En la jurisprudencia del derecho comparado cabe encontrar dos pronunciamientos: “todo perjuicio [provocado]... alterando sus hábitos de vida y los aspectos relacionales que le eran propios, perturbando su propia cotidianeidad y privándolo de ocasiones para la expresión y la realización de su personalidad en mundo externo”. Así mismo, se agrega: “el daño existencial se funda sobre la naturaleza no meramente emotiva y ulterior (propia del daño moral), sino que objetivamente relacionado al perjuicio”. ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sez Un, 24 marzo 2006. No.6572.

¹²⁰ CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?., ob., cit., p.162.

¹²¹ KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”, en *Revista de Derecho Privado*. No.15, 2008, p.152

¹²² KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”, ob., cit., p.152.

¹²³ CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. París, LGDJ, 1954, p.414. El precedente de la Sala señala: “El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de 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 o 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”. Sentencias de 19 de julio de 2000. Exp.11842; de 15 de agosto de 2007. Rad. Ag-385; 2 de septiembre de 2009. Exp.17827.

¹²⁴ Informe DINTILHAC, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011).

¹²⁵ Informe DINTILHAC, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011)]

¹²⁶ Informe LAMBERT-FAIVRE, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011)].

¹²⁷ “KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit.

relacional del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad¹²⁸ y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva”¹²⁹), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

El riesgo de identificar las dos características señaladas se encuentra en la tendencia a considerar el daño a la salud como un contenedor donde puede caber todo lo que no tiene carácter o esencia patrimonial, reiterándose que se trata de **un solo rubro indemnizatorio**.

Por lo tanto, es necesario contener la proliferación de nuevas figuras de daño, de manera que se admita todo tipo de pretensiones que no cuentan con un respaldo y legitimidad, especialmente en el marco de su alcance social. Así mismo, debe evitarse que esta situación convierta en ilimitado al contencioso. De ahí, pues, que se invoque la necesidad de identificar y jerarquizar los “intereses resarcibles”¹³⁰. En reciente precedente jurisprudencial italiano se dijo que,

“En la actual configuración del ordenamiento, en el cual asume posición preeminente la Constitución –cuyo, art.2, reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre-, el daño no patrimonial debe ser entendido como categoría amplia, comprensiva de toda hipótesis en virtud de las cuales son lesionados derechos inviolables inherentes a la persona constitucionalmente garantizados así no tuvieren naturaleza económica, con subsumiéndose en el daño moral subjetivo”¹³¹.

La búsqueda del fundamento constitucional del daño a la salud puede llevar en nuestro ordenamiento jurídico a convertirlo en un *damnum maius*, que requiere ser decantado, so pena de distorsionar el concepto de resarcimiento, y así mismo condicionar la aplicación del principio de reparación integral.

En el derecho comparado, no hay duda, no en nuestro sistema jurídico, que el daño a la salud vino a absorber las categorías que existían en materia de daños no patrimoniales, estableciéndose como modo de “valoración de las consecuencias negativas que una lesión a la integridad psicofísica de la persona podría llegar a producir sobre el ‘valor hombre, entendido en toda su complejidad”.

El otro problema se encuentra a qué reparación debe obedecer el daño a la salud¹³², lo que se responde afirmando que no puede ser otra, como lo señala la doctrina, que la “satisfacción”, o lo que otros denominan la “indemnización

¹²⁸ Lo que hace que se preserve como tendencia un modelo de derecho de daños que favorece a la víctima, que busca la reparación de los “*sinsabores de la existencia humana*”. KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, en *Revista de derecho privado*. No.18, 2010. Como crítica puede verse FABRE-MAGNAN, M. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*. París, PUF, 2007, p.123.

¹²⁹ KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit

¹³⁰ Entonces, mientras en Francia la ciencia jurídica se concentra en los tipos de daños... reparables y no en los intereses o derechos que con su consagración pretenden tutelarse (por ej., no se habla tanto del derecho a la integridad física sino del daño corporal), en otros derechos (como el alemán o el italiano) en cambio, el acento se pone es en el “elenco” de intereses jurídicamente tutelados (cuya agresión delinea a posteriori el daño). KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit.

¹³¹ ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza 31 maio 2003. No.8828.

¹³² El daño a la salud al hacer parte de los daños no patrimoniales debe tener en cuenta que el “*concepto de esta clase de daños aparece indisolublemente unido con el problema de su reparación*”. FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1928, p.222

satisfactoria”¹³³, de manera que se “trata más bien de una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado”¹³⁴. Esto lleva, indudablemente, a convertir al instituto de la responsabilidad en un ámbito dirigido indefectiblemente a la reparación, de manera permanente¹³⁵.

A las dificultades que representa la consideración y la construcción de la figura del daño a la salud, que en la doctrina y la jurisprudencia nacional no se ha terminado de decantar, se agrega la necesidad de fundamentar dicho daño en el concepto de “suma de las funciones naturales” como común denominador de este tipo de daño.

De acuerdo con lo anterior y apoyados en la doctrina, se formula la siguiente noción del daño a la salud:

*“... cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos”*¹³⁶.

Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, que desde comienzos de los años noventa en el derecho comparado, especialmente, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano se dijo:

*“... el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo... La consideración de la salud como un bien y un valor persona, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades, las situaciones y las relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida”*¹³⁷.

Por esto, se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud, que a su vez, constituyen la base para elaborar el test de proporcionalidad al que se sujetará la tasación de este tipo de perjuicio: i) responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”, y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea

¹³³ Lambert-Faivre señala: “¿Cuál es el valor monetario de una amputación?, ¿de una parálisis?, ¿de una ceguera?, ¿de un sufrimiento? [E]n materia de daños corporales, más allá de los perjuicios puramente económicos (gastos de cura, honorarios profesionales) es la esencia misma de la persona víctima, cuerpo y alma, la que es lesionada por los daños que se llaman morales o personales o extrapatrimoniales”. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. “Droit du dommage corporel”, en VINEY, Geneviève; MARKESINIS, B. *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*. París, 1985. “Hay quien sostiene que la indemnización en dinero de daños no patrimoniales representa un absurdo, toda vez que los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incomparables, y que jamás pueden <<indemnizarse>> en metálico estos bienes humanos, como se indemniza el patrimonio”. FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*., ob., cit., p.225.

¹³⁴ FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*., ob., cit., p.227.

¹³⁵ Según Lapoyade Dechamps: “toda vez que el hecho generador y el nexa causal pasan a segundo plano, el derecho de la responsabilidad civil ¿no está llamado a convertirse, insensiblemente, en un derecho de la reparación?”. LAPOYADE DECHAMPS, Ch. “Quelle (s) réparation(s)?”, citado en CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*., ob., cit., p.51.

¹³⁶ CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*., ob., cit., p.132.

¹³⁷ ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 18 luglio 1991.

independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.

Indemnizado	Responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”	Considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.	Se cumplen los dos criterios
Alexander Ortega Ardila		No hay prueba	Solo se cumple uno de los dos criterios
	70 smlmv	0	

En ese orden, la Sala considera que una tasación adecuada de los perjuicios fisiológicos reclamados por Alexander Ortega Ardila con ocasión de las lesiones que sufrió, será la suma de setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la Sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades: a ALEXANDER ORTEGA ARDILA, el equivalente en pesos a 60 SMLMV, en su condición de lesionado; a JOAQUIN ORTEGA ARDILA, 40 SMLMV, en su condición de padre del lesionado; a EUGENIA ARDILA MUÑOZ, 40 SMLMV, en su condición de madre del lesionado; a ADIYARA ORTEGA ARDILA a 30 SMLMV, en su condición de hermana del lesionado.

TERCERO. CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL a pagar al señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA la cantidad de 70 SMLMV por concepto de daño a la salud.

CUARTO. CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL a pagar al señor ALEXANDER ORTEGA ARDILA la cantidad de \$ 76.336.563,97 por concepto de lucro cesante.

QUINTO. DESE cumplimiento a la sentencia en la forma estipulada en los art. 176 y 77 del CCA., entregándose copia de la misma a las partes de conformidad con el art. 115 del C.P.C.

SEXTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: REMÍTASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

ENRIQUE GIL BOTERO
Consejero

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

PERJUICIOS MORALES – Liquidación. Al establecer criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador

Si bien comparto la parte resolutive de la misma, me aparto de la forma en la que se invita a liquidar los perjuicios morales a manera de test, por cuanto al establecer unos criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador, y en cierta medida, se establece una tarifa legal. (...) La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. (...) A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa. (...) la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidados en salarios mínimos. (...) es numerosa la producción jurisprudencial y doctrinaria que coincide, en su mayoría, en la inconveniencia, dentro del ámbito jurídico y del sistema económico, de la formulación e imposición de elementos o variables objetivos que permitan una medición dineraria definida del valor dañoso. Lo anterior, por cuanto dicha función precisamente se encuentra en cabeza del juez quien goza de discrecionalidad judicial, facultad también conocida como arbitrium iudicis, o arbitrio juris. (...) En conclusión, este Despacho entiende que el test a través del cual la sentencia invita a liquidar los perjuicios morales, es consecuencia de la discrecionalidad judicial del Magistrado Ponente, y en ningún caso obliga a la Sección a formular criterios objetivos ni a tasar los perjuicios siguiendo los parámetros y valores por él propuestos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 68001-23-15000-1997-3572-01(22366)

Actor: ALEXANDER ORTEGA ARDILA Y OTROS

Demandado: EJERCITO NACIONAL - MINISTERIO DE DEFENSA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto con relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto, si bien comparto la parte resolutive de la misma, me aparto de la forma en la que se invita a liquidar los perjuicios morales a manera de test, por cuanto al establecer unos criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador, y en cierta medida, se establece una tarifa legal. En la sentencia se estableció que el fundamento de este test comprende tres sub principios, siendo estos, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto, al tenor se dijo:

1. En cuanto a la idoneidad, *“(...) debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego”.*

2. En cuanto a la necesidad, *“(...) la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad”.*

3. Por último, en relación con la proporcionalidad, la sentencia explica que *“(...) con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se*

produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto”.

Todo lo anterior, para concluir que la liquidación de los perjuicios para los familiares inmediatos y cónyuge se hará en los siguientes términos:

- En los casos en donde esté demostrado el requisito de **idoneidad**, si se comprueba la convivencia se reconocerá una suma de 50 SMMLV, si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía la suma de 10 SMMLV, y con la simple presunción del Registro Civil 5 SMMLV.
- Si adicionalmente se encuentra conjugado el criterio de **necesidad** la liquidación será de 80 SMMLV si se comprueba la convivencia, 20 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 10 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil.
- Finalmente, si del estudio del acervo probatorio se encuentran reunidos los tres criterios descritos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), la liquidación ascenderá a 100 SMMLV siempre que se pruebe la convivencia, 50 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 25 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil.

No se comparten dichas conclusiones por las siguientes razones:

1. La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. En efecto, debido a consideraciones éticas y jurídicas se consideraba que el dolor no tenía precio¹³⁸ y que la dignidad estaba por encima de cualquier tasación pecuniaria. No obstante, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia a través del famoso caso Villaveces¹³⁹, ordenó, por vez primera, el resarcimiento del daño moral sufrido por el actor, quien demandó al municipio de Bogotá para que le fueran reconocidos los perjuicios causados con ocasión de la destrucción del mausoleo en el que se encontraba enterrada su esposa, cuyos restos mortales fueron depositados en una fosa común.

En efecto, se consideró que la reparación del daño moral pretendía reconocer el dolor sufrido (*pretium doloris*), dolor que en ningún caso se aspira pagar, pero sí aligerar, de acuerdo con el valor determinado por dictamen pericial; así las cosas, el dinero cumpliría no sólo la función de equilibrar el patrimonio menoscabado, sino que apostaría también por satisfacer el sufrimiento ocasionado¹⁴⁰.

2. Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad reconocidas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona¹⁴¹, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos¹⁴² o amigos

¹³⁸ La jurisprudencia francesa consideró, hasta 1961 con la providencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre del mismo año – LETISSERAND-, que las lágrimas nunca se amonedan (*les larmes ne se monnayent point*) y por consiguiente se reusaba a reparar el daño causado por el dolor moral.

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia; Sala de casación civil; Sentencia del 22 de agosto de 1924; M.P. Tancredo Nannetti; Gaceta judicial T XXI. p. 82.

¹⁴⁰ Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II.

¹⁴¹ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de noviembre de 1933; M.P. Enrique Becerra; Gaceta judicial T. XXXIX. P. 197.

¹⁴² Presunción del dolor que sufren los parientes próximos de una víctima, de acuerdo con lo consignado en la sentencia del 28 de octubre de 1942, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Anibal Cardoso.

que demuestren la intensidad de la afectación¹⁴³, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas.

3. Para su tasación, en principio, se siguió lo que definiera el dictamen pericial cuya práctica se ordenara con el fin de tasar el daño moral. Posteriormente, en virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el arbitrio judicial para cuantificar el perjuicio moral¹⁴⁴, no obstante poderse valer de peritos para determinar la existencia misma y la intensidad del sufrimiento alegado con el daño causado. Para lograrlo, se siguió lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal de 1936, en virtud del cual en caso de no ser fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por un delito, el juez tenía la potestad de fijar el monto (*quantum*) de la indemnización sin exceder de la suma de dos mil pesos, de acuerdo con su prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, teniendo siempre en cuenta la intensidad del daño que se encuentre demostrada dentro del proceso.

4. En virtud de esta potestad, desde el año 1941, correspondió a la sana crítica del juzgador, evaluar los elementos probatorios que le permitieran tasar los perjuicios cuya cuantificación, si bien no estaba constreñida a respetar el tope máximo descrito en el artículo 95 del Código Penal citado, sí debía servirse del mismo para fallar. No obstante, en sentencia del 27 de septiembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia condenó al pago de treinta mil pesos por lo que consideró el más alto dolor por la muerte de un ser querido, subrayando que el tope máximo al que hace referencia el Código Penal, solamente sirve para tasar los perjuicios ocasionados con la comisión de un delito y en ningún momento restringe la potestad del juez de reconocer mayores valores. Y no podía ser de otra forma, cuando el propio Código Civil (artículo 17) prohíbe al juez proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

En efecto, el Consejo de Estado ha impuesto condenas, en contra de la administración, superiores a las cifras utilizadas por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la aflicción, el dolor, las consecuencias y las limitaciones causadas a los afectados¹⁴⁵, argumentando que el daño es una situación de facto que debe ser reconocida en sus justas proporciones siempre que se encuentre probado.

5. A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa¹⁴⁶. Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Sentencia del 13 de mayo de 1988; M.P. Alejandro Bonivento Fernández. Y Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 12 de marzo de 1937; M.P. Pedro Gómez Naranjo.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de junio de 1941; M.P. Hernán Salamanca.

¹⁴⁵ Ver. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1992; Exp. 6477; C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre de 1997; Exp. 10421; C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de julio de 2000; Exp. 11842; C.P. Alier Hernández Enríquez. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2011; Exp. 13232-15646 C.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia del 19 de octubre de 2007; C.P. Enrique Gil Botero; Exp. 29273.

¹⁴⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646; C.P. Alier Eduardo Hernández

entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidados en salarios mínimos.

6. A propósito de la tasación del daño moral en términos de precio, es numerosa la producción jurisprudencial y doctrinaria que coincide, en su mayoría, en la inconveniencia, dentro del ámbito jurídico y del sistema económico, de la formulación e imposición de elementos o variables objetivos que permitan una medición dineraria definida del valor dañoso. Lo anterior, por cuanto dicha función precisamente se encuentra en cabeza del juez quien goza de discrecionalidad judicial, facultad también conocida como *arbitrium iudicis*, o *arbitrio juris*.

Por ejemplo, la jurisdicción contenciosa argentina ha sostenido que *“El daño moral se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quien lo sufre; la comisión de un acto antijurídico permite por sí sola presumir su existencia. La evaluación del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, corresponde a los jueces establecer prudentemente el quantum indemnizatorio tomando en cuenta su función resarcitoria, el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin que quepa establecer ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral”*¹⁴⁷.

En el mismo sentido, *“El daño moral tiene una naturaleza resarcitoria, y para fijar su quantum no es menester recurrir inexorablemente a criterios puramente matemáticos, ni es necesaria una estricta correspondencia con otros rubros indemnizables, que, incluso, pueden no llegar a existir; sin embargo la circunstancia de que, por aplicación de tales principios, la estimación del monto no se encuentre sujeta a parámetros fijos, y sí, en cambio, a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares del caso y en la magnitud de los intereses extrapatrimoniales comprometidos, no significa que por esas vías se logren beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos”*¹⁴⁸.

7. De acuerdo con lo anterior, este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test de proporcionalidad que permite tasar los perjuicios a ser reconocidos a título de perjuicios morales a través de una tabla que impone valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación.

8. En esta materia, no hay verdades absolutas, cada caso en concreto que se estudia y analiza es un universo totalmente independiente, y ello se vislumbra con mayor claridad al momento de la tasación o quantum de los perjuicios y riñe con la realidad la tabla que se propone en el fallo que se aclara, sea tenida en cuenta para la fijación del monto de los perjuicios morales y hacerla extensiva a todos los casos, sería fijar unas condiciones de manera matemática y poco flexibles, cuando la vida diaria demuestra que aquellas pueden ser distintas en cada caso particular.

Así las cosas, es en este escenario, en el que interviene la función del juzgador, quien en su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere

¹⁴⁷ CFed San Martín 8/11/91, “B.,J.O. c/Transportes automotores Lujan SA”, LL,1992-C-570.

¹⁴⁸ CNContAdmFed, Sala I, 25/6/91, “M.,N.V y otro c/Estado nacional/Policia Federal y otro”, LL,1992-E-53, con nota de Sandra Wierzba y Silvia A Muller.

más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado.

En efecto, si bien lo ideal es que los núcleos familiares se mantengan unidos, la unión no debe estar determinada por la mera convivencia pues es bien sabido que existen lazos cuya fortaleza se intensifica cuando, precisamente, no se vive bajo el mismo techo (padres separados, padres que por cuestiones laborales deben trasladar su residencia a otra ciudad o país, hijos que por razones académicas se trasladan a otra ciudad o país, etc.).

Adicionalmente, dicho test, en la forma en la que se realiza en la sentencia, deja por fuera de toda consideración a quienes acuden a la jurisdicción ya no en su calidad de familiares sino en calidad de damnificados.

Ahora bien, en cuanto a lo relacionado con los perjuicios a decisión ocasionados por el daño a la salud, a pesar de estar de acuerdo con la decisión adoptada en el presente proceso, nos apartamos de la aplicación del test de proporcionalidad utilizado para la su cuantificación, esencialmente por cuanto en la providencia mediante la cual esta Sala modificó la posición anterior respecto del perjuicio fisiológico se tuvo en cuenta que para efectos de la estimación de los perjuicios se adoptara un criterio más objetivo, basado en principio en la calificación de la incapacidad médica al cual debe unirse un aspecto subjetivo que cobije otros factores, posición que creemos se desfigura con la aplicación del test de proporcionalidad propuesto en esta sentencia.

Adicionalmente aunque compartimos la idea de que el bien jurídico de la salud constituye un valor en sí mismo, en nuestro criterio ello no implica que deba ser desligado totalmente de aspectos como la posición de la víctima y su capacidad de generar beneficios económicos ya que ello resulta en contradicción con la tesis según la cual resulta fundamental el dictamen sobre la incapacidad médica.

En conclusión, este Despacho entiende que el test a través del cual la sentencia invita a liquidar los perjuicios morales, es consecuencia de la discrecionalidad judicial del Magistrado Ponente, y en ningún caso obliga a la Sección a formular criterios objetivos ni a tasar los perjuicios siguiendo los parámetros y valores por él propuestos.

En estos términos dejo presentada mi aclaración al fallo proferido por la Sala.

Con toda consideración y respeto,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

FALLA DEL SERVICIO - No es único título de imputación de responsabilidad

Me aparto del planteamiento así esbozado, pues estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (...) No es que el legislador

y el juez hayan construido una teoría acerca de los títulos de imputación, de forma caprichosa, sino que tal estructura y contenido, tienen su fundamento en el hecho de que, en ciertas ocasiones, no es posible endilgar responsabilidad bajo un esquema subjetivo, comoquiera que desde ciertos supuestos el actuar diligente o cuidadoso de la persona frente a quien se endilga responsabilidad, no es trascendente para efectos de enervar la pretensión resarcitoria. (...) no es aceptable que se asimile la responsabilidad de tipo objetivo con la figura del seguro o el reaseguro, en atención a que el derecho de daños contiene disímiles fundamentos conceptuales y prácticos que diferencian cada escenario. En consecuencia, restringir la responsabilidad del Estado sólo a aquellos eventos en que se acredite un comportamiento inadecuado, negligente, descuidado o ilegal, implica una significativa limitación a los estándares modernos del derecho de la responsabilidad que avalan la posibilidad de que se irroguen daños en el ejercicio de actividades lícitas.

PERJUICIOS MORALES - Su liquidación debe ceñirse a la aplicación del criterio de arbitrio iuris / PRINCIPIO ARBITRIO IURIS - Aplicación en la liquidación de perjuicios morales

En mi criterio, la providencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, (...) la aplicación –a mi modo de ver inadecuada– del principio de proporcionalidad o de ponderación para la fijación del monto o quantum indemnizatorio del perjuicio moral debió ser sometida a consideración de los miembros de la Sala Plena de la Sección Tercera, ya que supone un drástico giro respecto del criterio jurisprudencial transcrito. (...) estoy convencido que el perjuicio o daño moral a diferencia de lo sostenido en la sentencia no puede ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables. (...) el manejo del principio de proporcionalidad que se refleja en la sentencia es inadecuado, ya que no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y mucho menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador. Por el contrario, el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es la de cubrir con un velo de “aparente” o “presunta” objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del arbitrio iuris. (...) Así las cosas, la supuesta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un equivocado argumento que consiste en equiparar el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad. (...) El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley.

PERJUICIOS - Daño en la salud. No es procedente aplicar el test de proporcionalidad / DAÑO A LA SALUD - Liquidación de perjuicios No es procedente aplicar el test de proporcionalidad

En mi concepto en la providencia en mención, en primer lugar no se realiza un estudio juicioso de lo que se denomina elementos que integran el daño a la salud, ni de la forma en que ellos se aplican en virtud del principio de proporcionalidad. (...) se ha debido tener en cuenta el precedente acogido por la Sección Tercera, en relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, precisado en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 68001-23-15000-1997-3572-01(22366)

Actor: ALEXANDER ORTEGA ARDILA Y OTROS

Demandado: EJERCITO NACIONAL - MINISTERIO DE DEFENSA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Con el acostumbrado respeto por la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien, comparto la decisión adoptada el 9 de mayo de 2012, me aparto de algunos temas y consideraciones de la parte motiva.

1. Contenido y alcance de la decisión materia de aclaración de voto

En relación con la falla del servicio como título jurídico de imputación, el principio de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales y el I daño a la salud, la posición mayoritaria puntualizó:

“Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla del servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla

con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho” (folio 22 de la providencia).

De otro lado, en lo que concierne a la reparación del perjuicio moral se argumentó en el sentido que éste se determinaría de conformidad con el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, se expuso una metodología para establecer el *quantum* indemnizatorio de acuerdo con un sistema escalonado que se presenta a través de cuadros, con empleo del modelo cartesiano, y que tiene en cuenta los siguientes escenarios o hipótesis (folios 31 a 41 de la providencia):

1) Si sólo se cumple con el requisito de idoneidad, habrá lugar a verificar si el peticionario es un familiar inmediato, u otro familiar. Bajo este escenario la indemnización máxima podría llegar hasta 10 SMMLV, si se trata de un familiar inmediato, mientras que la mínima sería de 3 SMMLV si quien reclama es otro familiar.

2) Si concurren los requisitos de idoneidad y necesidad, la liquidación se haría con fundamento en las mismas variables pero, en este supuesto, la reparación podría llegar hasta 20 SMMLV para los familiares inmediatos, y el mínimo, al igual que en el escenario anterior sería de 10 SMMLV.

3) Si se validaran los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, la indemnización podría llegar hasta 60 SMMLV cuando el daño lo padece un familiar directo, y el monto mínimo sería de 20 SMMLV si sólo se acredita otro parentesco.

Respecto del daño a la Salud señala que:

“Por esto, se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud, que a su vez, constituyen la base para elaborar el test de proporcionalidad al que se sujetará la tasación de este tipo de perjuicio: i) responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”, y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.

Indemnizado	Responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”	Considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.	Se cumplen los dos criterios
Alexander Ortega Ardila			Solo se cumple uno de los dos criterios
	70 smlmv	0	

2. 2. Razones y fundamentos de la aclaración

Discrepo de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y de la lógica transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

2.1. Título jurídico de imputación del daño

Pareciera que la posición mayoritaria se orienta a definir todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de la verificación o no de la falla del servicio, toda vez que en la parte motiva se señala, como *obiter dictum* y, a mi modo de ver, con desconocimiento de las implicaciones que ello acarrea, que “[e]n concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla del servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos...”.

En otros términos, la Sala evidencia la construcción de una línea de jurisprudencia a partir de la cual, la falla del servicio se erigiría como el único título de imputación, en aras de evitar que la institución de la responsabilidad se convierta en una “herramienta de aseguramiento universal” (página 23).

Me aparto del planteamiento así esbozado, pues estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *A contrario sensu*, considero que la formulación de otros títulos de imputación (v.gr. los de naturaleza objetiva), ha sido definida en la mayoría de los casos por el legislador, o por la jurisprudencia, en atención a determinados hechos o circunstancias que, por su propia lógica, ameritan que el análisis de la discusión sea examinado sin consideración alguna al elemento subjetivo (culpa o falla) del sujeto de derecho demandado.

No es que el legislador y el juez hayan construido una teoría acerca de los títulos de imputación, de forma caprichosa, sino que tal estructura y contenido, tienen su fundamento en el hecho de que, en ciertas ocasiones, no es posible endilgar responsabilidad bajo un esquema subjetivo, comoquiera que desde ciertos supuestos el actuar diligente o cuidadoso de la persona frente a quien se endilga responsabilidad, no es trascendente para efectos de enervar la pretensión resarcitoria.

Desde la perspectiva personal, no pretendo discutir el contenido y alcance que se le ha dado al artículo 90 de la Constitución Política, por parte de esta Corporación, esto es, que la falla del servicio continúa siendo el título de imputación por excelencia y que, de manera excepcional, deben ser definidas las controversias a partir del régimen objetivo; no obstante lo anterior, debo defender la idea según la cual existen eventos, decantados por la jurisprudencia, en los cuales el litigio debe ser definido a través de títulos de naturaleza objetiva, de manera principal, por razones jurídicas o motivos de solidaridad, igualdad y equidad¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación puntualizó:

“La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las

En esa línea de pensamiento, estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio en aquellos eventos en que, del análisis del proceso, aparezca claro el acaecimiento de la misma y, por consiguiente, haya lugar a declararla, puesto que esta interpretación se acompasa con la aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). No obstante lo anterior, discrepo de la hermenéutica plasmada en la providencia, en cuanto pretende restringir la responsabilidad a la constatación de una falla del servicio (escenario subjetivo), lo que supondría un retroceso jurisprudencial de varias décadas, ya que esta Jurisdicción ha avanzado significativamente en el reconocimiento y delimitación de títulos objetivos de responsabilidad estructurados en la noción de riesgo excepcional y del daño especial, este último bajo la égida de que actuaciones lícitas y legítimas de la administración pueden romper el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En efecto, los títulos de imputación de carácter objetivo no pretenden fijar una responsabilidad automática o absoluta de la administración pública –a diferencia de un sistema de aseguramiento universal o de fondos de solidaridad– sino de un esquema en el que el fundamento normativo de la reparación integral de la lesión antijurídica no se define única y exclusivamente en comportamientos culposos de la organización estatal.

De allí que, las afirmaciones que se realizan en el fallo desconocen un principio que se trasunta de las construcciones teóricas que se han desarrollado por esta Corporación desde 1947, según el cual, se itera, el Estado puede desencadenar daños antijurídicos con su comportamiento lícito y legítimo, bien porque introduce un riesgo a la sociedad que concreta un daño o porque con su comportamiento adecuado y legal rompe de manera grave el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En ese orden de ideas, no es aceptable que se asimile la responsabilidad de tipo objetivo con la figura del seguro o el reaseguro, en atención a que el derecho de daños contiene disímiles fundamentos conceptuales y prácticos que diferencian cada escenario.

En consecuencia, restringir la responsabilidad del Estado sólo a aquellos eventos en que se acredite un comportamiento inadecuado, negligente, descuidado o ilegal, implica una significativa limitación a los estándares modernos del derecho de la responsabilidad que avalan la posibilidad de que se irroguen daños en el ejercicio de actividades lícitas.

Como corolario, es preciso que la Subsección o el pleno de la Sección Tercera reflexione sobre el contenido y alcance de los argumentos que defiende la providencia, en tanto se estaría modificando sustancialmente la hermenéutica del artículo 90 de la Constitución Política que ha prohijado la aplicación no sólo de títulos de imputación subjetiva (falla del servicio), sino de igual forma de carácter objetivo como son el riesgo excepcional y el daño especial.

2.2. Principio de proporcionalidad en la liquidación del perjuicio moral

personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes.

Por último, es preciso advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia para la liquidación de los perjuicios morales no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un *obiter dictum* que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia.

En ese orden de ideas, es preciso advertir que el principio de proporcionalidad que se prohíja en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el *arbitrio juris*, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética.

En mi criterio, la providencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurió de la siguiente forma:

“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente folio o certificado, es porque se cumplieron los requisitos ya indicados para que pueda darse fe del nombre de la madre del inscrito, y en cuanto al padre, porque aquél nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por éste o se declaró judicialmente su paternidad.

“Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.

“(…) Demostradas las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante con Luis Alfonso Ríos González, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte de éste; puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora. Bastarían, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. No obstante, al respecto, obran también en el proceso los testimonios de José Leonardo Buitrago Morales y Alexander Marín Salazar, amigos de la familia de la víctima (folios 69 a 75 del cuaderno 2), que demuestran, de manera directa, la existencia y la intensidad del perjuicio sufrido.

“(…) Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

“Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones; así se desprende claramente de su texto...

“En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral.

“Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

“Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su

mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”¹⁵⁰

De allí que, la aplicación –a mi modo de ver inadecuada– del principio de proporcionalidad o de ponderación para la fijación del monto o quantum indemnizatorio del perjuicio moral debió ser sometida a consideración de los miembros de la Sala Plena de la Sección Tercera, ya que supone un drástico giro respecto del criterio jurisprudencial transcrito.

De otro lado, estoy convencido que el perjuicio o daño moral a diferencia de lo sostenido en la sentencia no puede ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

Así las cosas, la teoría expuesta en la sentencia yerra al indicar que es pertinente y adecuado el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, toda vez que su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar:

“El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. **A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.** En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

“1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

“2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

“3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la

¹⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alíer E. Hernández Enríquez.

intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

“Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

“Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.**”¹⁵¹
(Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser *“adecuada”* para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más *“benigna”* entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben *“compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad”*.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación¹⁵², como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la

¹⁵¹ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

¹⁵² La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” *Ibíd.*, pág. 575.

ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación¹⁵³. El primero se explica así: “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”¹⁵⁴. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados¹⁵⁵.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”¹⁵⁶

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se soluciona a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc.

¹⁵³Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

¹⁵⁴Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. *Ibidem* pág. 99.

¹⁵⁵*Ibidem*, p. 101 a 103.

¹⁵⁶Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor Robert Alexy, en los siguientes términos:

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”¹⁵⁷

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad que se refleja en la sentencia es inadecuado, ya que no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y mucho menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Por el contrario, el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es la de cubrir con un velo de “aparente” o “presunta” objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del *arbitrio juris*.

Así las cosas, la supuesta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un equivocado argumento que consiste en equiparar el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

Nada más alejado de la realidad, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

“El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relievar que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que

¹⁵⁷ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”¹⁵⁸

Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien – como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”¹⁵⁹

Por consiguiente, desde mi perspectiva, lejos de que en el fallo se haya aplicado un criterio objetivo de liquidación del perjuicio moral, se devela bajo el epígrafe del principio de proporcionalidad una concreción del arbitrio judicial, ya que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a diferencia de lo sostenido en la sentencia no aportan elementos nuevos a la

¹⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.”

¹⁵⁹ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

controversia de cuál debe ser la metodología para liquidar la afectación a bienes o intereses jurídicos inconmensurables.

El criterio que se defiende y prohija en esta aclaración de voto es el mismo que ha trazado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, y que reafirmó de manera reciente en pronunciamiento que por su importancia se transcribe, *in extenso*¹⁶⁰:

“2. El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.

“El ordenamiento jurídico en cuanto base estructural indisociable de un orden justo, la paz, la justicia y la armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea físico, ora jurídico, dotado de personificación normativa, derechos e intereses, libertades, garantías, y deberes.

“El sujeto *iuris*, es *summa* de valores disímiles dignos de reconocimiento y tutela, cuya lesión entraña la responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo.

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles *per se* de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, immanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (*Dommages matériels*), ora inmaterial (*Dommages immatériels*), bien patrimonial (*Vermögensschaden*), ya extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

“(…) El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el hecho, *ad exemplum*, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad -*verbi gratia*, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “*que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo*” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

dañoso” (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral-Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.

“Un problema distinto se plantea a propósito de la reparación del daño no patrimonial, y en particular del moral.

“La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*.

“4. Las anotadas características relevantes del daño moral, evidencian la complejidad y delicadeza de su reparación.

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “*no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado*” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... *económicamente inasibles* ...” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “*esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium judicis*”, “*tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento*

se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...' (G. J. Tomo LX, pág. 290)". (sentencia del 10 de marzo de 1994)" (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

"5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeat* se remite a la valoración del juez.

"(...) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

"Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, **la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.**

"Por lo anterior, consultando la función de *monofilaquia*, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

"Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.

“6. Por todo cuanto se ha dicho, no siendo aplicables las normas del Código Penal ni la jurisprudencia invocada para la reparación del daño moral en asuntos civiles, no prospera el cargo.”

En esa perspectiva, la única forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del *arbitrio juris* y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida.

Lo anterior se evidencia de forma palmaria en la sentencia, pues al margen de la carga argumentativa que defiende la pertinencia del principio de proporcionalidad, lo cierto es que cuando se liquida para el caso concreto el daño moral no se tienen en cuenta ni la idoneidad, ni la necesidad, así como tampoco el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto, se itera, no existen dos o más elementos que ponderar. De ese modo, se retorna al arbitrio judicial de manera inexorable, al margen de que se defienda la relevancia del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se pueden llegar a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, toda vez que si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir –a diferencia de lo sostenido por el proyecto– un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto¹⁶¹.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad que se defiende en la sentencia, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo¹⁶².

¹⁶¹ Al respecto, la Sala en otra oportunidad indicó: “C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes.

¹⁶² “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

Si se profundiza en el ejercicio hermenéutico, habría que concluir que si el daño antijurídico proviene de la muerte de un hijo cuyos padres residen en otro país, sin importar el profundo y real afecto existente entre ellos, habría que reducirles la indemnización frente a los padres de otra víctima que aunque convivía con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto tendrían derecho a una mayor indemnización en virtud de la idoneidad y la variable convivencia que impacta significativamente la reparación según los cuadros y la argumentación contenida en la sentencia.

De allí que resulte oportuno formularse los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación aplicado en la sentencia, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?

Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia de la referencia –ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral– podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial¹⁶³.

El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley¹⁶⁴.

3. Principio de proporcionalidad en la liquidación del daño a la salud

Los anteriores planteamientos son igualmente extensibles a los denominados elementos básicos del daño a la salud, con fundamento en los cuales se pretende introducir un test de proporcionalidad, en ese ámbito.

En efecto, en la sentencia de la cual me aparto se indicó:

“Por esto, se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud, que a su vez, constituyen la base para elaborar el test de proporcionalidad al que se sujetará la tasación de este tipo de perjuicio: i) responde a la necesidad de

¹⁶³ “Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas.” Plauto.

¹⁶⁴ “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”, y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.

Indemnizado	Responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”	Considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.	Se cumplen los dos criterios
Elider Mera Calambas	Es una alteración permanente representada en la limitación en su esfera relacional por el hecho de su amputación.	No hay prueba	Solo se cumple uno de los dos criterios
	70 smlmv	0	

En mi concepto en la providencia en mención, en primer lugar no se realiza un estudio juicioso de lo que se denomina elementos que integran el daño a la salud, ni de la forma en que ellos se aplican en virtud del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, es pertinente señalar que la ambigüedad de sus elementos representan dificultad probatoria, pues es lógico que el común de las personas consideran el bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, sin que para ello haya lugar a establecer una tarifa probatoria, y esto se deduce de las reglas de la experiencia.

Así las cosas, se ha debido tener en cuenta el precedente acogido por la Sección Tercera, en relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, precisado en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, en las que se señaló:

“De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: **i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.**

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”¹⁶⁵. (se resalta).

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

¹⁶⁵ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.