

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO -  
Falla del servicio. Omisión de implementación de medidas de seguridad /  
FALLA DEL SERVICIO - En manejo de armas de uso militar. Campo minado  
alrededor de base militar / FALLA DEL SERVICIO - En manejo de armas de  
uso militar. Minas antipersonales enterradas**

En el proceso se acredita con suficiencia que las autoridades no implementaron las medidas de seguridad necesarias, y que el manejo despreocupado de tan peligrosos artefactos configuró la falla del servicio que ocasionó el daño antijurídico, atribuible al Ejército Nacional. (...) la demandada no aportó soporte documental -probablemente el acta de rigor- en donde conste la entrega operacional y administrativa de la base militar, realizada por parte del comandante saliente al SV. Serna Camayo, ni de la entrega del plano que especificaba la ubicación de las minas antipersonales enterradas.

**ARMAS DE USO MILITAR - Uso restringido. Deber de vigilancia y cuidado a cargo del Estado / POSICION GARANTE - Estado tiene a su cargo la vigilancia y cuidado de uso de minas antipersonales**

Si bien es cierto que la Convención de 1980 limitó el uso de las minas antipersonales, por ser consideradas excesivamente nocivas y de efectos indiscriminados, también lo es que no restringió el uso definitivo de las mismas. Sin embargo, lo cierto es que Colombia solo aprobó la convención mediante la Ley 469 de 1998. De allí que, durante los años previos a la ratificación de la Convención de Ottawa, -que prohibiera el empleo, desarrollo, producción, adquisición, almacenaje, conservación o transferencia de minas antipersonales, bajo ninguna circunstancia-, el Ejército Nacional utilizó dichos artefactos, para los fines preventivos y de seguridad que argumentan, conforme a derecho. Sin embargo, no quiere decir lo anterior que el uso de estos artefactos por el Ejército Nacional, aunque autorizado para el momento de ocurrencia de los hechos, excluyeran la responsabilidad por los daños infligidos a causa de la omisión del deber de cuidado que le revestía su utilización y manejo. Por el contrario, debido al carácter de riesgo y peligro, inherente al uso de los mismos, se esperaba de la Institución la adopción de medidas de cuidado y prevención suficientes para evitar la materialización de perjuicios a civiles y a los propios miembros de las fuerzas armadas que, en cumplimiento de su misión, interactuaran con estos artefactos explosivos.

**FUENTE FORMAL: LEY 469 DE 1998**

**HECHO DE LA VICTIMA O CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA -  
Irresistibilidad y previsibilidad del hecho no es absoluta / FALLA DEL  
SERVICIO - Por sometimiento a riesgo superior del obligado a soportar.  
Actividad militar**

El hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, comoquiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos. (...) el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en posición de garante frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que

se le endilga. A contrario sensu, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño. (...) Puede concluirse que el señor Jesús Geobani Serna Camayo falleció cuando se encontraba en ejercicio de las funciones propias de su condición de Sargento del Ejército Nacional, actuando como Comandante de la base "El Pital", puesto que ningún miembro de las fuerzas armadas, con el grado de instrucción que ostentaba, hubiese podido prevenir el resultado sin el conocimiento previo y categórico de la ubicación de los artefactos explosivos que le generaban semejante riesgo a él y a su tropa, es decir, se encuentran acreditadas las fallas administrativas a las que se ha referido la parte demandante. (...) la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado para estos eventos la aplicación del régimen de falla del servicio, que se configura cuando a los funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad. La Sala ha entendido que al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del afectado a un riesgo mayor que al de sus demás iguales.

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto ver, sentencias: 20 de septiembre de 2001, exp. 13553; 4 de octubre de 2007, exp. 15567; 4 de diciembre de 2007, exp. 16894, y 20 de febrero de 2008, exp. 16696.

**PERJUICIOS MORALES - Valoración. Reiteración jurisprudencial / PRINCIPIO DE ARBITRIO IURIS O ARBITRIO JUDICIAL - Aplicación para determinar perjuicios morales / PERJUICIOS MORALES - Aplicación del principio de arbitrio iuris o arbitrio judicial**

La Sala considera pertinente insistir en la posición que, en relación con el perjuicio moral, ha sostenido, reiterando que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. (...) En consecuencia, resulta imperativo para esta Sala reiterar su precedente horizontal y, por lo tanto, la línea jurisprudencial sobre la materia, según la cual los perjuicios morales dada su connotación de inconmensurables no pueden ser sometidos a reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización, ya que están encaminados a compensar –no indemnizar– bienes jurídicos de contenido personalísimo – subjetivos– y, por ende, que no pueden ser sometidos a una ponderación, ya que no existen derechos en conflicto o tensión. (...) conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / CODIGO PENAL DE 1980 - ARTICULO 106

**NOTA DE RELATORIA:** Para establecer el monto de la indemnización por perjuicios morales se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido

sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, donde se estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salario mínimos mensuales legales y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. En relación con la presunción de dolor en los miembros de parentesco cercanos, consultar sentencia de 18 de julio de 2012, exp. 21142.

**DAÑO MORAL - No puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto. Reiteración jurisprudencial / TASACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación del arbitrio juris / APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - No constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral**

La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C – sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencias del 1 de febrero de 2012, exp. 20106 y del 14 de marzo de 2012, exp. 21859

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - No es procedente su aplicación para la tasación perjuicios morales / PERJUICIOS MORALES - Aplicación del principio de proporcionalidad afecta el derecho a la igualdad**

La aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del arbitrio juris y la equidad.

**NOTA DE RELATORIA:** Ver sentencia de 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646.

**PERJUICIOS MORALES - Valoración / PRINCIPIO DE ARBITRIO IURIS O ARBRITRIO JUDICIAL - Aplicación para determinar perjuicios morales / PERJUICIOS MORALES - Aplicación del principio de arbitrio iuris o arbitrio judicial**

En ese sentido, es importante citar in extenso los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para verificar –sin anfibología– que éste respeta los lineamientos trazados por el Consejo de Estado a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, según los cuales la principal herramienta para valorar la existencia y el monto del perjuicio moral es el arbitrio judicial. (...) De la simple lectura de las

recientes sentencias de la Corte Constitucional que se han ocupado del perjuicio moral y su tasación, se pueden extraer varias conclusiones: i) existe una línea jurisprudencial consistente y estable que configura un precedente horizontal que tuvo como sentencia fundadora e hito, la adiada el 6 de septiembre de 2001, y que avala como principal instrumento para la tasación del perjuicio moral el arbitrio iudice que refleja una discrecionalidad judicial sin que se pueda caer en la arbitrariedad, ii) el fundamento del arbitrio judicial se encuentra en una lógica de lo razonable, circunstancia por la cual para su concreción se deben exponer justificaciones frente al caso concreto –lo que nunca se ha negado desde el plano del arbitrio judicial–, iii) para la idónea liquidación del perjuicio material es necesario concordar o sopesar el arbitrio judicial con los principios de equidad y de reparación integral, iv) el valor de la indemnización atenderá a las condiciones particulares de la víctima y v) a la gravedad objetiva de la lesión.

**PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD - Formas de aplicación en fallo / PRINCIPIO DE RACIONALIDAD - Formas de aplicación en fallo**

El hecho de que la Corte Constitucional en fallos recientes haya prolijado la necesidad de que el operador judicial de lo contencioso administrativo aplique los principios de razonabilidad y racionalidad no puede ser entendido –o darle una lectura– en el sentido de que sólo el principio de proporcionalidad es el que garantiza la materialidad de esos postulados; lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestáltica, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los test de igualdad propuestos, ix) el principio de proporcionalidad, x) la sana crítica, xi) las reglas de la experiencia y, tal vez el más importante para los abogados que es, xii) el sentido común.

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencias T - 351 de 2011, T - 464 de 2011 y T - 212 de 2012. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia: 6 de septiembre, exp. 13232-15646.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02309-01(24663)**

**Demandante: TERESITA DEL NIÑO JESUS CORREA CASTRILLON Y OTROS**

**Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL**

## **Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 9 de agosto de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se resolvió lo siguiente:

1° Niéguese las pretensiones de la demanda

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia**

1.1 El 11 de septiembre de 1997, mediante apoderado judicial, la señora Teresita del Niño Jesús Correa Castrillón, en nombre propio y en representación de María Alejandra Correa Serna y Jeyson Alexander Yela Correa, y las señoras Shirley, Neyla Lily, Elith Munevar y Ruby Inelda Serna Camayo, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional –, por la muerte del señor Jesús Geovanny Serna Camayo, en hechos ocurridos el 26 de junio de 1997.

Como consecuencia de la anterior declaración, estimaron los perjuicios morales sufridos en mil gramos de oro fino para la esposa y los hijos, y quinientos gramos para las hermanas<sup>1</sup>.

De otro lado, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, estimaron para la esposa y la hija, con base en una vida probable de 456 meses para el Sargento Serna Camayo, a razón de \$953.451 mensuales, ajustados como corresponda hasta el mes anterior a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, sumado de otro lado, a lo anterior, los intereses comerciales

---

<sup>1</sup> Teniendo en cuenta el precio del gramo oro a la fecha de presentación de la demanda, el total de esta pretensión es de \$67.500.000. Por lo tanto se considera la cuantía, individualmente, a partir del monto deprecado por los perjuicios materiales, que se estiman superiores a los \$177'103.523 al momento de presentación de la demanda, de lo cual se colige claramente la competencia de esta Corporación para resolver en segunda instancia.

durante los seis meses siguientes, y de allí en adelante los moratorios a que haya lugar hasta que se verifique el pago de la condena.

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1 El Sargento viceprimero Jesús Geobani Serna Camayo, quien fuera miembro del Batallón Girardot, adscrito a la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, con sede en Medellín, fue asignado como Comandante de la Base Militar "El Pital", con sede en el municipio de Dabeiba – Antioquia, cuyo objeto principal era la vigilancia de las antenas repetidoras que allí se ubicaban.

1.1.2 Al Sargento VP Serna Camayo, cuando le fue entregada la Base Militar "El Pital", no se le realizó la debida instrucción sobre las minas antipersonales instaladas por el Ejército alrededor de la base para la protección de la misma, omitiéndosele la entrega del plano que especificaba la ubicación de los explosivos.

1.1.3 El 26 de junio de 1997, el Sargento VP Serna Camayo impartió a sus subalternos la orden de inspeccionar los alrededores de la Base Militar "El Pital" y, en transcurso de la misión, el propio militar activó uno de los artefactos explosivos, que al detonar le ocasionaron la muerte a él y al soldado Fredy Alexander Giraldo Ocampo, dejando heridas graves a los soldados Alex Antonio Gómez Urrea y Carlos Moreno Muñoz.

1.1.4 La responsabilidad por la omisión en el plano del inventario total de las minas antipersonales existentes en la base militar al momento de la entrega al nuevo comandante designado, es atribuible al Estado, en cabeza del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

1.2 El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda en auto del 26 de enero de 1998; y la notificación se realizó en debida forma.

1.3 El Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, en la contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, habida cuenta que no se encontró probada una falla del servicio, sino que, por el contrario, se trató de los riesgos propios de la actividad, ya que los militares están entrenados para afrontar las misiones que les son encargadas y, así mismo, la instrucción militar que reciben los prepara para sortear y minimizar el tipo de riesgos a que se someten con ocasión de su labor, configurándose una eximente de la responsabilidad, como lo es la culpa exclusiva y determinante de la víctima.

1.4 Posteriormente, el Tribunal abrió a pruebas el proceso mediante proveído del 17 de junio de 1998, y una vez agotada dicha etapa procesal, el 24 de septiembre de 2001, corrió traslado para las alegaciones finales. La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

La parte demandada expuso que al Sargento VP Serna Camayo le fue formalmente entregada la base, informándosele de todos los aspectos operacionales y administrativos con respaldo en la documentación pertinente, entre la que se cuenta el plano del campo minado, claramente señalado y, aunque cubierto con maleza -situación esta que, alegaron, impide despejarlo por el peligro que ello reviste-, también está delimitado con cerca de alambre, lo que demuestra que éste conocía la ubicación de las minas al punto de prevenir a los soldados de no acercarse al sitio referido.

Insiste en que así se hizo constar en la respuesta a los exhortos que se le hicieron al S-1 Jefe de personal del Batallón Girardot, al Inspector General del Ejército Nacional, y en el informe de investigaciones preliminares realizadas por el Juzgado 20 de Instrucción Penal Militar, se confirmó que, a pesar de haber superado las instrucciones de primera, segunda y tercera fase para la acreditación de su rango y experiencia, la muerte del Sargento VP Serna Camayo ocurrió en misión del servicio y por su propia imprudencia, cuando explorando la zona en busca de hojas de palma para la construcción de un rancho, perdió el control del área y provocó el accidente; de allí que, se niegue el desconocimiento y la falta de trayectoria del militar para justificar su proceder.

Respecto a los testimonios de los soldados que sobrevivieron al hecho, concluye inadmisibles que, aún siendo advertido de que no todas las minas antipersonales instaladas

en el campo aparecían en el plano, obrara con tal ligereza, sometiendo a los soldados bajo su mando al peligro que finalmente se materializó.

## **2. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda, estimando que la muerte del Sargento VP Jesús Geobany Serna Camayo obedeció a una actividad propia de la misión a que están sometidos los miembros de las fuerzas militares. Así mismo, por su proceder imprudente, la responsabilidad del daño le es atribuible de manera exclusiva y determinante al militar. Entre otros aspectos puntualizó lo siguiente:

“De las pruebas señaladas anteriormente, se concluye que el Sargento Serna Camayo dio la orden al personal para salir y llegaron a un sitio minado, donde explotaron varias minas y ocasionó la muerte al Sargento Serna Camayo. Corresponde al servidor de las Fuerzas Armadas actuar con diligencia y cuidado en las funciones de su cargo, en el manejo y control de armas y elementos explosivos, los cuales deben manejarse con responsabilidad, de acuerdo con los deberes propios del servicio al que está vinculado (...)

(...) La víctima no era un conscripto, era un soldado, un combatiente del ejército, y por lo mismo era una actividad normal propia de su misión. Cuando se trata de hechos en que aparecen soldados o miembros de las fuerzas armadas y de policía, como víctimas de daños causados por ellos mismos, tienen el deber de cuidar con diligencia las armas, explosivos y municiones que se encuentran bajo su control y en estos casos no opera la presunción de la falla del servicio y el régimen aplicable es el tradicional de la falla probada

En este caso, el Sargento Serna Camayo impartió la orden de salir de la base en su condición de militar, cuya función debía ejercer con responsabilidad y conocimiento del sitio hacia donde se dirigía. El daño tuvo origen en una actividad exclusivamente atribuible a la víctima y no existe prueba de que la administración hubiese actuado en forma negligente o deficiente con respecto al Sargento Viceprimero Giovanny de Jesús Serna Camayo, en consecuencia, deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda” (fls. 330 a 332 cdno. ppal.).

## **3. Recurso de apelación**

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, el que fue concedido el 27 de noviembre de 2002 y se admitió por esta Corporación en proveído del 13 de mayo de 2003.

En la sustentación del recurso, indicó que de las pruebas recaudadas, en especial, del testimonio de los soldados Carlos Eduardo Moreno Muñoz y Gildardo Edilson Tobón Jaramillo, se deduce la falla del servicio de carácter administrativo y operacional. Arguye que el fallo da por cierto que el Suboficial Serna Camayo sabía la ubicación exacta de las minas antipersonales en inmediaciones de la base militar, desconociendo que las mismas fueron instaladas tiempo atrás por un contingente que estuvo allí acantonado, meses antes de que el Sargento Serna Camayo fuera asignado como comandante de "El Pital", y que al parecer, al ser removidos del lugar, no fueron lo suficientemente diligentes en la ilustración sobre la cantidad y ubicación de los artefactos explosivos que, para seguridad y protección de todos, habían sido enterrados.

Insistió en que está acreditado, a partir de los testimonios de los subalternos que sobrevivieron al Sargento Serna Camayo, que el plano que le fue entregado no demarcaba la totalidad de las minas antipersonales instaladas, y que la causa del accidente no obedeció a la imprudencia del Suboficial, sino a la negligencia del contingente que enterró los artefactos y no realizó el mapa completo que señalara la ubicación exacta del total de los mismos, tanto así que la Base Militar "El Pital" hubo de ser clausurada, a raíz de las bajas acaecidas por la misma razón y ante la imposibilidad del Ejército Nacional de encontrar y desactivar todas las minas que fueron allí instaladas para proteger el área. Concluye entonces, que el riesgo a que fue sometido el Sargento VP Serna Camayo, al igual que los soldados que lo acompañaban, excedió el normal que implica la actividad militar, y la responsabilidad del daño ocasionado es atribuible a la Nación.

#### **4. Alegatos de conclusión en la segunda instancia**

En el traslado para presentar alegatos de conclusión (fl. 343 cdno. ppal.), las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **II. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 9 de agosto de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, en el caso *sub examine*.

## 1. Los hechos probados

Con fundamento en las pruebas practicadas, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

La defunción del Sargento Serna Camayo, ocurrida el 27 de junio de 1997 en el Hospital San Vicente de Paul de Medellín (fl. 17 cdno. No. 1), a causa de “shock traumático, traumas múltiples craneoencefálicos, torácicos y de miembros por esquirlas de (ilegible).”

Según respuesta a exhorto del Tribunal, suscrita por El SS. Carlos Eduardo Coley Rico, jefe de personal del Batallón de Infantería No. 10 Girardot de la Cuarta Brigada, el señor Jesús Giovanni Serna Camayo, perteneciendo a dicho batallón, fue destinado como Comandante de la Base Militar “El Pital”, donde se desempeñó hasta su fallecimiento. Obra copia del acta de posesión del Suboficial cuando fue ascendido a Sargento VP. (fl. 97 y 101 cdno. No.1). Más aún, en el informativo administrativo por muerte, suscrito por el Comandante del Batallón Girardot, Germán Morantes Hernández, se informa del accidente ocurrido, aludiendo en la narración en repetidas oportunidades al Sargento Viceprimero Jesús Geovanny Serna Camayo, Comandante de la Base Militar “El Pital” (fls. 99 y 100 cdno. No. 1). Allí mismo se indica:

“(...) el grupo al mando del Suboficial se extravió [sic], perdiendo el control del área, llegando al Campo Minado de la Base, y al pizar [sic] una de las minas de seguridad, esta hizo explosión, la cual causó heridas de gravedad al Señor [sic] SV. SERNA CAMAYO JESUS GEOVANNY (...)”

De igual manera, obra copia de las investigaciones preliminares realizadas por el Juzgado 20 de Instrucción Penal Militar, donde se halla el auto que resuelve abstenerse de abrir investigación penal por las muertes del soldado Alexander Giraldo Ocampo y el Sargento VP Jesús Geobanni Serna Camayo, toda vez que encontró atribuible la culpa del accidente al SV Serna Camayo, fallecido en los hechos, como responsable de la orden impartida a la tropa y de activar la mina cuya explosión terminó por ocasionarles la muerte mientras se encontraban en cumplimiento del servicio (fls. 294 a 296 cdno. No. 1).

En el mismo sentido, integra el acervo probatorio la certificación suscrita por el Sargento Viceprimero Luis Eduardo Niño Reyes, ayudante de comando, de la Cuarta Brigada, Batallón de Infantería No. 10 "Coronel Atanasio Girardot", donde hace constar que por los hechos *sub examine* no se adelantó proceso disciplinario al interior de la institución.

Finalmente, se concatenan con naturalidad y coherencia los testimonios de Carlos Eduardo Moreno Muñoz y Gildardo Edilson Tobón Jaramillo, quienes integraban la tropa a cargo del Sargento VP Serna Camayo y sobrevivieron a la tragedia. (fls. 138 a 140 (reverso) cdno. No.1)

Entre las declaraciones se destaca lo siguiente, afirmado por Carlos Eduardo Moreno Muñoz:

"(...) PREGUNTADO: Díganos si las minas antipersonales a que Ud. se ha referido las colocó el mismo ejército de la base "EL PITAL" y para la defensa de la misma? CONTESTO: Fueron colocadas por un contingente anterior del seis (Segundo contingente del noventa y seis), había un croquis o planopero [sic] no estipulaba todas las trampas que habían simplemente de veinte estipulaba diez; estas mismas minas antipersonales fué [sic] las que nosotros pisamos. PREGUNTADO: El Sargento SERNA [sic] conocía el plano a que Ud. se ha referido? CONTESTO: Pues el plano si lo conocía él, pero a él no le explicaron la existencia de todas las minas porque eran tres núcleos y en cada núcleo habían trampas de seguridad como granadas de mano con alambre, minas antipersonales cazabobos que son un hueco de cuatro por cuatro o más ancho del tamaño que se desee con estacas puntudas de dos y tres metros la base puntuda y clavados en el suelo y recubiertas por encima con maleza. PREGUNTADO: De todas estas minas antipersonales distribuidas en tres núcleos como Ud. lo explicó, cuántas de ellas no aparecían en el plano que le fué [sic] entregado al SARGENTO SERNA? CONTESTO: Más que todo las de mano y una que otra, es decir por ahí unas diez que no aparecían en el croquis y nadie sabía de ellas. PREGUNTADO: Por el conocimiento que Ud. tiene de la base militar "L PITAL" [sic] en Dabeiba, díganos cuántos soldados, que Ud. sepa murieron por haber pisado estas minas antipersonales? CONTESTO: Anteriormente el soldado TORO LÓPEZ LEOCADIO y TOBIO ALVAREZ fueron a arreglar el agua de la base el "PITAL" y en regreso a la misma fueron heridos por una granada de mano quedando el soldado TORO LÓPEZ muy mal herido y el soldado TOBIO gravemente herido a causa de la explosión y las esquirlas de cierta granada, después pasó el accidente de nosotros. Después de lo nuestro y no porque me con ta [sic] sino porque me contaron cuando estaba yo en comvaleciente [sic] en el batallón Girardot Nro. 10 de Medellín-Ant, me contaron que un soldado también se había matado con una mina; por lo anterior mandaron a desactivar la base, a quitarla. PREGUNTADO: Como dice Ud. que a raíz de todos estos accidentes desactivaron o suprimieron la base "EL PITAL", sabe qué pasó con todas las minas antipersonales que había implantado el ejército alrededor de la misma? CONTESTO: Pues hasta el momento tengo entendido que desactivaron muchas pero muchas quedaron enterradas porque no las pudieron encontrar, por el alto riesgo de peligrosidad. PREGUNTADO: El Sargento SERNA era un oficial dedicado, estudioso y cuidadoso con respecto a la de él y de sus

soldados, o por el contrario era una persona imprudente en el manejo de la seguridad? CONTESTO: en el tiempo que lo conocí a él, era una persona muy correcta, muy segura de lo que hacía y cuando hacía una cosa lo hacía por el bien de todos y no por el bien personal de él, según tengo entendido llevaba catorce años vinculado al ejército. PREGUNTADO: Considera Ud. que el accidente al que nos hemos venido refiriendo ocurrió por imprudencia del Sargento SERNA? CONTESTO: En ningún momento, porque él era una persona que él cuidaba mucho del bien estar [sic] físico tanto de nosotros como de él mismo. PREGUNTADO: Por su experiencia como soldado, díganos si las minas antipersonales, fueron mal colocadas por el contingente que lo hizo? CONTESTO: Pues nos ocasionaban riesgos, porque había unas muy pegadas a los puestos de centinelas (...)" (Subrayas fuera de texto original)

De la misma manera, el soldado Gildardo Edilson Tobón Jaramillo, se expresó al respecto:

"(...) PREGUNTADO: Por qué razón el SARGENTO SERNA siendo el comandante de la base pisó esa mina antipersonal y defensiva de la misma? CONTESTO: Porque él no tenía conocimiento de esa mina porque en los planos de las minas que tenía la base no aparecían las minas que él pisó. PREGUNTADO: Usted llegó a ver el plano que discriminaba las minas antipersonales alrededor de la base? CONTESTO: Cuando nosotros llegamos a la base nos mostraron cierta parte de las minas, el cabo LAGOS. El Sargento SERNA también estaba y él pilló sólo una parte de las minas, las otras no aparecían en el plano. PREGUNTADO: Cuántas minas aproximadamente no aparecían en el plano que le pusieron de presente al sargento SERNA? CONTESTO: Aproximadamente no aparecen más o menos unas veinte minas. PREGUNTADO: Quién colocó esas minas, me refiero al contingente y quién hizo el plano? CONTESTO: Las minas las colocaron los del contingente del seis (Principios de mil novecientos noventa y seis), ellos colocaron las minas y el cabo LAGOS fue quien hizo el plano porque era el antiexplosivos. PREGUNTADO: Díganos si el sargento SERNA fue negligente o imprudente al pasar por el campo minado? CONTESTO: el sargento SERNA no fue imprudente, porque Ud. cree que si él sabía que [sic] eso estaba por allá, él se le iba a meter a eso? PREGUNTADO: Díganos que persona le mostró al SARGENTO SERNA la ubicación de las minas antipersonales y el plano respectivo, cuando él recibió como comandante la base "EL PITAL"? CONTESTO: Se lo mostró el cabo LAGOS, yo estaba presente cuando el cabo LAGOS nos mostró las minas que había alrededor. PREGUNTADO: Díganos si el cabo LAGOS les explicó la colocación de las minas que explotaron y dieron lugar a la muerte del sargento SERNA? CONTESTO: No, no nos explicó, de esas no teníamos conocimiento, en el plano que nosotros vimos nos [sic] estaban esas minas. PREGUNTADO: Fuera del accidente a que nos hemos venido refiriendo, qué otros accidentes se produjeron en la base "EL PITAL"? CONTESTO: Se produjeron dos accidentes más fuera de este, uno fue el veintiséis de Mayo donde hubo dos soldados heridos porque pisaron una mina antipersonal y el segundo fue el cuatro de Enero de mil novecientos noventa y ocho, donde otro soldado perdió la vida por haber pisado una mina antipersonal, el soldado era de apellido ROJAS yo estaba allí todavía, eso es

otra cosa que tampoco conocíamos la ubicación de esa mina. PREGUNTADO: Quién estaba de comandante de la base cuando ocurrió el segundo accidente, es decir el cuatro de Enero de mil novecientos noventa y ocho? CONTESTO: Estaba el sargento Viceprimero REYES. PREGUNTADO: Díganos si al sargento Viceprimero REYES le enseñaron el plano que indica la ubicación de las minas antipersonales? CONTESTO: No sé porque yo no estuve en el tiempo que él llegó. PREGUNTADO: Sabe Ud. quién era el comandante de la base en el mes de Mayo cuando ocurrió el primer accidente? CONTESTO: Mi sargento SERNA él estaba también. PREGUNTADO: Díganos si a raíz de todos estos accidentes la base "EL PITAL" fué [sic] desmontada? CONTESTO: Tengo entendido que esa base si fué [sic] desmontada de allá. PREGUNTADO: Usted a quién le atribuye la responsabilidad por el accidente en que perdió la vida el sargento SERNA y el soldado FREDY? CONTESTO: Yo le atribuyo la culpa al cabo LAGOS porque si él sabía la ubicación de todas las granadas, entonces por qué no sabía la ubicación de las que explotaron? (...)"

También aparece informe del Brigadier General Euclides Sánchez Vargas, Inspector General del Ejército, donde le manifiesta al Tribunal que las brigadas, comandos o bases militares del Ejército Nacional de Colombia están autorizados para sembrar minas antipersonales alrededor de las mismas, como sistema de protección contra los ataques subversivos, sentando la posición del Ejército Nacional al respecto, cuando afirma que:

"Las minas antipersonales que posee el Ejército Nacional están siendo empleadas únicamente para la protección de bases fijas o lugares con equipos vitales para el desarrollo de las operaciones, las cuales son consideradas como objetivos militares. Estas áreas están rigurosamente demarcadas, identificadas y señaladas, en aras de no comprometer a la población civil en el conflicto armado.

Las minas tienen como finalidad primordial, brindar protección y seguridad al personal que se encuentra custodiando todos los equipos y antenas de comunicaciones en los cerros, cuyo material tiene un alto costo y garantiza al país y a la ciudadanía en general su no destrucción por los terroristas y grupos al margen de la ley". (fl. 112 cdno. No. 1)

## **2. Valoración probatoria y conclusiones**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, motivo por el cual el estudio de la controversia se contraerá a definir las razones de inconformidad del impugnante.

En el presente caso, se encuentra probado que el 26 de junio de 1997, en la Base Militar "El Pital", murió el Sargento del Ejército Nacional, Jesús Geobani Serna Camayo, cuando activó una mina antipersonal, cuya ubicación desconocía, mientras se encontraba prestando sus servicios como militar.

De lo anterior, se deduce que el Sargento Serna Camayo estaba desarrollando actividades relacionadas con la labor que le había sido encomendada como miembro del Ejército Nacional. No obra en el proceso ningún otro medio de prueba que desvirtúe la irregularidad presentada en dicho hecho, es decir, nada en el acervo probatorio que confirme que la ubicación del total de las minas instaladas con anterioridad, en la base, eran del conocimiento de los militares allí asignados, de los cuadros de mando, ni de los soldados, ni que evidencie que en su totalidad estaban incluidas en el plano. No hay contradicción al respecto, por el contrario, en respuesta a los exhortos ordenados, el Oficial S-3 del Batallón de Infantería No. 10 "Girardot" declara la dificultad de despejar las minas enterradas en el terreno aledaño a la base militar, aseverando el peligro que revisten las mismas (fl. 95 cdno. No. 1). *Contrario sensu*, no hay certeza que permita concluir que el afectado fue negligente, temerario o imprudente, o que, consciente de la existencia minada del área, haya sometido a su tropa a un riesgo superior al que normalmente debían soportar, y ello es corroborado en el testimonio de los soldados Carlos Eduardo Moreno Muñoz y Gildardo Edilson Tobón Jaramillo, sobrevivientes del hecho.

Por el contrario, en el proceso se acredita con suficiencia que las autoridades no implementaron las medidas de seguridad necesarias, y que el manejo despreocupado de tan peligrosos artefactos configuró la falla del servicio que ocasionó el daño antijurídico, atribuible al Ejército Nacional.

2.1 En primer lugar, probado el deceso del Sargento VP Jesús Geobani Serna Camayo, es preciso verificar la ocurrencia de la nota de antijuricidad del mismo, lo cual ha quedado acreditado de forma incuestionable, de tal suerte que la disertación se limita entonces a dilucidar si se configura el título para imputar la responsabilidad.

Previo a abordar el análisis de imputación jurídica tendiente a establecer si el título de la misma obedece a una falla en el servicio o si, por el contrario, tal y como lo

estableció el *a quo*, la responsabilidad se exime por la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, la Sala considera necesario destacar la regulación normativa vigente, al momento de ocurrencia de los hechos, en lo que concierne a la utilización de las minas antipersonales. En efecto, se tiene:

Sobre el particular, el desarrollo de regulación legislativa hasta el año 1997 fue menguado, situación que empezó a cambiar a partir de la ratificación de la Convención de 1980 -sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados-, con ocasión de la enmienda que se le practicara a la misma, y que Colombia aprobó mediante la Ley 469 de 1998. Posteriormente, la Convención de Ottawa, ratificada el 6 de septiembre de 2000, mediante la cual el país quedó comprometido a la suspensión definitiva del uso de estos artefactos y la destrucción de todo el arsenal almacenado con un plazo perentorio. No obstante, los hechos que convocan la presente disertación ocurrieron en fecha anterior, el 26 de junio de 1997.

El Ejército Nacional se ha pronunciado, a través de la edición No. 153 de su revista institucional, donde publicó un artículo en que se refiere así:

#### **“El gran compromiso con un tratado internacional**

El Estado colombiano ajustado a los requerimientos de señalización determinados por la Convención de 1980, constituida en un marco de cuatro protocolos que rigen el uso de armas específicas, utilizó minas antipersonales de fabricación industrial para proteger las bases militares de interés estratégico.

Sin embargo, el 3 de diciembre de 1997 se realizó una convención internacional dejando como resultado el Tratado de Ottawa, que basado en las normas del Derecho Internacional Humanitario, prohibió desde aquella época, el empleo, desarrollo, producción, almacenamiento o transferencia de minas.

Su entrada en vigor fue hasta el primero de diciembre de 1999, fecha en la que Colombia entró a hacer parte de los 122 países que firmaron el Tratado.

Fue así como en cabeza del Ejército Nacional se emprendió la titánica misión de limpiar las bases militares ubicadas en todo el país. Pese al esfuerzo de la Institución y de sus hombres por cumplir el plazo previsto para el año 2010,

en diciembre de 2009 se realizó a la comunidad internacional una prórroga de cumplimiento, petición que fue concedida para el primero de marzo de 2011.

Afortunadamente, el trabajo mancomunado entre el Ejército Nacional y el Gobierno Nacional, a través del Programa Presidencial para la Acción Integral contra Minas Antipersonal (PAICMA) trajo como resultado la limpieza de 30 bases ubicadas en todo el territorio colombiano y adicionalmente el despeje 153.926 metros cuadrados de zonas que contenían 3.423 municiones sin explotar, antes del tiempo estipulado por el Tratado de Ottawa. Desde octubre del presente año, la totalidad de las bases ya se encuentran libres de minas<sup>2</sup>.

El demandado, en respuesta del Brigadier General Euclides Sánchez Vargas, en su calidad de Inspector General del Ejército, a exhorto requerido, afirmó:

“Las minas antipersonales que posee el Ejército Nacional están siendo empleadas únicamente para la protección de bases fijas o lugares con equipos vitales para el desarrollo de las operaciones, las cuales son consideradas como objetivos militares. Estas áreas están rigurosamente demarcadas, identificadas y señaladas, en aras de no comprometer a la población civil en el conflicto armado.

Las minas tienen como finalidad primordial, brindar protección y seguridad al personal que se encuentra custodiando todos los equipos y antenas de comunicaciones en los cerros, cuyo material tiene un alto costo y garantiza al país y a la ciudadanía en general su no destrucción por los terroristas y grupos al margen de la ley. (fl. 112 cdno. No. 1).

Quiere decir esto que, si bien es cierto que la Convención de 1980 limitó el uso de las minas antipersonales, por ser consideradas excesivamente nocivas y de efectos indiscriminados, también lo es que no restringió el uso definitivo de las mismas. Sin embargo, lo cierto es que Colombia solo aprobó la convención mediante la Ley 469 de 1998. De allí que, durante los años previos a la ratificación de la Convención de Ottawa, - que prohibiera el empleo, desarrollo, producción, adquisición, almacenaje, conservación o transferencia de minas antipersonales, bajo ninguna circunstancia-, el Ejército Nacional utilizó dichos artefactos, para los fines preventivos y de seguridad que argumentan, conforme a derecho.

---

<sup>2</sup> Tomado de <http://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=274425>

Sin embargo, no quiere decir lo anterior que el uso de estos artefactos por el Ejército Nacional, aunque autorizado para el momento de ocurrencia de los hechos, excluyeran la responsabilidad por los daños infligidos a causa de la omisión del deber de cuidado que le revestía su utilización y manejo. Por el contrario, debido al carácter de riesgo y peligro, inherente al uso de los mismos, se esperaba de la Institución la adopción de medidas de cuidado y prevención suficientes para evitar la materialización de perjuicios a civiles y a los propios miembros de las fuerzas armadas que, en cumplimiento de su misión, interactuaran con estos artefactos explosivos.

No obstante, a pesar de que en las diferentes respuestas a los exhortos ordenados por el Tribunal se cataloga la muerte de los militares como "en misión", y se le atribuye la responsabilidad al SV. Serna Camayo, por su imprudencia y temeridad -más aún, esta razón, sumada a la muerte del militar, justificó la no apertura de proceso disciplinario ni de instrucción penal-, lo cierto es que se trata de constancias subjetivas, certificaciones jurídicamente insuficientes para configurar la culpa exclusiva de la víctima.

Por otro lado, El CT. Alberto Pérez Betancourth, Oficial S-3 del Batallón Girardot, en respuesta a exhorto oficiado, afirmó así:

"1. Siempre que se recibe una base, se entera por parte del comandante saliente al comandante entrante de todos los aspectos operacionales, administrativos, etc, para evitar posteriores inconvenientes. En la Base reposa el croquis que se anexa, donde aparecen los sitios minados por lo tanto el SV. SERNA CAMAYO JESUS, conocía el área minada, más aún allí hay letreros de peligro por la parte de adentro de la base militar, donde no tienen acceso a la población civil y por si fuera poco están cercadas en alambre, aunque ya cubierto con maleza, no se ha podido despejar por el peligro que revisten las minas (...)

2. En la Base, se tienen las carpetas donde están los croquis, al igual que las últimas actividades del enemigo, etc.

3. El Sargento Viceprimero conocía la ubicación de las minas, ya que el [sic] prevenía a los soldados para que no se acercaran al sitio minado" (fl. 95 cdno. No. 1).

Se advierte que, a pesar de lo allí conceptuado, la demandada no aportó soporte documental -probablemente el acta de rigor- en donde conste la entrega operacional y administrativa de la base militar, realizada por parte del comandante saliente al SV. Serna Camayo, ni de la entrega del plano que especificaba la ubicación de las minas antipersonales enterradas. Esto es, que si bien es cierto se aportó copia del bosquejo de la base militar, también lo es que no se trata de un plano técnico a escala que ofrezca certeza de la simetría de distancias y medidas, pertinentes para ubicar inequívocamente las coordenadas de cada lugar representado, cuando por el contrario, en respuestas allegadas al proceso por los funcionarios administrativos, éstos refirieron que el Ejército perdió el control de la zona que rodeaba la Base "El Pital", obligándose incluso a abandonar la búsqueda de minas en el lugar por el peligro que revestía para todas las personas allí asignadas. Lo anterior se puede verificar retomando lo certificado por el CT. Alberto Pérez Betancourth, Oficial S-3 del Batallón Girardot:

"(...) En la Base reposa el croquis que se anexa, donde aparecen los sitios minados por lo tanto el SV. SERNA CAMAYO JESÚS, conocía el área minada, más aún allí hay letreros de peligro por la parte de adentro de la base militar, donde no tienen acceso a la población civil y por si fuera poco están cercadas en alambre, aunque ya cubierto con maleza, no se ha podido despejar por el peligro que revisten las minas." (Subraya fuera de texto original) (fl. 95 cdno. No. 1)

No tiene sentido que el Ejército Nacional, a pesar de conocer la ubicación exacta de las minas instaladas en la base militar "El Pital", incluso "antes" de la muerte del Sargento VP Serna Camayo, hubiese declarado la dificultad de controlar las áreas susceptibles de la presencia de dichos artefactos, como tampoco resulta consecuente que un militar con el grado de instrucción que se requería para ejercer como Comandante de dicha base, con la experiencia de casi tres lustros en la institución, conociendo previamente el plano del área minada, se aproxime como punta de lanza hacia ella, arrastrando consigo a todo su pelotón. La pericia, destreza y disciplina que se espera de un Suboficial de las fuerzas militares, no se desvirtuó, en lo referente al Sargento Serna Camayo, en ningún momento.

2.2 Ahora bien, en relación con la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad, es importante definir el contenido y alcance de la misma, con miras a establecer qué elementos y características deben estar acreditados a efectos de que se rompa el nexo de imputación con el Estado de

manera total o parcial. Lo anterior, toda vez que en materia de responsabilidad de la administración pública derivada de soldados profesionales la víctima puede tener, en un gran número de casos, una participación en los hechos productores del resultado, condición que debe ser valorada para efectos de configurar y delimitar la circunstancia exonerativa.

Sin duda, como lo ha señalado la Sala, el demandado se libera si logra acreditar que fue el comportamiento del propio afectado determinante y decisivo en la generación del daño; así lo precisó en sentencia del 13 de agosto de 2008:

“Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño.

“El principio de confianza conlleva implícito la tranquilidad que tienen las personas que integran la sociedad, de que el Estado prestará adecuadamente sus servicios públicos, por lo que, no cualquier tipo de participación de la víctima, en una actividad riesgosa, reviste la estatus necesario para excluir la responsabilidad de la administración.

“En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquella fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación”<sup>3</sup>.

Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de *irresistibilidad* e *imprevisibilidad* de la

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente: 17.042, actores: Stella Castaño Franco y otro, consejero ponente: Enrique Gil Botero.

fuerza mayor, comoquiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos.

En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en *posición de garante*<sup>4</sup> frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. *A contrario sensu*, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño.

En ese sentido, la Sala mantiene la posición jurisprudencial vigente, toda vez que en reciente oportunidad señaló:

“En este caso, la entidad demandada y las llamadas en garantía alegaron como eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima. Advierte la Sala que el hecho de la víctima, como causa extraña y exclusiva, impone la prueba de que se trató de un acontecimiento que le era imprevisible e irresistible para la Administración. De no ser así, de tratarse de un hecho o acto previsible o resistible para la entidad, se revela una falla del servicio en el entendido de que dicha entidad teniendo un deber legal, no previno o resistió el suceso, pues como lo advierte la doctrina *“sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor.”*<sup>5</sup>

“El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva *“consigo la absolución completa”* cuando *“el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima”*<sup>6</sup>.<sup>7</sup> (Destaca la Sala).

---

<sup>4</sup> Acerca del concepto de posición de garante, así como su aplicación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, se pueden consultar las siguientes sentencias: de 4 de octubre de 2007, exp. 15567, de 4 de diciembre de 2007, exp. 16894, y 20 de febrero de 2008, exp. 16696.

<sup>5</sup> Luis Josseland, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950, pág. 341.

<sup>6</sup> Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones

Sobre el particular, debe advertirse que los propios hermanos Mazeaud rectificaron la doctrina que sobre el tema habían trazado en su obra "Lecciones de Derecho Civil" (1960), cuando en su tratado de "Responsabilidad Civil" (1963), en relación con la materia objeto de análisis manifestaron:

**"1462. ¿Debe ser imprevisible e irresistible el hecho de la víctima?**

– La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta. No cabría obligar al demandado, según se dice, a precaverse contra los hechos de la víctima, como no cabe obligarse a que se prevenga en contra de los acontecimientos naturales.

"(...)"<sup>8</sup> (Negrillas de la Sala).

Lo anterior no quiere significar en modo alguno, que el hecho de la víctima en ocasiones pueda ser total o parcial, en cuanto se refiere a la materialización del resultado dañoso, motivo por el cual será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

Ahora bien, no quiere decir lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño.

---

Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, Págs. 332 y 333.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 16235, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>8</sup> MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil", Tomo Segundo, Volumen II, Ed. Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, Pág. 40.

"Pero la doctrina y la jurisprudencia discuten sobre la necesidad de que ese hecho exclusivo de la víctima sea imprevisible e irresistible. Los Mazeaud sostienen que la "imprevisibilidad y la irresistibilidad no son necesarias al hecho exclusivo de la víctima, para que este exonere de responsabilidad." TAMAYO Jaramillo, Javier "Tratado de Responsabilidad Civil", Ed. Legis, Tomo II, Pág. 61.

2.3 La Sala considera que el Sargento Serna Camayo, para poder llegar a ese grado, debió adquirir un cúmulo considerable de experiencia, escalones que durante casi quince años le dieron la suficiente destreza e instrucción para adelantar las tareas que le fueran encargadas; entonces, se asciende a un rango como el suyo, demostrando cierta cantidad de aptitudes objetivas, de allí que, de un hombre cualificado como el sargento Serna Camayo no se espera que se aventure sin las precauciones necesarias de su conocimiento, durante todo el tiempo que llevaba su recorrido, sin advertir que se aproximaban, él y sus hombres, a una trampa mortal. Lo anterior no permite evidenciar en el actuar del Sargento VP Serna Camayo un factor determinante en la producción del daño.

El soldado Carlos Eduardo Moreno, sobre los hechos sostuvo en su declaración:

" (...) mi sargento SERNA CAMACHO JESÚS GIOVANNY da la orden de que se formara todo el personal de soldados, inclusive cuadros que son comandantes, cabos primeros y dragoneantes, dijo todo el mundo se trae su fusil, sus cartuchos y vamos para este sector del lado de la entrada para llegar a la base para conseguir unas palmas para hacer un comedor en una cancha de microfútbol porque la cancha se estaba convirtiendo en una alcahuetería y para que nos reuniéramos mejor y comiéramos bien porque estábamos era comida [sic] agachados, parados, entonces empezamos la descubierta y entonces él dijo un soldado que se ofresca [sic] de puntero y entonces yo me ofrecí de puntero, este ofrecimiento era para internarnos en la selva, entonces yo empecé a abrir selva, los primeros treinta minutos todo bien, íbamos hablando sobre la antigüedad que qué íbamos a hacer con ella, que si estábamos contentos y entonces él dijo corten las palmas porque estábamos gastando mucho tiempo ya, entonces llegamos y cortamos todas las palmas y las colocábamos en el camino principal por donde nos íbamos a regresar para recogerlas de regreso, entonces encontramos dos caminos y entonces él escogió el personal para reunirlos en dos secciones, una al mando del cabo RESTREPO y otra al mando de él, en esa iba yo, también iba el soldado TOBÓN JARAMILLO, GIRALDO OCAMPO, GÓMEZ URREA, SERNA CAMACHO JESÚS GIOVANNY, comandante de la base "EL PITAL" y el soldado MORENO MUÑOZ CARLOS EDUARDO, llevábamos cinco minutos de trayecto cuando de repente estalló una mina explosiva (...)"

Al respecto, el soldado Gildardo Edilson Tobón Jaramillo narró:

"(...) La historia comenzó a las dos de la tarde del día veintiséis de junio de mil , noveta y siete [sic] cuando mi sargento SERNA CAMACHO nos mandó a formar para ir a traer unas hojas de palma para hacer un comedor para los soldados en una cancha, solamente dejó los centinelas en la base y de resto se llevó a todos los soldados con él, eramos más o menos como veinticinco, entonces nosotros nos metimos por la maraña, pero él nos dijo que nos metiéramos pero sin coger el lado derecho (...)"

Mas adelante complementa afirmando:

"(...) entonces a continuación de esas heridas nosotros fuimos a sacar a mi SARGENTO, a prestarle servicios médicos cuando me dijeron que cogiera por el otro lado del camino, me entregaron cinco fusiles y me dijeron que fuera por ayuda que por ahí era el camino para llegar a la base, cuando menos pensé resulte fue metido en la maraña de la selva y ya sin saber que hacer, me tocó hacer tiros al aire para que mis compañeros fueran a localizarme, entonces ellos me buscaron hasta cierta parte y de ahí no pudieron pasar porque les dio miedo, ese día me tocó amanecer junto a un pantano porque no sabía para donde coger. Ya al día siguiente yo dice [sic] dos tiros a las nueve de la mañana y ya a las diez de la mañana fueron a buscarme"

Llama la atención que el soldado Tobón Jaramillo pasó la noche inmovilizado en un pantano, cuando el plano del terreno minado reposaba en la base y, aún con las más mínimas medidas de prevención, los militares debían identificarlo. Tampoco deja de ser inquietante que, por el lugar de la explosión, no se haya hecho referencia a la demarcación que dijo el ejército había dispuesto para circunscribir la zona, por el contrario, no se advierte en el proceso el más mínimo atisbo o mención a la delimitación del campo minado ni a la señalización respectiva, mencionada como deber incuestionable, para los Estados Parte, en las posteriores convenciones. En este orden, se concluye que la muerte del Sargento Serna Camayo, en las circunstancias en que se produjo, constituyó un riesgo que no estaba obligado a asumir como miembro del Ejército Nacional. La ocurrencia del mismo, por lo tanto, da lugar al surgimiento de responsabilidad del Estado.

2.3 El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se fundamenta mayoritariamente en los testimonios rendidos por los soldados Carlos Eduardo Moreno Muñoz y Gildardo Edilson Tobón Jaramillo, y de ellos se deduce claramente que la explosión de las minas no se produjo por imprudencia o impericia del

Sargento VP. Serna Camayo, esto es, desvirtúan la culpa exclusiva y determinante de la víctima, en consecuencia, se enhiesta la falla del servicio, al acreditarse el nexo o vínculo entre el hecho y el daño antijurídico sufrido por el Sargento VP. Serna Camayo, quien, al igual que la tropa que lo acompañaba, fue sometido por el Estado a un riesgo superior al inherente que implica el ejercicio de la profesión militar.

Puede concluirse que el señor Jesús Geobani Serna Camayo falleció cuando se encontraba en ejercicio de las funciones propias de su condición de Sargento del Ejército Nacional, actuando como Comandante de la base "El Pital", puesto que ningún miembro de las fuerzas armadas, con el grado de instrucción que ostentaba, hubiese podido prevenir el resultado sin el conocimiento previo y categórico de la ubicación de los artefactos explosivos que le generaban semejante riesgo a él y a su tropa, es decir, se encuentran acreditadas las fallas administrativas a las que se ha referido la parte demandante.

2.4 En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado para estos eventos la aplicación del régimen de falla del servicio, que se configura cuando a los funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad. La Sala ha entendido que al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del afectado a un riesgo mayor que al de sus demás iguales. Sobre el tema, en sentencia del 20 de septiembre de 2001, se dijo:

"Así las cosas, es claro que Luis Alfonso Gutiérrez Pinilla, en su condición de agente asignado a la subestación mencionada, fue sometido a un riesgo excesivo e innecesario, por causa de una falla en la prestación del servicio de Policía. Si bien los miembros de la Fuerza Pública deben soportar el riesgo de sufrir daños como consecuencia del ejercicio de sus funciones, el cual, por la naturaleza de éstas, asumen al aceptar sus cargos, y al ocurrir, no da lugar al surgimiento de la responsabilidad del Estado –pues, por lo general, se configura una de las causales de exoneración, normalmente hecho de tercero o fuerza mayor–, debe precisarse que ello no autoriza a éste último para abandonarlos a su suerte, imponiéndoles cargas imposibles de cumplir; por el contrario, es su deber dotarlos de los elementos necesarios para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones, con mayor razón en los casos en que es previsible un enfrentamiento armado, y

poner en práctica planes y estrategias tendientes a la adopción oportuna de medidas preventivas, para garantizar el éxito de las operaciones y proteger la integridad de los combatientes legítimos.

“Al resolver una situación similar, expuso esta Sala los siguientes argumentos, que resultan pertinentes en el presente caso:

“...recuerda la Sala que la administración para exigirle resultados a los miembros de la fuerza pública en la prevención y represión del delito, debe dotarlos no solamente de los medios idóneos sino además ofrecerles riguroso entrenamiento y formación académica para el manejo apropiado de los elementos de dotación oficial, aprovechando al máximo los recursos económicos que para tal fin se destinen. Por demás, se advierte que a los uniformados no se les puede someter de buenas a primeras a contingencias que desborden los riesgos que normalmente tienen que asumir en la defensa de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, menos cuando los agentes carecen de los instrumentos idóneos para cumplir cabalmente con los impuestos por la Constitución.

“En el sub-lite no puede admitirse que la incursión guerrillera en la estación... constituya fuerza mayor, pues era de conocimiento público que en el territorio... operaban diferentes frentes de la Coordinadora Guerrillera, los cuales tenían como objetivo militar los cuarteles de la fuerza pública..., que hacía previsible un ataque de la subversión... El accionar de la subversión no reviste la condición de irresistible por el número de guerrilleros que perpetraron la actividad delincinencial (más de 200), pues siendo un hecho previsible la misma autoridad no proporcionó a tiempo el armamento necesario, ni asignó suficientes uniformados para vigilar la estación...

(...)

“La Sala desea aprovechar la oportunidad para indicar que al igual que a los asociados, a los miembros de la fuerza pública también les asiste el derecho de reclamar con fundamento en la Constitución Nacional que se protejan y respeten sus derechos humanos, cuando resulten vulnerados por un trato degradante o indigno bien que la

acción se derive por la conducta de sus superiores, de los particulares que desempeñen funciones públicas, de la comunidad en general e incluso de quienes actúan al margen de la ley.

“Los principios jurídicos, morales y éticos sobre los cuales se cimienta la educación y formación tanto de los soldados como de los agentes de la Policía Nacional y de sus superiores, no solo deben tener aplicación hacia el exterior, sino... al interior de la institución, en cuya tarea ha de prodigar a sus servidores trato digno, de modo que no exponga ni lesione injustamente su integridad física y moral.

“Si bien a los uniformados por naturaleza se les exige... una exposición excepcional de su seguridad personal dadas sus funciones constitucionales, tal situación no habilita a los superiores a que impongan a los miembros de la fuerza pública cargas adicionales distintas de los riesgos que normalmente deben afrontar en el control o restablecimiento del orden público, pues se iría en contravía de tales principios colocando no solo en juego el respeto de los derechos humanos sino de paso la vida e integridad física de los agentes, los cuales por esa mera condición no significa que deban asumir a toda costa los riesgos derivados de la falta o falla del servicio imputable a la administración, pues la actividad profesional de agente de la policía o de militar reviste contornos especiales que tampoco deben sobreponerse a lo imposible<sup>9</sup><sup>10</sup>.

Debe recordarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de allí que en este caso y con el fin de demostrar la ausencia de responsabilidad del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la parte demandada debía acreditar la culpa exclusiva de la víctima alegada, así como las circunstancias en las cuales se verificó. Sin embargo, no obra en el proceso prueba que permita satisfacer tal exigencia.

En ese contexto, para la Sala se presenta una clara y evidente falla del servicio, puesto que el daño le es atribuible a la omisión por parte de la administración pública, en lo que constituyó la práctica de utilización de minas antipersonales para la seguridad de las bases

---

<sup>9</sup> Sentencia del 7 de septiembre de 1998, expediente 10.921.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, expediente 13.553.

militares, y el hecho de la no prohibición total de su uso no justifica los daños que pudieron llegar a causarse con las mismas, por el contrario, se esperaba del Ejército Nacional un uso metódico y un manejo ordenado y sistemático tendiente a neutralizar los posibles riesgos, es decir, el óbito del militar acaeció en el incumplimiento de un deber a cargo del Estado. Así las cosas, se concluye que se encuentra demostrada la responsabilidad de la entidad demandada, y por ello se revocará la sentencia impugnada.

### **3. Valoración de perjuicios**

#### **3.1 Perjuicio moral**

De acuerdo a los registros civiles de nacimiento de los demandantes, está acreditado el parentesco entre Jesús Geobani Serna Camayo y sus hermanas, Shirley, Neyla Lily, Elith Munevar y Ruby Inelda Serna Camayo (fls. 13 y 22 a 25 cdno. No. 1). También se encuentra probado el matrimonio entre El Sargento Serna Camayo y la señora Teresita del Niño Jesús Correa Castrillón (fl. 15 cdno. No. 1), al igual que el nacimiento de la niña María Alejandra Correa Serna, fruto de esta unión (fl. 16 cdno. No. 1), y el nacimiento de Jeyson Alexander Yela Correa, hijo del anterior matrimonio de la señora Teresita Correa (fls. 18 a 20 cdno. ppal.).

En igual sentido, la Tesorera del Batallón de Infantería No. 10 Girardot, confirmó que el Sargento VP Serna Camayo estaba incluido en la nómina de esa unidad, y su último salario, correspondiente a junio de 1997, ascendió a la suma de \$1'.271.268.29 (fl. 93 y 94 cdno. No. 1).

Sobre el particular se reitera que el precedente jurisprudencial de la Corporación consagra la presunción de afectividad cuando el parentesco se encuentra acreditado, tal como ocurre en el caso *sub examine*. En efecto, obran en el proceso, el registro civil de matrimonio de Jesús Serna con Teresita Correa, los registros civiles de nacimiento de María Alejandra Correa Serna, expedido por la Notaría Dieciséis de Medellín, y las señoras Shirley, Neyla Lily, Elith Munevar y Ruby Inelda Serna Camayo, expedidos por la Registraduría Municipal del Estado Civil de Morales (Cauca), donde se hace constar la filiación respectiva (fls. 16 a 26

cdno. No. 1), de allí que se dé por probado el daño moral que se les causó a los demandantes con el deceso del señor Jesús Geobani Serna Camayo.

De otro lado, respecto a Jeyson Alexander Yela Correa, de quien se afirma es hijo de crianza de Jesús Geobani Serna Camayo, en relación con los perjuicios reclamados, se acreditó a través de los testimonios de Carlos Eduardo Moreno Muñoz, Gildardo Edilson Tobón Jaramillo y Consuelo Correa Castrillón, que existía entre éstos y el sargento fallecido una relación profunda y entrañable. Carlos Moreno Muñoz se expresó así:

“PREGUNTADO: Díganos con quién vivía SERNA en la ciudad de Medellín?  
CONTESTO: El [sic] vivía con una señora muy querida, doña TERESA que era la esposa de él y dos hijos, uno masculino y otra femenina. Yo conocí personalmente a la esposa de SERNA y a sus hijos, yo estuve en la casa de él.

(...) PREGUNTADO: Cómo eran las relaciones familiares entre SERNA, su señora y sus hijos? CONTESTADO: en la base se le notaba un esplendor [sic] y una alegría inmensa cuando le daban permiso para visitar a su esposa y a sus hijos y en la casa excelente padre, excelente amigo y excelente esposo.  
PREGUNTADO: Desde el punto de vista moral y económico, cómo se encuentran doña TERESITA y sus hijos después de la muerte de SERNA?  
CONTESTO: En cuanto a lo moral, los niños cuando yo voy a la casa y me preguntan por el papá, como si estuviera todavía conmigo, y en lo económico tienen muchas necesidades”.

Del testimonio de Gildardo Edilson Tobón se destaca lo siguiente:

“PREGUNTADO: Con quien vivía el sargento SERNA en Medellín? CONTESTO: Tengo entendido que él vivía con su mujer y sus dos hijos, la señora se llama doña TERESA y los niños no se los nombres.  
PREGUNTADO: Sabe usted cómo eran las relaciones familiares del sargento SERNA con su esposa y sus hijos?  
CONTESTO: Eran unas relaciones bien, se que eran bien porque en el cambuche de él, es decir del sargento SERNA mantenía las fotos de la señora y sus hijos y doña TERESA cuando yo salía a licencia le mandaba cosas conmigo”.

La señora Consuelo Correa, por su parte sostuvo:

"PREGUNTADO: Con quien vivía el sargento SERNA? CONTESTO: Él vivía con su esposa de nombre TERESITA CORREA y sus hijos MARÍA ALEJANDRA Y JEISSON, ellos vivían en el Barrio el Salvador del municipio de Medellín. PREGUNTADO: Cómo era el comportamiento de SERNA como esposo y como padre? CONTESTO: Era una persona intachable, buen padre, buen esposo y buen hermano. PREGUNTADO: Desde el punto de vista moral y económico, cómo se ha visto afectada TERESITA y sus hijos con la muerte de SERNA? CONTESTO: Ellos tanto económicamente como moral se encuentran muy mal, sus hijos lo preguntan mucho al igual que sus hermanas, y económicamente se encuentran muy mal porque él era quien veía por ellos y ellos tienen muchas necesidades. PREGUNTADO: Con qué frecuencia visitaba SERNA a TERESITA y sus hijos? CONTESTO: El compartía todas las vacaciones con ellos y cada vez que le daban permiso o tenía licencia estaba con su esposa y sus hijos"

Por tal motivo, la Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de "padres (papá o mamá) de crianza", "hijos de crianza", e inclusive de "abuelos de crianza"<sup>11</sup>, toda vez que en muchos

---

<sup>11</sup> "Según el Diccionario de la Lengua Española, crianza tiene, entre otros, los siguientes significados: "Acción y efecto de criar. Con particularidad se llama así la que se recibe de las madres o nodrizas mientras dura la lactancia. // Época de la lactancia. ..."

"Para Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico Jurídico, las palabras criar y crianza, tienen las siguientes acepciones:

'Crianza. Cría o manutención de los hijos por sus madres o nodrizas.// Educación, cortesía, urbanidad.'

'Criar. Formar de la nada.// Producir. // Nutrir durante la lactancia. // Educar; instruir.//. . .'

"En reciente sentencia de esta Corte, sobre los derechos que reclamaban unos padres de crianza de un soldado fallecido en servicio, además de hacer consideraciones sobre la naturaleza de las relaciones que surgen en esta circunstancia, se señaló que las manifestaciones, públicas y privadas que se dieron entre los padres, demandantes de la tutela, y el hijo, correspondían a las que ordinariamente se dan entre padres e hijos, y de allí los derechos que surgieron para dichos padres. "En lo pertinente, dijo la sentencia:

'La situación de abandono en que se encontraba Juan Guillermo en 1979, terminó cuando los demandantes decidieron hacer de él el hijo de familia que no habían tenido; las relaciones que entonces se establecieron entre los actores y el soldado fallecido fueron, hasta la muerte de éste último, las que ordinariamente se dan entre padres e hijos; los peticionarios se preocuparon por proporcionar a Juan Guillermo un hogar, y por brindarle en él la estabilidad emocional, afectiva y económica que ya no recibía de sus padres carnales. A su vez, Juan Guillermo reaccionó a la

eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.

Ahora bien, en relación con la legitimación de los daños solicitados por los llamados "hijos de crianza", la Sección ha puntualizado:

"De la prueba obrante en el proceso, se da por acreditada la condición de "hijo de crianza" de Carlos Mauricio Devia Cerquera, respecto a Rafael Antonio Atara Ortiz, y aunque si bien, es sabido que se encuentra legitimado para intervenir o incoar en el proceso de reparación directa, todo aquel que sea perjudicado directo con el hecho dañoso, al margen del *ius sanguinis* o parentesco, encuentra oportuno la Sala esbozar unos leves lineamientos sobre lo que con inusitada frecuencia en nuestra realidad

---

acogida que Tomás Enrique y María del Carmen le dieron, comportándose para con ellos como si fuera un hijo de esa pareja.

'Surgió así de esa relación, una familia que para propios y extraños no era diferente a la surgida de la adopción o, incluso, a la originada por vínculos de consanguinidad, en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto, respeto y asistencia entre los tres miembros, realidad material de la que dan fe los testimonios de las personas que les conocieron.

'De esta manera, si el trato, el afecto y la asistencia mutua que se presentaron en el seno del círculo integrado por los peticionarios y el soldado fallecido, eran similares a las que se predicaban de cualquier familia formalmente constituida, la muerte de Juan Guillermo mientras se hallaba en servicio activo debió generar para sus "padres de crianza", las mismas consecuencias jurídicas que la muerte de otro soldado para sus padres formalmente reconocidos; porque no hay duda de que el comportamiento mutuo de padres e hijo ("de crianza") revelaba una voluntad inequívoca de conformar una familia, y el artículo 228 de la Carta Política establece que prevalecerá el derecho sustantivo.' (sentencia t-495, del 3 de octubre de 1997, Magistrado ponente., doctor Carlos Gaviria Díaz)" Sentencia T-592 proferida por la Corte Constitucional el 18 de noviembre de 1997.

De otro lado, en cuanto al concepto de familia, la Corte Constitucional tiene por establecido: "Puede hablarse de familia legítima para referirse a la originada en el matrimonio, en el vínculo jurídico; y de familia natural para referirse a la que se establece solamente por vínculos naturales. Esta clasificación no implica discriminación alguna: significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que puede tener la familia. No hay duda alguna sobre la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos y sobre cómo esta igualdad comprende a los ascendientes y descendientes." Sentencia C-595 proferida por la Corte Constitucional, el 6 de noviembre de 1996.

social se denomina "hijo de crianza". Condición que puede tener origen no del todo en el marco de la solemnidad de la adopción como institución jurídica, sino en la facticidad de las relaciones sociales propias de nuestra cultura. En efecto: "Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos ¿qué es adopción tomada en este sentido general y lato? Respuesta. Es una acción solemne, por la cual se toma el lugar de hijo o nieto a uno que no lo es por naturaleza"<sup>4</sup>. Y no empece a la ausencia del requisito de la solemnidad propio del Derecho Romano en la medida que dicho acto se hacía en presencia del pueblo en los comicios o por la moneda y el peso delante de cinco testigos, no puede dejarse de lado el hecho, de que la familia aunque se haya iniciado como fenómeno biológico, como unidad reproductiva de los primates, mutó a ser una realidad o categoría social, de allí que como lo enseña el ilustre romanista Lucrecio Jaramillo Vélez:

#### **"Familia en el sentido estricto**

"La familia está integrada por personas sometidas a la potestad del pater familias (Ulpiano D. 50, 15, 195, 2) a saber:

(...)

d) Los hijos adoptivos..."<sup>5</sup>.

"No se confunde desde luego, y se advierte nuevamente, la adopción como categoría jurídica regulada en el ordenamiento propio, con la constatación de una realidad social que es manifiesta en nuestro medio y que se ha conocido como hijos de crianza, cuya naturaleza y características se viene de describir. La realidad social es la que impone ese reconocimiento:

"Pero también, y más importante quizás bajo la óptica de las transformaciones del derecho, esa permeabilización de la familia no se realiza bajo la simple fórmula de la regulación jurídica de un espacio privado. Más que ello incluso, es la invasión de la normatividad familiar (la tradición, que no se consideró jamás jurídica) en el derecho, lo que ha terminado transformado el derecho como tal.

(...)

"Otra de las razones aunque no una cualquiera por las que la familia es cada vez menos una institución privada políticamente insignificante es porque ha adquirido la función de "conducto regular" que comunica a los individuos con los programas sociales del Estado...

---

<sup>4</sup> HEINECCIO J. GOTTL, "Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta, Paris, 3ª edición, tomo I, 1875, pág. 244.

<sup>5</sup> Derecho Romano, tomo I, Editorial Universidad de Antioquia, 1965, pág. 94.

“Es presupuesto de esa función eliminar distinciones de fondo entre familia “legítima” (fundada en matrimonio válido) y las formas de familia de hecho, pues el crecimiento de esta última entre sectores populares así lo exige. La paradoja sirve para entender algunos de los tránsitos del derecho actual: la crisis de la legitimidad jurídica se aprovecha en esta como en muchas otras ocasiones para extender el radio de acción del derecho”<sup>6</sup>.

“Y es en el anterior entendimiento, que acreditado por cualquiera de los medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como “hijo de crianza”, lo que permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquél o por el pater familias.”<sup>12</sup>

La prueba de la relación de consanguinidad permite inferir la existencia de afecto y unión entre la víctima y sus hermanos, conyugue e hija. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de alguno de los miembros de la familia afecta a los demás, en lo que concierne al perjuicio moral.

Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los demandantes, con motivo de la muerte de su familiar, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

La Sala considera pertinente insistir en la posición que, en relación con el perjuicio moral, ha sostenido<sup>13</sup>, reiterando que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes quienes ostentan la condición de hijos, esposa y hermanas del occiso.

---

<sup>6</sup> ARAMBURO RESTREPO, José Luis, “La familia en las transformaciones del derecho”, en: Pensamiento Jurídico, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, N° 1, sin fecha.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 18073, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2012, exp. 21142. M.P. Enrique Gil Botero

En ese sentido, un representante de la más excelsa doctrina nacional sobre la materia, precisó respecto del concepto de familia lo siguiente:

“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.”<sup>14</sup>

Así las cosas, se accederá a los requerimientos deprecados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado<sup>15</sup>.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C<sup>16</sup>– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar

---

<sup>14</sup> ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 1º de febrero de 2012, exp. 20106 y del 14 de marzo de 2012, exp. 21859, M.P. Enrique Gil Botero.

parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en las reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona.

En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones:

Los perjuicios morales no pueden 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 o establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si 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 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.**<sup>17</sup> (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 ponderación<sup>18</sup>, 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 ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación<sup>19</sup>. 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*"<sup>20</sup>. 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 enfrentados<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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" Ibidem, pág. 575.

<sup>19</sup>Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

<sup>20</sup>Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibidem pág. 99.

<sup>21</sup>Ibidem, p. 101 a 103.

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.”<sup>22</sup>

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 resuelve 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.

---

<sup>22</sup> Corte 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.”<sup>23</sup>

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

Y ello no es correcto, 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 relieves 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 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.”<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> 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.”

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.”<sup>25</sup>

Esta orientación jurisprudencial, es la misma que ha trazado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, que por su importancia se transcribe, *in extenso*<sup>26</sup>:

“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.

---

<sup>25</sup> NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

<sup>26</sup> 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.

“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, inmanentes 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 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 retroable 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 iudicis”, “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 *monoflaquia*, 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 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 iudicis* 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.

Este criterio se reafirmó de manera reciente en fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el que con particular *sindéresis* se indicó:

“En el caso concreto, por la gravedad del marco de circunstancias en que falleció el joven Aream Alexander Verano, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con los padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor, la Sala estima pertinente ajustar el valor de referencia para reparar el daño moral a la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000) moneda legal colombiana.

“Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento de una jurisdicción en particular, reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios corresponderá al juez de conocimiento, de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo al tradicional criterio del *arbitrio iudicis*.”<sup>27</sup>

Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir 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 afecto<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. 1999- 533, M.P. William Namén Vargas.

<sup>28</sup> Al respecto, la Sala en otrora 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. “Se presume judicialmente que la madre y los hermanos de Carlos sufrieron con su muerte; pues de la misma presunción de hombre se infiere que la muerte de una de esas personas causa congoja; además como se probó que todos

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad, 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 mismo<sup>29</sup>.

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.

La concreción o aplicación de la ponderación generaría los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación, 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?

De modo que, la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del *arbitrio juris* y la equidad, de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de

---

aquellos se preocupaban mutuamente, se puede deducir que la pérdida de uno de los integrantes de la familia primigenia produce en los otros un sentimiento negativo de pesadumbre. El hecho relativo a que Carlos Ernesto no vivió siempre con ellos no es hecho que desvirtúe el hecho social de afecto entre hijo y madre y hermanos y hermanos, pues la relación humana cercana no se deriva del aspecto meramente territorial, sino del vínculo espiritual" Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, exp. 13109, M.P. María Elena Giraldo.

<sup>29</sup> "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 Macrorregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurrió 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 tansen 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...<sup>30</sup> (Se destaca).

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<sup>31</sup>.

Por consiguiente, la distinción que por vía de una eventual aplicación del principio de proporcionalidad en esta materia, sí que afectaría o afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual las providencias que sean proferidas con fundamento en el citado criterio podrían ser –ellas sí– pasibles de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del mencionado instrumento se resquebraje la mencionada garantía esencial<sup>32</sup>.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes comoquiera que obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula. En efecto, de estos documentos, se da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

<sup>31</sup> "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.

<sup>32</sup> "Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas." Plauto.

de su esposo, padre y hermano, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir<sup>33</sup> que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes– no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A., norma aplicable única y exclusivamente a las decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos, toda vez que esa circunstancia garantiza y permite que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales– la condena mantenga su actualidad y, por lo tanto, no se altere o afecte en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: “La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la experiencia y la ciencia. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. **La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...**” (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002 ) (negrilla de la Sala)

<sup>34</sup> Y, si bien a lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado algunos Magistrados han profesado la interpretación contraria, lo cierto es que la misma siempre ha sido minoritaria, de modo que el contenido y alcance del artículo 178 del C.C.A., se ha restringido o limitado a los perjuicios materiales que son fijados, como se ha señalado, en sumas líquidas de dinero. En efecto, uno de los representantes de la posición minoritaria fue el Conjuez Hugo Palacios Mejía, quien en un salvamento de voto del expediente No. 9764, precisó: “Por fortuna, no puede decirse hoy, como se dijo en 1978, que no existe antecedente legislativo que indique cómo debe actualizarse las condenas. En efecto, el artículo 178 del código Contencioso Administrativo es terminante al prescribir que: “La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor. // “La manera de hacer el ajuste de valor en las condenas debe ser, pues, por medio del índice de precios al consumidor, o al por mayor, según haya solicitado y justificado el demandante. El artículo 106 del código penal, como dijo el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, solo es aplicable por extensión o analogía. El artículo 178, en cambio tiene aplicación directa en estos procesos. En síntesis, a mi juicio, la forma correcta de aplicar los artículos 106 del código penal, y 178 del código

En este punto son ilustrativas las consideraciones plasmadas por el insigne profesor Fernando Hiestrosa, en la aclaración de voto realizada frente a la sentencia del 25 de febrero de 1982, proferida en el proceso radicado con el número 1651, oportunidad en la que con particular sindéresis expresó:

"(...) Igualmente pienso que, no obstante el efecto práctico valioso de la tesis de actualizar la suma del código penal de 1936, por la vía de la conversión monetaria o de su conversión en oro o en el precio del oro, empleada con valor, imaginación y argumentos especiosos, en su orden, por la Corte y el Consejo de Estado, para superar la limitación y la exigüidad de la condena por daño moral, atado al art. 95 de dicho código, las jurisdicciones contencioso administrativa y civil no necesitan ni de esas muletas ni de esos circunloquios para administrar justicia en el campo de la responsabilidad por encuentro social ocasional o aun contractual o por incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la fuente de ésta, en lo atañadero al daño moral.

"(...)

Es muy comprensible el temor, el sagrado temor a equivocarse que debe estar siempre presente en la conciencia del juzgador, que asalta al juez para decir, según su convicción personal, la cuantía exacta de la condena por daño moral. En especial, por tratarse de apreciar los sentimientos ajenos, para lo cual, indefectiblemente ha de emplear o le cabe emplear el patrón propio: cada cual juzga y aprecia el sentimiento –dolor– ajeno procurando colocarse en el lugar del otro, con riesgos de conmoverse en demasía o de ser en exceso duro. Empero, es deber del juez superar esas cohibiciones, y cuando se trata de las máximas corporaciones jurisdiccionales, sentar las pautas, inclusive con audacia.

"(...)

"En fin, el remitirse al oro, directamente o en su valor en moneda nacional, se me antoja caprichoso e infundado económica y políticamente. El oro dejó de ser mucho ha moda (sic) o respaldo de papel moneda. Ya no es siquiera unidad o medida de cuenta. Es una mercancía y una mercancía de

---

contencioso administrativo, que no son contradictorios sino complementarios, consiste en determinar el valor que tenían 100 gramos oro en 1980, y actualizar ese valor, expresado en pesos, utilizando para hacer la actualización el índice de precios al consumidor, y no el precio del oro".

especulación: baste ver las oscilaciones bruscas y enormes de su precio en el mercado internacional: en el curso del último año, en comprobación de este comentario, el precio de la onza troy llegó a estar próximo a los ochocientos dólares para descender últimamente a trescientos sesenta, por influjo de las situaciones y conflictos de la política internacional, que no de la economía, y de la actitud de determinados gobiernos que constituyen sus reservas en oro y no en divisas, con lo cual resultan muy sensibles a las variaciones del precio de aquel. Todo lo cual hace más azarosa la remisión al oro o al precio del oro como medida del monto de la indemnización del daño moral.

“Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo...”

No es posible acoger o aplicar un sistema que intrínsecamente se torne injusto porque no se cumplen una serie de requisitos formales como la convivencia, el número de años compartidos, la cercanía afectiva de los integrantes del núcleo familiar, etc<sup>35</sup>.

Entonces, el perjuicio moral no puede ser valorado a través del criterio de proporcionalidad porque no hay principios ni derechos en tensión, simplemente se trata de sopesar las relaciones familiares o de convivencia, es un daño eminentemente subjetivo porque es insito al ser humano, hace parte de su esfera interna, es por ello que el juez no puede emplear el mismo sistema que se usa para definir si una ley es constitucional o si un derecho prevalece sobre otro, que para medir –vía compensación– el dolor, el sufrimiento, la aflicción que genera un daño, es precisamente por ello que los testigos, las presunciones y los indicios son el elemento o mecanismo principal para establecer la cuantificación de esta clase de perjuicio inmaterial, aunado a la propia experiencia, la sabiduría, la madurez y el comportamiento sosegado que la sociedad le exige al administrador de justicia.

En ese orden de ideas, la Sala insiste en su jurisprudencia según la cual, en aras de respetar el principio de igualdad, es imperativo que se haga la conversión automática de

---

<sup>35</sup> “¿Sabes qué decía mi padre? Él se encoge de hombros. Instintivamente enciendo la grabadora. *Que no es la distancia sino la proximidad lo que nos hace invisibles.*” Efraim Medina.

gramos oro –de la condena de primera instancia– a salarios mínimos, según la cual 1.000 gramos de oro corresponden a 100 SMMLV. O que el juez de segunda instancia al revocar o modificar la sentencia del *a quo*, determine los perjuicios morales en salarios mínimos.

La fuerza vinculante de esta regla jurídica se encuentra en el precedente horizontal que desde el año 2001 ha trazado o fijado la Corporación, por consiguiente, es deber del Juez de lo Contencioso Administrativo ceñirse a los parámetros fijados por su propia jurisprudencia que es vinculante. Una postura contraria, tendría que ser sometida a la Sala Plena de la Sección Tercera –y eventualmente ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo– para que se definiera a partir de los principios de suficiencia y razonabilidad si es preciso o no un cambio en la línea jurisprudencial.

Sobre el particular, la doctrina nacional especializada, *mutatis mutandi*, ha sostenido en relación con el precedente constitucional y administrativo:

“(…) de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el concepto de *precedente judicial o jurisprudencial* derivados del concepto de doctrina probable latente en el marco material de la Constitución Política de 1991, institución retomada de los desarrollos jurisprudenciales anglosajones, y que fundada entre nosotros en los principios constitucionales de legalidad, igualdad, buena fe, pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados, reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad judicial coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por la Corte Constitucional, sin que dicho precedente sea inmutable, ya que la propia Corte Constitucional ha reconocidos que “por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales” puede “modificar un precedente constitucional.”

“En materia judicial, el imperativo del precedente constituye una determinante para la motivación de decisiones judiciales posteriores que aborden la misma materia previamente tratada y resuelta por la Corte Constitucional. La motivación de la decisión judicial está predeterminada, en estos casos, por las directrices jurisprudenciales previamente establecidas, en casos similares, de manera que pueda generar continuidad en los criterios constitucionales establecidos por la corporación.

“(…) El carácter vinculante del precedente judicial está en directa relación con los razonamientos obligatorios incorporados en la parte motiva de las

sentencias, relacionados con la situación fáctica que envuelve el caso y que fueron determinantes para la solución del litigio, esto es, en la denominada *ratio decidendi* de la misma, cuya identificación si bien es cierto debe ser el producto de la interpretación constitucional, de todas maneras la jurisprudencia ha decantado reglas para su ubicación e identificación en aras de la seguridad jurídica y su perfecta delimitación con los aspectos de la sentencia no vinculantes.

**“(…) El capricho del operador judicial, desconociendo el precedente judicial constitucional, no puede explicar más que situaciones de abuso de poder y de posible desvío del mismo, que pone en riesgo no solo el interés general de la comunidad, los derechos de la colectividad, sino también los derechos subjetivos de los asociados (debido proceso y acceso a la administración de justicia), la libertad individual, la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, de tal manera que los asociados no pueden quedar bajo estas circunstancias sometidos a los cambiantes criterios de los jueces, en detrimento de la autonomía individual; y, sobre todo, violentando el principio constitucional de igualdad, en la medida en que se estaría sometiendo a tratamientos jurídicos diferentes situaciones fácticas similares.”<sup>36</sup> (Se destaca).**

En similar sentido, la Corte Constitucional ha señalado en relación con el denominado precedente horizontal, lo siguiente<sup>37</sup>:

“12- En el caso del *precedente horizontal*, es decir aquel determinado por un mismo cuerpo colegiado o por una misma autoridad judicial de igual jerarquía, se concluye que tanto los jueces, como los magistrados pueden apartarse sabiamente del precedente de otra sala o de un pronunciamiento establecido por sí mismos, siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho había seguido en casos sustancialmente idénticos, quedando resguardadas con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de independencia judicial exigidas.

“La sentencia T-688 de 2003, señaló con respecto al precedente horizontal en el caso específico de Tribunales y de la relación entre sus Salas, que:

*“En materia de precedente horizontal deben tenerse en cuenta dos factores. De una parte, el órgano que realice el cambio de precedente y, por otra, las condiciones de realización del mismo.*

---

<sup>36</sup> SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 34 y s.s.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (E)

*En cuanto al primero, cabe distinguir entre un precedente dictado por un juez unipersonal de aquellos precedentes dictados en corporaciones judiciales, integradas por distintas salas de decisión. En el primer evento no existe dificultad en aceptar la vinculación del precedente al propio juez. Lo mismo no ocurre respecto de corporaciones con diversas salas de decisión. ¿Está la sala de decisión de un Tribunal 2 sometida al precedente fijado en la sala de decisión 1 del mismo Tribunal? La Corte Constitucional considera que sí, por dos razones independientes entre sí.*

*“11.1 La estructura judicial del país y el funcionamiento de los tribunales:*

*“11.1.1 De acuerdo con el Reglamento de los Tribunales del país, las salas de decisión están conformadas de tal manera que un mismo magistrado es presidente de una sala, en la cual presenta sus ponencias, y a la vez participa de otras salas. De esta manera existe un sistema de encadenamiento entre las distintas salas de decisión, que permiten que, en términos globales, todas las decisiones sean conocidas por los integrantes de la Corporación. El modelo parte de la idea de que una posición asumida por una sala X, será defendida por sus integrantes en las salas en que ellos participan, generándose un efecto multiplicador, pues los otros integrantes de las salas de decisión defenderán la misma posición en sus respectivas salas. Este es un mecanismo institucional para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia de cada tribunal del país.*

*“11.1.2 Los Tribunales son la cúspide judicial dentro de sus respectivos distritos judiciales. Por lo mismo, dentro de dicho ámbito territorial, cumplen la función de unificación jurisprudencial. Es decir, la realización del principio de igualdad. Teniendo en cuenta lo anterior, no se explica que dicha función (unificación) y el respeto al derecho a la igualdad pueda ser abandonada por el Tribunal. Es a éste, sin considerar que tenga diversas salas de decisión, a quien le corresponde definir las reglas jurídicas aplicables dentro de su jurisdicción.*

**“En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad.** En este sentido, no debe entenderse que el deber del juez es simplemente el de ofrecer argumentos contrarios al precedente, sino que es su deber probar con argumentos por qué en un caso concreto el precedente puede ser aplicable y en otros no. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso del precedente, - cualquiera que este sea-, de manera intencional, por desconocimiento o

por despreocupación, permite que la discrecionalidad del juez en su área pueda llegar a introducir criterios de diferenciación no avalados por la constitución. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho para casos similares, en los estrados judiciales.

“Ahora bien, también ha determinado esta Corporación, que no se puede alegar válidamente la vulneración del derecho a la igualdad, cuando el criterio de comparación no está dado por el propio juez, como ocurre en el caso de dos jueces municipales o del circuito, por ejemplo, pues en esta situación, ante la imposibilidad de unificar la doctrina en esa instancia, prima evidentemente el principio de autonomía e independencia del juez. Sin embargo, acorde con lo indicado hasta el momento, sí le es exigible al fallador en estos casos, que la providencia esté debidamente motivada y se ajuste a derecho (artículo 230 de la Constitución).

“En mérito de lo expuesto, tenemos que a fin de garantizar el principio de igualdad y asegurar igualmente la autonomía e independencia judicial, los operadores jurídicos que resuelvan un caso de manera distinta a como fue decidido por ellos mismos en eventos semejantes, o si se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango sin aducir razones fundadas para esa separación, incurrirán necesariamente en una vía de hecho, susceptible de protección a través de la acción de tutela.”

“.....

**“La Corte admite la posibilidad de que los jueces y magistrados no compartan las posiciones definidas en los precedentes. Existe la garantía de la posibilidad de salvar el voto. Sin embargo, el derecho a la igualdad y el sistema de precedente que de él se desprende, no les autoriza a actuar de manera desleal con el ordenamiento jurídico. Si se ha adoptado una posición determinada, tiene el deber de respetarla hasta que presente argumentos suficientes para cambiarlo. Si ello no fuere posible, está obligado a proyectar respetando el precedente.** El juez, aunque sea autónomo, no es una rueda suelta dentro del sistema jurídico, sino que tiene que integrarse a éste y someterse a los lineamientos fijados de manera sistémica.

“12. Frente a las condiciones del cambio de jurisprudencia, la Corte, como se reseñó antes, ha precisado que el precedente vincula horizontalmente, y que la separación del mismo puede operar de diversas maneras. Por una parte, mediante la introducción de distinciones que lleven a la conclusión de que el precedente no es aplicable en el caso concreto. Por otra parte, la revisión del precedente.

**“Para efectos de separarse del precedente por revisión son necesarios dos elementos. De una parte referirse al precedente**

anterior y, por otra, ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio. El primer requisito es respuesta al principio de interdicción de la arbitrariedad, pues sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia. El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones *ex novo*, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido *rationes decidendi*, que los ciudadanos legítimamente siguen.

“A partir de la referencia al precedente anterior, es posible entrar a ofrecer argumentos suficientes que justifiquen su abandono o revisión. No se trata, en este orden de ideas, simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta indispensable demostrar que los argumentos que soportan el precedente no son válidos, suficientes, correctos, etc. El juez tiene la obligación de motivar sus decisiones. Ello implica el justificar su postura frente a otras consideraciones que han sido base de decisiones anteriores. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho. Sin dichas razones, el cambio de jurisprudencia será simplemente la introducción de un acto discriminatorio, incompatible con la Constitución. En el fundamento 10 b) de esa sentencia se han presentado razones que hacen válido y admisible el cambio o separación del precedente.”<sup>38</sup> (Negritas adicionales).

Como se aprecia, la necesidad de que se unifique la jurisprudencia de la Sección Tercera en relación con el criterio aplicable para la cuantificación del perjuicio moral es imperativa, máxime si las diversas Subsecciones que integran la Sección Tercera han venido aplicando el criterio del *arbitrio iuris*, en armonía con los principios de equidad, razonabilidad y racionalidad, en los términos que ha acogido la Corte Constitucional en diversas oportunidades de manera reciente.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha exigido que la valoración del daño moral se haga de conformidad con la línea jurisprudencial fundada en la sentencia del 6 de septiembre de 2001 –ya mencionada– así como con apoyo en las subreglas desarrolladas en el citado pronunciamiento judicial. En consecuencia, la sentencia fundamente del precedente y los

---

<sup>38</sup> Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

lineamientos o derroteros que han sido expuestos por la Sección Tercera mantienen vigencia, sin que ello suponga irracionalidad.

Por lo tanto, mal se hace en confundir o entender que la exigencia de razonabilidad y racionalidad, así como de aplicar los principios de equidad y reparación integral de manera conjunta con el arbitrio judicial configura una falencia por carencia de justificación del *quantum* del perjuicio moral. *A contrario sensu*, la Corte Constitucional avala el razonamiento mayoritario de esta Sección que ha defendido la libertad probatoria y el prudente arbitrio judicial, aplicado conforme a los precedentes judiciales y a las presunciones o inferencias fijadas por esta Corporación.

De manera que, se itera, arbitrio iuris no puede ser asimilado a arbitrariedad, por el contrario a partir del arbitrio se aplica una discrecionalidad que exige del funcionario judicial un altísimo razonamiento para: i) identificar si de conformidad con los supuestos fácticos existe un precedente aplicable, ii) si existe el pronunciamiento vinculante, aplicarlo y justificar por qué es pertinente para la solución del caso concreto, o iii) en caso de que no sea pertinente, indicar las razones y circunstancias –de forma explícita y suficiente– por las cuales se aparta del mismo<sup>39</sup>.

El funcionario judicial no puede convertirse en un autómatas en tratándose de la liquidación del perjuicio moral; resulta evidente que las situaciones fácticas que se relacionan con este tipo de daños vinculan las fibras más sensibles del ser humano, esto es, la existencia, la familiaridad, la solidaridad, la angustia, el sufrimiento, el dolor del alma, el miedo, el temor, la soledad, entre muchas otras<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> "La vinculación al precedente no impedirá que el órgano judicial cambie la interpretación de una norma, y con ello dé entrada a un nuevo proceso de normalización jurisprudencial. La sucesión de paradigmas interpretativos en aplicación de idéntico texto legal viene exigida por la historicidad de la realidad social y jurídica, constituyendo una exigencia de justicia. Para garantizar ésta y – subsidiariamente– preservar la seguridad jurídica, el juez ha de aportar una fundamentación objetiva y razonable. Deberá hacerlo en todos los casos en que cambie de criterio interpretativo diacrónicamente; a diferencia del legislador, cuyo enlace directo con la soberanía popular hace presumir legítimo cualquier cambio normativo, debiendo justificar tan sólo aquellos que impliquen un tratamiento sincrónico desigual entre los ciudadanos." OLLERO, Andrés "Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial", Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 77.

<sup>40</sup> "Hacer justicia o pedirla –cuando se procede de buena fe, es lo mismo – constituye la obra más íntima, más espiritual, más inefable del hombre. En otros oficios humanos actúan el alma y la física, el alma y la economía, el alma y la botánica, el alma y la fisiología; es decir, un elemento material y externo. En la abogacía actúa el alma sola, porque cuanto se hace es obra de la conciencia y nada más que ella. No se diga que operan el alma y el Derecho, porque el Derecho es cosa que se ve, se

Ahora bien, el hecho de que la Corte Constitucional en fallos recientes<sup>41</sup> haya prohijado la necesidad de que el operador judicial de lo contencioso administrativo aplique los principios de razonabilidad y racionalidad no puede ser entendido –o darle una lectura– en el sentido de que sólo el principio de proporcionalidad es el que garantiza la materialidad de esos postulados; lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestáltica, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los test de igualdad propuestos, ix) el principio de proporcionalidad, x) la sana crítica, xi) las reglas de la experiencia y, tal vez el más importante para los abogados que es, xii) el sentido común<sup>42</sup>.

En ese sentido, es importante citar *in extenso* los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para verificar –sin anfibología– que éste respeta los lineamientos trazados por el Consejo de Estado a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, según los cuales la principal herramienta para valorar la existencia y el monto del perjuicio moral es el arbitrio judicial. En efecto, sobre el particular la Corte precisó:

“En ese orden de ideas, es posible identificar con plena claridad, la existencia de una línea jurisprudencial consolidada en el Consejo de Estado (Sección Tercera) en materia de daño moral y tasación de perjuicios morales. Esa jurisprudencia fue sentada en fallo de 6 de septiembre de 2001<sup>43</sup> y ha sido reiterada en un amplio número de pronunciamientos posteriores. En esa sentencia es posible, además, identificar *subreglas* concretas, a partir de las cuales puede efectuarse el análisis sobre la configuración del defecto o defectos alegados por el Icfes.

“En el fallo citado, la Sección Tercera recoge la forma en que se ha entendido el daño moral y se han tasado los perjuicios de carácter moral en la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa en el transcurso del tiempo. A partir de ese desarrollo histórico consideró el Consejo de Estado que, en materia de daño administrativo resultaba pertinente separarse de los criterios establecidos

---

interpreta y se aplica con el alma de cada cual; de modo que no yerro al insistir en que actúa el alma aislada.” OSORIO, Ángel “El Alma de la Toga”, Ed. Difusión Jurídica Editores, Bogotá, 2003, pág. 16 y 17.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sentencias T-351 de 2011, T-464 de 2011 y T-212 de 2012.

<sup>42</sup> “VII. Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.” OSORIO, Ángel Ob. Cit. Pág. 336.

<sup>43</sup> Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(Expedientes 13232-15646).

en el ámbito penal, y dejar de lado la tasación del mismo en *gramos oro* para utilizar, en cambio, el salario mínimo como vía de cálculo, por razones de índole económica y, principalmente, por la conexión que se mantiene entre el salario mínimo y el costo de vida.

“Por su importancia, transcribe la Sala, in extenso, las consideraciones sentadas en el fallo de 6 de septiembre de 2001 de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el daño moral y la tasación de los perjuicios correspondientes:

*“La reparación, en efecto, conforme a nuestro sistema legal, sólo debe atender a la entidad del daño mismo; debe repararse todo el daño causado, y sólo el daño causado, independientemente de la culpabilidad de su autor, o de la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, y éste es un principio común a todos los casos, al margen de que la reparación se efectúe en un proceso penal, civil, laboral, contencioso administrativo o de otra índole. Este postulado básico (...) fue consagrado de manera expresa por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos: “Art. 16.- Valoración de los Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. No 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. 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. 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. (...) 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. (...) 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 (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.*

“De la jurisprudencia del Consejo de Estado se desprenden, al menos, las siguientes conclusiones: el daño moral puede probarse por cualquier medio probatorio. Sin embargo, la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) no tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado). **Para la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero está obligado a observar, por expreso mandato legal los principios de equidad y reparación integral.** El Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no **vincula** de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas.

“En ese marco, el último cargo que aborda la Sala plantea asuntos de especial trascendencia para el derecho constitucional en tanto (i) deja abierta la duda de la vinculación de los jueces administrativos a la jurisprudencia del Consejo de Estado; (ii) formula el problema de si, en la materia, debe aceptarse una discrecionalidad plena del juez, lo que, en principio, podría afectar el derecho al debido proceso y el derecho a la motivación de los fallos judiciales; y (iii) plantea la inquietud de qué debe entenderse por equidad y/o si existen parámetros racionales para que la tasación del daño sea objeto de una justificación susceptible de ser ilustrada intersubjetivamente, y por lo tanto, de control legal y constitucional.

"A juicio de la Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales."<sup>44</sup> (Negrillas adicionales – subrayado del texto original).

"....."

"7.2.1.5. Finalmente, el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995, precisamente a partir del análisis de constitucionalidad de una norma legal según la cual los particulares pueden portar armas de manera excepcional, de acuerdo con la *'potestad discrecional'* de la autoridad competente. Dijo la Corte Constitucional en aquella oportunidad:

"Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó.

**"No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional.** En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. **El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de**

---

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia T-351 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas.

**derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.**

“Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. [...]”<sup>45</sup>

“7.2.1.6. La jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser *intensa*, no puede ser cualquier tipo de contratiempo.<sup>46</sup> En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales.<sup>47</sup> Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara).

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)]. Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon.”

<sup>47</sup> Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 (CP Hernán Andrade Rincón) [Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109)]. Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: *‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’* (fl. 48 C. 2). || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes transcrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden

**"7.2.1.7. Visto lo anterior, puede decirse que cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no *ex ante* y de forma general.**

"Pero ello, claro está, no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales.<sup>49</sup> **Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatoras.**

---

eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos. || De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso."

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de marzo 7 de 2002 (CP Jesús María Carrillo Ballesteros) [Rad. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807)]. La sentencia sostiene al respecto lo siguiente: "Tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de la indemnización del perjuicio moral no es reparadora ni restitutoria, sino compensatoria. En este sentido, asiste razón al apelante cuando afirma que todo el oro del mundo es insuficiente para compensar la pérdida que causa la muerte de un inocente niño. || Y es, precisamente, sobre la anterior premisa que la jurisprudencia ha construido su criterio para la valoración e indemnización del perjuicio, en el que reconoce discrecionalidad al juzgador y apela a su buen juicio, pero que exige del mismo la observancia de principios tales como la equidad y la igualdad, en aras de los cuales, y sin que ello implique desconocer las circunstancias propias de cada caso, al entrar a fijar la indemnización debe concederla en un monto similar al reconocido frente a hechos similares. || Aunque por mandato Constitucional los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, la misma Carta reconoce los criterios auxiliares que para la actividad judicial representan los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina. || Bajo este universo, para la Sala es claro que, en tanto no contravengan ni el texto ni el espíritu de la ley, las directrices jurisprudenciales constituyen un importante instrumento para quien administra Justicia, además de brindar seguridad a los asociados sobre las pautas que regirán la resolución de sus conflictos."

"7.2.1.8. También debe precisar esta Sala que el concepto de 'razonabilidad' que impera en el estado social de derecho no es de carácter emocional. Es decir, cuando un juez establece que una decisión es razonable, no puede basarse en que sus emociones le dicen que esa es la respuesta adecuada al caso. **La discrecionalidad no es arbitrariedad. Tampoco, por supuesto es sinónimo de falta de racionalidad y de razonabilidad.**

**"Una evaluación de razonabilidad, busca encontrar razones y argumentos fundados no sólo en las reglas de 'racionalidad', sino también en reglas de carácter valorativo. Es decir, con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, en tanto que con la razonabilidad se busca evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden ser lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.**

"7.2.1.8.1. Durante años, la tradición jurídica abogó por una aplicación de las reglas casi mecánica, que no involucrara, en la medida de lo posible, valoraciones o consideraciones por parte del juez. El silogismo judicial, modelo argumentativo defendido en tal tipo de posturas, se presentaba como la herramienta que permitía aplicar lógicamente los conceptos y categorías jurídicas a los casos concretos para así llegar a la solución correcta de un asunto.

"7.2.1.8.1.2. No obstante, esta forma '*racional*' de aplicación del derecho comenzó a ser cuestionada, especialmente después de los sucesos acaecidos durante la segunda guerra mundial, por permitir llegar a conclusiones que si bien eran lógicas, desde la perspectiva del silogismo judicial, eran totalmente '*irrazonables*' desde un punto de evaluación más amplio. Es decir, se criticaba la posibilidad de tener decisiones racionales, desde una perspectiva de deducción conceptual y lingüística, más no razonables, desde una perspectiva instrumental y valorativa.

"7.2.1.8.1.3. La diferencia entre *racionalidad* y *razonabilidad* fue explicada de forma magistral en el contexto iberoamericano por el profesor hispano-guatemalteco Luis Recasen Siches (1903 – 1977), mediante un ejemplo tomado de un gran jurista alemán (Gustav Radbruch) que popularizó en su texto *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* (1956). Dice así:

"[...] En el andén de una estación ferroviaria de Polonia, había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba: '*se prohíbe el paso al andén con perros*'. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le

impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de ese modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno a la interpretación de aquel artículo del reglamento.

“No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutiblemente derecho a entrar ella, junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto de ‘perro’. Si el legislador hubiera querido prohibir también el caso con osos, tenía dos caminos para hacerlo así: o bien haber añadido la palabra ‘osos’ a continuación de la palabra perros; o bien haber empleado una designación más amplia, por ejemplo ‘animales de cierto tamaño’; o ‘animales peligrosos’ o ‘animales que puedan ocasionar molestias a los viajeros’, o simplemente ‘animales’, pero lo cierto es que usó la palabra ‘perros’, la cual es perfectamente unívoca y no ofrece ninguna posibilidad racional de que se le dé un sentido diverso del que tiene, ni más amplio ni más restringido: ni animales diferentes de los perros, ni una determinada especie de perros: sencillamente cualquier perro y nada más que los perros.

“Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier lego en la materia de Derecho, pero con sentido común, habrá de reputar como descabellada esta interpretación, aunque ella sea incontrovertiblemente correcta, la única absolutamente correcta, desde el punto de la lógica tradicional. Este caso, ciertamente tan sencillo, constituye un impresionante síntoma del hecho de que por lo visto la lógica tradicional es inadecuada, al menos en parte, para iluminarnos en la interpretación de los contenidos de los preceptos jurídicos. La contemplación de este caso nos sugiere irresistiblemente las vehementísimas sospechas de que hay problemas de interpretación jurídica, para los cuales la lógica tradicional no sólo no nos sirve, sino que produce consecuencias disparatadas. ¿Por qué? Porque la lógica tradicional [...] no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.”<sup>50</sup>

“7.2.1.8.1.4. A la luz de la aplicación del derecho que demandarían las nociones de subsunción conceptual de la lógica clásica, la solución *racional*, como sostiene Recasens Siches, es claramente *irrazonable*. **Si bien es imposible deducir de la mera aplicación literal de la regla que los osos quedan excluidos de poder ingresar a la estación de trenes, es claro, de acuerdo al sentido común, que si se considera incompatible el ingreso de perros, con mayor razón la de osos. No tiene sentido que ningún guarda deje entrar al oso, así el cartel**

---

<sup>50</sup> RECASENS SICHES, Luis (1956) *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Editorial Porrúa S.A. México, 1980. pág. 165. Con relación al origen del ejemplo dice Recasens Siches: “Aunque sin sacar de él ni remotamente las consecuencias que me parecen pertinentes, Radbruch [Gustav Radbruch, *Grunzuege der Rechtsphilosophie*, 1914]. –tomándolo creo que de Petrasyski– relata un caso, el cual, aunque muy sencillo, puede servir para ejemplificar con gran relieve la idea que propugno en este libro, y que acabo de bosquejar”.

**hable únicamente de perros. Pero, se insiste, esta inferencia es razonable, no racional.**<sup>51</sup>

"7.2.1.8.1.5. Además de mostrar que la aplicación del derecho tiene que ver más **con la 'lógica de lo razonable'**, que con la 'lógica de lo racional', el ejemplo permite desvirtuar la afirmación según la cual, la interpretación de un texto jurídico sólo tiene lugar en aquellos casos en que el mismo no es claro, y su sentido ha de ser precisado. La vieja regla de interpretación según la cual, no es dado al intérprete buscar el sentido de una norma cuando su sentido literal es claro. Si se aplicara esta regla clásica de interpretación al caso de la estación de trenes citada por Recasens Siches, se tendría que concluir necesariamente que el oso sí puede entrar a la estación de trenes. Es decir, nuevamente la solución racional del caso sería irrazonable. El dueño del oso en el ejemplo, podría insistir diciendo lo siguiente: *–según una aplicación literal del texto (se prohíbe el paso al andén con perros), mi perro puede entrar; el texto es claro en tal sentido. Y es precisamente esa claridad del texto, la que impide que se trate de dar otra solución al caso, cambiando la regla aplicable con base en una interpretación que apele al 'espíritu de la norma'–.*

"Por supuesto, bajo el orden constitucional vigente, ninguna autoridad puede amparar una decisión jurídica que sea irrazonable por el hecho de fundarse en una aplicación racional de los textos. Una lectura de una norma legal que desatienda o despreteja los valores, bienes y principios que son objeto de protección jurídica de la propia norma, por ejemplo, es irrazonable jurídicamente, sin importar cuán racional sean los argumentos que sostengan tal lectura del derecho. Incluso, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, antes del cambio a la Carta Fundamental en el año 1991, el Congreso de la República había excluido de amplias áreas del derecho la centenaria norma de prohibición de interpretación de textos que fueran claros (v. gr., de códigos completos que regían parte importante de la población).<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Existen diversas formas de usar la expresión 'racional'; acá se hace referencia con esta expresión a la lógica clásica tradicional con base en la cual se construyó buena parte del saber jurídico tradicional.

<sup>52</sup> Por ejemplo, a propósito de la aplicación de Código de la Infancia de 1989, la Corte Constitucional indicó lo siguiente: "[...] cuando una persona va a interpretar el sentido de una disposición normativa, para con base en ella tomar una decisión que afecta a la vida de un menor, *el interés superior del menor* se tomará en cuenta por encima de cualquier otra consideración (art. 44, C.P. y art. 20, C. del M.) El artículo 22 del Código del Menor hace explícita esta consideración hermenéutica al imponer al intérprete del texto la siguiente regla de lectura: *'la interpretación de las normas contenidas en el presente Código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor.'* El Código no otorga espacio de discrecionalidad al intérprete para usar o no el parámetro de lectura. || No se trata de una regla de interpretación residual que sólo debe usarse en aquellos casos en que la ley 'no sea clara', se trata de una pauta de interpretación obligatoria en todos los casos. En otras palabras, no es aceptable dentro del orden constitucional vigente entender el significado de una norma del Código del Menor, tanto en general como en el caso concreto, que no implique en efecto, la protección del interés superior del menor, así se trate de una lectura fiel al texto." Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José

“7.2.1.9. En síntesis, los perjuicios morales son daños que pueden ser reconocidos por el juez administrativo y cuyo pago puede ser ordenado siempre que los mismos se encuentren debidamente probados. No basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, es preciso probar que la afectación fue *intensa*. Así, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales. Tampoco es suficiente demostrar situaciones contextuales que evidencien los problemas vividos, pero sin contar con prueba alguna de los perjuicios morales en sí mismos considerados.

**“La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o intuición judicial. El ejercicio de la discrecionalidad debe tener en cuenta (a) *“las condiciones particulares de la víctima”* y (b) *“la gravedad objetiva de la lesión”*. En cualquier caso, la decisión de definición de los perjuicios morales deben tener en cuenta los principios de *equidad, razonabilidad y reparación integral*.**

“Vistos los presupuestos jurisprudenciales para la definición de los perjuicios morales en materia administrativa, pasa la Sala a analizar las sentencias judiciales acusadas.

“(…)”<sup>53</sup>

De la simple lectura de las recientes sentencias de la Corte Constitucional que se han ocupado del perjuicio moral y su tasación, se pueden extraer varias conclusiones: i) existe una línea jurisprudencial consistente y estable que configura un precedente horizontal que tuvo como sentencia fundadora e hito, la adiada el 6 de septiembre de 2001, y que avala como principal instrumento para la tasación del perjuicio moral el *arbitrio iudice* que refleja una discrecionalidad judicial sin que se pueda caer en la arbitrariedad, ii) el fundamento del arbitrio judicial se encuentra en una lógica de lo razonable, circunstancia por la cual para su concreción se deben exponer justificaciones frente al caso concreto –lo que nunca se ha negado desde el plano del arbitrio judicial–, iii) para la idónea liquidación del

---

Cepeda Espinosa, AV Manuel José Cepeda Espinosa, SV Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Alvaro Tafur Galvis).

<sup>53</sup> Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2012, M.P. María Victoria Calle.

perjuicio material es necesario concordar o sopesar el arbitrio judicial con los principios de equidad y de reparación integral, iv) el valor de la indemnización atenderá a las condiciones particulares de la víctima y **v) a la gravedad objetiva de la lesión.**

La Sala comparte el razonamiento y la argumentación de la honorable Corte Constitucional que a partir de los mencionados pronunciamientos ha obligado –vía acción de tutela contra providencias judiciales– a que los jueces respeten el precedente judicial que ha fijado el Consejo de Estado, sin que se puedan adoptar decisiones carentes o con falencias en la motivación. No obstante, se aparta de la última conclusión fijada por el Tribunal Constitucional, toda vez que para el caso concreto que se estudiaba era viable exigir una prueba objetiva de la gravedad de la lesión (en el asunto específico la dificultad que sufrieron unos estudiantes para obtener su grado, ya que el programa académico no estaba registrado). Ahora bien, exigir una prueba objetiva en eventos en los que se estudia la pérdida de un ser querido o las lesiones psicofísicas padecidas, es un requerimiento que desborda la misma lógica y razonamiento que tanto prohija la Corte a lo largo de la providencia T-212 de 2012.

Lo anterior, por cuanto las reglas de la experiencia<sup>54</sup>, y la práctica científica<sup>55</sup> han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser

---

<sup>54</sup> “El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias sociales y económicas (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo.

“La aflicción, al igual que la muerte es una experiencia personal. La investigación actual ha cuestionado las nociones previas de un solo patrón “normal” de aflicción y un programa “normal” de recuperación. El hecho de que una viuda hablara con su difunto marido era considerado como una señal de perturbación emocional, que ahora se reconoce como una conducta común y útil (Luna, 1993b). Aunque algunas personas se recuperan con bastante rapidez después del duelo otras nunca lo hacen.” PAPANIA Diane E., Wendkos Olds Rally y Duskin Feldman Ruth. Desarrollo Humano. Ed. Mc Graw Hill. Novena Edición. Méjico D.F. 2004. pag. 766 y s.s.

<sup>55</sup> Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida.”

querido o cuando se padecen lesiones se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo, presunción que se hace extensiva inclusive a los abuelos y nietos.

En esa línea de pensamiento, de la mano de las consideraciones expuestas por esta Corporación y por la jurisprudencia constitucional, es posible afirmar sin ambigüedad que la exigencia de razonabilidad y racionalidad en la valoración y tasación del perjuicio moral no es incompatible con el arbitrio judicial. Por el contrario, el *arbitrio iudicis* en aras de no caer en la arbitrariedad, exige del operador judicial una carga mínima de argumentación a través de la cual, previo el análisis del caso concreto y de las condiciones particulares de las víctimas, se determine la aplicación del precedente a partir de las subreglas que esta Sección ha delimitado, según las cuales en casos de muerte o lesiones, el dolor moral se presume, mientras que para otro tipo de afectaciones es necesario acreditar su existencia o configuración (v.gr. la pérdida de bienes inmuebles, etc.).

En consecuencia, resulta imperativo para esta Sala reiterar su precedente horizontal y, por lo tanto, la línea jurisprudencial sobre la materia, según la cual los perjuicios morales dada su connotación de inconmensurables no pueden ser sometidos a reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización, ya que están encaminados a compensar –no indemnizar– bienes jurídicos de contenido personalísimo –subjetivos– y, por ende, que no pueden ser sometidos a una ponderación, ya que no existen derechos en conflicto o tensión. De este modo, la Sala acoge los planteamientos críticos del profesor Rafael Asís, quien en relación con el principio de proporcionalidad o ponderación ha formulado los siguientes cuestionamientos:

“Resulta enormemente complicado establecer con carácter general cuáles son los fines del desarrollo de un derecho y cuáles son los fines constitucionalmente legítimos. En relación con lo primero, en ocasiones el desarrollo del derecho se hará desde una declaración expresa de los fines que se pretende alcanzar, pero en otras ocasiones, ante la ausencia de esa declaración expresa, habrá que deducirlos del propio desarrollo. En todo caso, lo relevante en este punto es la utilización de las herramientas clásicas de interpretación para la obtención de los fines asociados al desarrollo. A partir de ahí, habrá que poner esos fines en relación con los establecidos con la Constitución.

“De nuevo, en este punto surgen complicaciones. Una primera vía de aproximación, de índole negativa, consiste en afirmar que un fin es ilegítimo cuando está expresamente prohibido por la Constitución. Esta vía

permite descartar opciones de desarrollo pero deja abierto un amplio marco de posibilidades. La segunda vía de aproximación, esta vez de índole positivo, consiste en afirmar que son fines legítimos todos aquellos que tienen que ver con la realización de valores, principios, bienes o derechos constitucionales. Por tanto, desde esta vía, se exige que el desarrollo se ponga en conexión con alguno de estos referentes constitucionales. Obviamente, el marco de posibilidades sigue siendo amplio.

“La segunda exigencia de este principio tiene que ver con el medio. De nuevo, debemos ser conscientes del amplio margen de valoración presente en esta exigencia. En efecto, en este punto aparecen una serie de referentes que poseen un amplio margen de indeterminación (eficacia, tiempo, técnicas, etc.). Aun así, la utilidad de esta exigencia (en definitiva de la formalización del principio de proporcionalidad, no es otra que la de establecer eso que más adelante denominaré como cuestiones de agenda. Por otro lado, es importante recordar que en todos los pasos, la cuestión de legitimidad del órgano que desarrolla el derecho es esencial.

“(…) Como hemos visto estos subprincipios plantean una serie de problemas y, difícilmente, puede decirse que con su utilización se garantiza el logro de las únicas decisiones correctas.”<sup>56</sup>

Así las cosas, como en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes (esposa, hijos y hermanas) de acuerdo con las pruebas de las lesiones y de la relación de parentesco, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta su naturaleza y gravedad.

Lo anterior con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama “inferencias”; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que éste es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógica-deductiva, participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas.

---

<sup>56</sup> DE ASÍS, Rafael “El juez y la motivación en el derecho”, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 114 a 117.

De la misma manera, la prueba de la relación de consanguinidad permite inferir la existencia de afecto y unión entre la víctima y sus deudos. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de alguno de los miembros de la familia afecta a los demás, en lo que atañe al perjuicio moral.

Establecido el parentesco, se da por probado el perjuicio moral, con motivo de la muerte de Jesús Geobani Serna Camayo, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que en este tipo de eventos se causa dolor y angustia a sus parientes cercanos, con quienes conformaba su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

Las reglas del común acontecer, y la práctica científica han determinado de manera general, que cuando se está ante un atentado contra la integridad física o psíquica de un ser querido, se siente aflicción.

En consecuencia, conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado<sup>57</sup>.

Las reglas del común acontecer, y la práctica científica han determinado de manera general, que cuando se está ante un atentado contra la vida o la integridad física o psíquica de un ser querido, se siente aflicción.

En consecuencia, como la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes con la muerte de su pariente, de acuerdo con los certificados de los registros civiles allegados al proceso, se da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama

---

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

“inferencias”; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógica-deductiva, participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas.

En ese orden de ideas, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2012 y se condenará, a la demandada, a pagar la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales para para la cónyuge y los hijos; y 50 salarios mínimos legales mensuales para cada una de las hermanas de la víctima.

### 3.2 Perjuicios Materiales

#### 3.2.1 Daño emergente

Por este concepto no se hizo petición alguna, motivo por el cual no hay lugar a su estudio.

#### 3.2.2 Lucro Cesante

Con el fin de establecer los ingresos mensuales del señor Jesús Geovanni Serna Camayo, se aportó al proceso certificación que da cuenta que se desempeñaba como Sargento Viceprimero del Ejército Nacional (fls. 93 y 94 cdno. No. 1), en las que consta que para la fecha de su muerte devengaba la suma de \$1.271.268,29, valor que actualizado corresponde a \$3.348.054,02<sup>58</sup>

Al salario base de liquidación, de conformidad con la posición de la Sala<sup>59</sup>, se le aumenta un 25% (\$837.013,51), por concepto de prestaciones sociales, en

---

<sup>58</sup> Va=\$1.271.268,29 111,35 (IPC Junio 2012)

-----  
42,28 (IPC Junio 1997)

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, Exp. No. 16.058 (acumulado 21.112), C.P. Enrique Gil Botero y sentencia de 11 de noviembre de 2009, Exp. No.

atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas, para un total de \$4.185.067,53, suma a la que se le descuenta un 25% correspondiente a lo que la víctima destinaba a su propio sostenimiento (\$1.046.266,88), lo que arroja el salario base de liquidación en \$ 3.138.800,65.

El lucro cesante se reconocerá a favor de la cónyuge de la víctima, para lo cual se tendrá en cuenta la mitad del salario base de liquidación (\$1.569.400,32); y para los hijos, María Alejandra y Jeyson Alexander, quienes eran menores de edad a la fecha de los hechos hasta el día en la que llegarían a los veinticinco años, la otra mitad del salario base de liquidación (\$1.569.400,32), discriminada en partes iguales, lo que es igual a una base de \$784.700.16 para cada uno.

Lucro cesante a favor de Teresita del Niño Jesús Correa Castrillón, cónyuge del señor Jesús Geovanni Serna Camayo:

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = \frac{Ra (1 + i)^n - 1}{i}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$1.569.400.32

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día de los hechos (26 de junio de 1997) hasta la fecha de esta sentencia (julio de 2012), esto es, 181,00 meses.

$$S = \frac{\$1.569.400.32 (1 + 0.004867)^{181} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 454.015.147,43$$

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$1.569.400.32

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día de esta sentencia (julio de 2012) hasta la fecha de vida probable de Jesús Enrique Álvarez Bedoya<sup>60</sup> (486,36), menos el periodo consolidado (181,00), esto es, 305,36 meses.

$$S = \$1.569.400.32 \frac{(1+0.004867)^{305,36} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{305,36}}$$

$$S = \$249.243.263,99$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Teresita del Niño Jesús Correa Castrillón equivale a \$703.258,411.

Lucro cesante a favor de María Alejandra Serna Correa, hija del señor Jesús Geovanni Serna Camayo.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

<sup>60</sup> La edad del Sargento Serna Camayo al momento de su muerte era de 36 años, y su vida probable era de 40,53 años. (fl. 13 y 68 reverso cdno. No. 1)

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$784.700,16

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (26 de junio de 1997) hasta la fecha de esta sentencia (julio de 2012), esto es, 181,00 meses, esto es, 181,00 meses.

$$S = \$784.700,16 \frac{(1 + 0.004867)^{181,00} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 227.007.573,71$$

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$784.700,16

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día de esta sentencia (julio de 2012) hasta la fecha en la que cumpliría los veinticinco años (03 abril de 2021), esto es, 105,00 meses.

$$S = \$784.700,16 \frac{(1 + 0.004867)^{105,00} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{105,00}}$$

$$S = \$64.391.775,74$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de María Alejandra Serna Correa equivale a \$291.399,349.

Lucro cesante a favor de Jeyson Alexander Yela Correa, hijo de crianza del señor Jesús Giovanni Serna Camayo.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$784.700,16

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el periodo indemnizable: desde la fecha de los hechos (26 de junio de 1997) hasta la fecha de esta sentencia (julio de 2012), esto es, 181,00 meses, esto es, 181,00 meses.

$$S = \$784.700,16 \frac{(1 + 0.004867)^{181,00} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 227.007.573,71$$

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$784.700,16

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día de esta sentencia (julio de 2012) hasta la fecha en la que cumpliría los veinticinco años (11 de marzo de 2014), esto es, 20 meses.

$$S = \$784.700,16 \frac{(1 + 0.004867)^{20} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{20}}$$

$$S = \$14.919.827,11$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Jeyson Alexander Yela Correa equivale a \$241.927.401.

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

**FALLA:**

**REVÓCASE** la sentencia de 9 de agosto de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en su lugar se decide:

**1) Declárase** patrimonialmente responsable a la Nación, - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional -, por la muerte de Jesús Geovanni Serna Camayo.

**2) Condénase** a la Nación, - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional -, a pagar, por perjuicios morales a Teresita Correa Castrillón, María Alejandra Serna Correa y Jeyson Alexander Yela Correa, la suma equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales

mensuales vigentes, a cada uno de ellos; por ese mismo concepto, a pagar a Shirley, Neyla Lily, Elith Munevar y Ruby Inelda Serna Camayo, el equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada uno de ellos.

**3) Condénase** a la Nación, - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional -, a pagar, por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, las siguientes sumas:

- A favor de Teresita Correa Castrillón, la suma de setecientos tres millones doscientos cincuenta y ocho mil pesos (\$703'258.000).

- A favor de María Alejandra Serna Correa, la suma de doscientos noventa y un millones trescientos noventa y nueve mil pesos (\$291'399.000).

- A favor de Jeyson Alexander Yela Correa, la suma de doscientos cuarenta y un millones novecientos veintisiete mil pesos (\$241'927.000).

**4)** Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**5)** En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**Presidenta de la Sala**