

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Noción. Definición. Concepto / LEGITIMACION EN LA CAUSA - Fundamento

La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. (...) la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia. (...) la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas (...) la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 23 de abril de 2008, exp.16271; sentencia de 31 de octubre de 2007, exp. 13503 y sentencia de 20 de septiembre de 2001, exp.10973

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Noción. Definición. Concepto

La legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas –lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial– sí sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial.

REPRESENTACION JUDICIAL DE LA NACION - Regulación normativa / NACION - Representantes judiciales. Reiteración jurisprudencial

El artículo 49 de la ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, es la norma que regula el tema de la representación judicial de la Nación. (...) la Nación, como persona jurídica, tiene diferentes representantes judiciales, de acuerdo con diversos supuestos fácticos. Así, el inciso segundo consagra la regla general en materia de representación judicial de la Nación, quien será representada por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho, de tal forma que puede ser un Ministro de despacho, un Director General de Departamento Administrativo, un Superintendente en el caso de las superintendencias que carezcan de personería jurídica, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Fiscal General, el Procurador o el Contralor. De igual manera, el Presidente del Senado es el representante de la Nación, cuando se trate de hechos que se le imputan al Congreso de la República. Así las cosas, es claro que las autoridades mencionadas por la norma, en primer lugar, acuden al proceso en representación de las entidades que dirigen, sin embargo, dentro del estricto sentido procesal, todos acuden al proceso a representar a la persona jurídica de la que hace parte el respectivo órgano, esto es, la Nación, que es quien tiene capacidad para ser parte y comparecer al proceso, y lo hace, a través de sus representantes, que como queda expuesto, varían según el órgano causante del daño.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 149 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 49

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial Representantes Judiciales de la Nación, consultar sentencia del 11 de mayo de 2006

REPRESENTACION JUDICIAL - Nación. Rama judicial

La jurisprudencia relacionada aborda un problema similar en torno a la representación de la Nación-Rama Judicial, sin embargo, las consideraciones hechas en relación a este problema jurídico son extensivas al asunto planteado, comoquiera que la persona jurídica demandada es la Nación; no obstante, la Sección Segunda de esta Corporación, en análisis de la representación judicial de la Nación- Ministerio de Defensa-, en asunto similar al del sub judge, expresó lo siguiente: "Ahora, en cuanto a la primera inquietud planteada que más bien se concreta en la falta de legitimación en la causa del Ministerio de Defensa Nacional en el sub examine, observa la Sala que contrario a lo expresado dentro del recurso y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 4222 del 23 de noviembre de 2006, el Gobierno Nacional determinó que la representación judicial y administrativa de la Policía Nacional quedaría a cargo del Secretario General de dicha Institución previa delegación del Ministro de Defensa Nacional, de donde resulta que la representación judicial en principio se encuentra radicada en cabeza del Ministro, y que por delegación, de conformidad con lo previsto en la Ley 489 de 1998 y en el Decreto señalado, la ejerce el Secretario General de la Policía Nacional, razón por la que resultaba acertada la delimitación de la parte demandada en la forma como fue propuesta por la demandante, tornándose inanes las alegaciones expuestas por la recurrente en tal sentido." La apoderada del Ministerio de Defensa, Policía Nacional, alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, señalando que no tuvo la oportunidad de defenderse. La Sala no comparte su argumento, por cuanto la parte demandada, y al final condenada, es la Nación, quien acude al proceso a través del Ministerio de Defensa, que la representa judicialmente de conformidad con el artículo 149 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 149 / LEY 489 DE 1998 / DECRETO 4222 DE 2006 - ARTICULO 20

NOTA DE RELATORIA: Consultar Consejo de Estado, Sección segunda, sentencia de 29 de abril de 2012

ESTRUCTURA ORGANICA DEL MINISTERIO DE DEFENSA - Regulación normativa

La Policía Nacional y el Ejército Nacional hacen parte de la estructura orgánica de la cartera de defensa, en virtud del artículo 1° del decreto 049 de 2003, que estatuye: "Artículo 1°. La estructura del Ministerio de Defensa Nacional será la siguiente: 6. Fuerzas Militares 6.1. Comando General 6.1.1. Dirección General de Sanidad Militar 6.1.2. Federación Colombiana Deportiva Militar 6.2. Ejército 6.3. Armada Nacional 6.4. Fuerza Aérea 7. Dirección General de la Policía Nacional de Colombia." Asimismo, el decreto 4222 de 2006, mediante el cual se modificó la estructura del Ministerio de Defensa, en su artículo 20 establece que una de las funciones de la Secretaría General de la Policía Nacional es la de representar judicialmente a la institución, pero, con la delegación previa del Ministro.

FUENTE FORMAL: DECRETO 049 DE 2003 - ARTICULO 1 / DECRETO 4222 DE 2006 - ARTICULO 20

REPRESENTACION JUDICIAL DE LA NACION - Radicada en el Ministro respectivo / MINISTERIO DE DEFENSA - Legitimación en la causa y representación judicial de la Nación / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - No se configuró

La legitimación en la causa y la representación judicial de la Nación está radicada en cabeza del Ministro respectivo, en este caso, el de la Defensa, y éste, a su vez, puede delegar esa representación a la oficina correspondiente del Ejército, la Policía, la Fuerza Aérea o Armada Nacional, porque todos hacen parte de su estructura orgánica, y la eventual condena se imputa a un solo presupuesto, esto es, el de la Nación. Así las cosas, para la Sala no se configuró la falta de legitimación en la causa alegada, toda vez que la Nación estuvo representada por el Ministerio de Defensa, función que se ejerció a través de varios apoderados que constituyeron: el Jefe de Estado Mayor de la Cuarta Brigada de Medellín en la contestación de la demanda, la jefe de la división de negocios judiciales de la Policía Nacional en la etapa de conciliación y, el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa, en esta instancia. En ese sentido, se itera, que la Nación, como persona jurídica demandada, ejerció su derecho de defensa y contradicción, por lo que no es posible afirmar que se le vulneró el debido proceso, puesto que durante su trámite, su apoderado judicial hizo uso de mecanismos procesales con miras a ejercer su defensa.

PRUEBA - Valor probatorio. Valoración probatoria / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - Valor probatorio. Valoración probatoria / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - Prueba documental / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - Dan cuenta de la noticia pero no son documentos que conlleven a la certeza de la información en ellos contenidos / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - No pueden ser valorados

En lo que concierne a las informaciones difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, la Sala ha señalado que, en términos probatorios, en principio no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción alguna a dichos documentos, en cuanto se relacionan con la configuración del daño antijurídico y su imputación a la organización pública, en tanto que a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados. (...) los informes de prensa sólo pueden probar el hecho de haber publicado una información, más no generan certeza de su contenido, por lo que no pueden valorarse los recortes de periódicos aportados al proceso.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia de 1 de marzo de 2006, exp.16587; sentencia de 17 de junio de 2004, exp.15540; sentencia de 27 de junio de 1996, exp.9255; sentencia 15 de junio de 2000, exp.13338; sentencia de 10 de noviembre de 2000, exp.18298; sentencia de 16 de enero de 2001, exp.ACU-1753; sentencia de 25 de enero de 2001, exp.3122; sentencia de 6 de junio de 2002, exp.739-01; sentencia de 15 de junio de 2000, sentencia de 25 de enero de 2001; sentencia de 6 de junio de 2007, exp.AP-00029; sentencia de 15 de junio de 2000, exp.13338; sentencia de 2 de marzo de 2006, exp.16587; sentencia de 29 de mayo de 2012, exp.11001-03-15-000-2011-01378-00

PRUEBA TESTIMONIAL - Valor probatorio. Valoración probatoria / PRUEBA TESTIMONIAL - Criterios objetivos de valoración. Reiteración jurisprudencial Corte Suprema de Justicia

En lo que respecta a la valoración de la prueba testimonial, la doctrina ha sostenido lo siguiente (...) A su vez, se han determinado criterios objetivos de valoración probatoria del testimonio como lo son: (i) probidad de quien interviene en la prueba, en el que se tiene en cuenta las condiciones personales del testigo, la aptitud en la declaración; (ii) ciencia, relacionados con la fuente de conocimiento del testigo; (iii) credibilidad que es la conducencia de la declaración; y (iv) la concordancia entendida como la coherencia guardada con los demás medios de prueba.

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 5 de 1999, exp.4978

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Configuración del daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte de hermanos en Sabaneta Antioquia. Abuso de la fuerza y de las armas en operativo policial / FALLA DEL SERVICIO - Por exceso de la fuerza pública. Configuración / LEGITIMA DEFENSA OBJETIVA - No se probó / LEGITIMA DEFENSA OBJETIVA - Inexistencia

Conforme al acervo probatorio, en la mañana del 11 de junio de 1994, en Sabaneta, Antioquia, murieron Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz, ambos por heridas de arma de fuego en la cabeza y en el tórax; en ese orden, se encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico, consistente en la lesión a varios derechos e intereses legalmente protegidos de los demandantes, que no estaban en la obligación de soportar, toda vez que el ordenamiento jurídico no les imponía la carga de tolerar los perjuicios irrogados con motivo de la muerte de los hermanos citados. (...) no obra en el expediente ningún tipo de prueba técnica o de otra índole que permita confirmar el dicho de los policiales, en lo que atañe a la configuración de un evento de legítima defensa objetiva por parte de los miembros de la Policía Nacional y el consecuente hecho de la víctima, aducido por la demandada, como causal eximente de responsabilidad patrimonial. Sin duda, lo que se configuró fue una falla del servicio por parte de la entidad demandada, consistente en el abuso de la fuerza y de las armas en el operativo policial en el que murieron los hermanos Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz. Efectuadas las anteriores consideraciones, y en atención a los medios probatorios señalados, para la Sala es evidente que en el caso concreto se incurrió en una falla del servicio por exceso de la fuerza pública, comoquiera que el resultado fue desproporcionado en relación con la inminencia de la circunstancia.

FALLA DEL SERVICIO - Exceso de la fuerza pública. Precedente jurisprudencial nacional. Precedente jurisprudencial internacional / INVIOLABILIDAD DEL DERECHO A LA VIDA - Precedente jurisprudencial

El uso de la fuerza y, concretamente, la necesidad de segar una vida humana se establece como un criterio de ultima ratio, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión. Asimismo, el deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema falla del servicio por exceso de la fuerza pública, consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de marzo de 1993, expediente número 7237; sentencia de 26 de mayo de 2010, expediente número 18888, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero. En relación al uso

excesivo de la fuerza pública, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corteich), sentencia de 19 de enero de 1995, Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. En relación con la inviolabilidad del derecho a la vida, consultar sentencia de 11 de febrero de 2009, expediente número 17318, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio. Sobre la prohibición de la pena capital, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 16 de mayo de 1974, Magistrado Ponente doctor Luis Sarmiento Buitrago y sentencia de 30 de octubre de 1978, Magistrado Ponente doctor Luis Carlos Sáchica Aponte. Sobre el respeto del derecho a la vida por parte de las autoridades, como un principio rector de la constitución, consultar Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 4 de agosto de 1981, Magistrado Ponente doctor Mario Latorre Rueda. En el mismo sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe No. 86/99, Caso 11589, Armando Aljendre y otros vs. Cuba, 29 de septiembre de 1999. Tribunal Constitucional Español, sentencia STC 53/1985 FJ 3º. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, sentencia de 19 de septiembre de 1999. Sobre el tema ejecuciones extrajudiciales, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe No. 32, Caso 10545 (Colombia). Sobre el deber de protección a la vida de todas las personas, como derecho fundamental y principio superior, por parte de las autoridades de la República, consultar Corte Constitucional, sentencia C 013 de 1997, Magistrado Ponente doctor Hernández Galindo y sentencia C 239 de 1997, Magistrado Ponente doctor Gaviria. Sobre el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, en especial la vida, por parte de las fuerzas militares, consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de junio de 2004, expediente número 15208, Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo.

USO DE LA FUERZA PUBLICA - Ultima ratio o último recurso que debe utilizar la fuerza pública para segar una vida / USO DE LA FUERZA PUBLICA - Juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad para establecer si la reacción fue adecuada respecto a la agresión / CONFIGURACION DE UNA FALLA DEL SERVICIO - Desconocimiento del derecho a la vida

El uso de la fuerza y, concretamente, la necesidad de segar una vida humana se establece como un criterio de ultima ratio, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión. Asimismo, el deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida. En términos funcionalistas, se tiene que el Estado, como estructura en cabeza de la cual se radica el poder político y público y, por consiguiente, el monopolio de la fuerza armada, no sólo está obligado a precaver el delito sino también a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que, pudiéndose evitar, se concreten por omisión en el cumplimiento del deber legal contenido en los artículos 2 y 218 de la Carta Política. (...) No significa todo lo expuesto que, en asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que se ponga fin a una vida humana haya lugar a decretar una indemnización de perjuicios, puesto que, dependiendo del régimen o título jurídico aplicable es posible que se haya acreditado una causal eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, o que se establezca un comportamiento diligente y cuidadoso, circunstancias que enervarían las pretensiones de la demanda en esos casos concretos, comoquiera que, en todo proceso en que se juzgue la responsabilidad de la administración pública, en los términos del artículo 90 de la Carta Política, se necesitará de la acreditación del daño antijurídico y de la imputación del mismo a una entidad de derecho público. En consecuencia, la sola demostración del primer elemento no basta para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que éste es

condición necesaria más no suficiente de la misma. Así las cosas, a efectos de establecer si se incurrió en una falla del servicio, por desproporción en el uso de la fuerza pública, resulta imperativo precisar que el uso de la misma debe someterse a un juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, para determinar si se ajustó o no a los parámetros legales y constitucionales, y así establecer si la reacción fue adecuada respecto de la agresión. En el caso concreto, se insiste, que los agentes que participaron en el operativo donde resultaron muertos los hermanos Loaiza Muñoz, hicieron un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza, lo que configuró una falla del servicio, pues se vulneró su derecho a la vida, que sólo puede ceder en estas situaciones o circunstancias, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango, es decir, otra vida humana en términos de inminencia y urgencia, en consecuencia, concluye la Sala, se le debe imputar a título de falla del servicio a la entidad demandada el daño antijurídico y por lo tanto, debe responder patrimonialmente.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Muerte de hermanos en Sabaneta Antioquia. Abuso de la fuerza y de las armas en operativo policial / ACREDITACION DEL PERJUICIO MORAL - Presunción de dolor en miembros más cercanos del entorno familiar. Aplicación reglas de la experiencia / TASACION PERJUICIO MORAL - Monto. Pauta jurisprudencial. Facultad discrecional del Juez según su prudente juicio / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada ha señalado 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 padres y hermanos del occiso. Así las cosas, se accederá a los requerimientos elevados 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

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

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. Reiteración jurisprudencial

La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera– 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. 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 (...) 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.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Noción. Definición. Concepto / SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Método de ponderación / METODO DE PONDERACION - Elementos de estructuración / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación jurisprudencial constitucional

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, 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. 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”. 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. 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.

NOTA DE RELATORIA: Sobre aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, consultar Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Funcionalidad, manejo y aplicación en sede de tasación del daño moral

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. 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. (...) 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.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Determinación y cuantificación del daño moral. Confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad / COMPENSACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación de los principios de arbitrio juris y la equidad

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. 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. (...) 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 juris y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida. (...) 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, toda vez que 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.

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de noviembre de 1967, exp. 414

PERJUICIO MORAL - Muerte de hermanos en Sabaneta Antioquia. Abuso de la fuerza y de las armas en operativo policial / ACUMULACION DEL PERJUICIO MORAL - Para cada demandante por el daño causado a dos o más personas de su núcleo o entorno familiar

El perjuicio moral, desde la óptica en que se le analice - ontológica, filosófica, jurídica, lógica y práctica –, resulta perfectamente acumulable, de conformidad con cada daño antijurídico que padezca la persona o personas que integran el extremo demandante (...) no resulta admisible que se señale que frente a distintas causas y daños antijurídicos, como en este caso, la muerte de dos hermanos, se adopte una única consecuencia jurídica. Lo anterior, en tanto dicha interpretación del perjuicio, desaviene con los principios que rigen en materia indemnizatoria, concretamente, a la obligación existente a nivel constitucional (art. 90 C.P.) de indemnizar todos aquellos daños antijurídicos que sean imputables. (...) Desde el punto de vista de la equidad –principio de rango constitucional–, como instrumento de aplicación al caso concreto de la justicia material, así como desde la perspectiva lógica y ontológica, nadie se atrevería a aseverar que perder un hijo, hermano o abuelo es igual que desprenderse afectivamente de dos o más seres queridos. Se desconoce, por ende, con esta forma de razonar el postulado contenido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, en cuanto dispone la obligación de reparar integralmente los perjuicios padecidos, con fundamento en criterios de equidad. El principio de la reparación integral permite dar un manejo coherente y real a la problemática del daño en materia de responsabilidad patrimonial que posibilita desterrar la postura de algunas decisiones, especialmente en la justicia ordinaria que no compensan los detrimentos sufridos por las víctimas, y donde el desconocimiento del polifacetismo del daño como realidad compleja, va aunado con el ignorar la forma múltiple de protección a los bienes jurídicos, particularmente los de contenido inmaterial, con sacrificio de los parámetros constitucionales, legales y materiales. (...) La Sala considera, entonces, con fundamento en la experiencia como condición del conocimiento, que el dolor y la aflicción que se sufre por la pérdida de un familiar cercano difiere, en su magnitud e intensidad, a la que eventualmente se presenta frente a dos o más de ellos. Lo anterior, comoquiera que en el reconocimiento y liquidación de los perjuicios, bien sea de carácter material o inmaterial –especialmente en estos últimos–, se deben tener en cuenta criterios de razonabilidad y racionalidad, en los términos esbozados por la doctrina y jurisprudencia extranjera, de tal manera que le corresponde al juez a partir de la experiencia, la razón y la equidad, establecer las formas idóneas y expeditas para el resarcimiento del daño, sin que se pierda de vista el paradigma que obliga a la reparación in integrum de éste. (...) es procedente la acumulación homogénea de los perjuicios morales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de acumular perjuicios morales para un demandante por el daño causado a dos o más personas de su núcleo o entorno familiar, consultar sentencia de 20 de mayo de 1993, exp.8325; sentencia de 20 de mayo de 1991, exp.11940; sentencia de 6 de septiembre de 1991, exp. 6330 y sentencia de 1 de octubre de 2008, exp.27268 y sentencia de 1 de octubre de 2008, exp.27268

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración del voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00575-01(24677)

Actor: MARTHA LUCIA BEDOYA VERA Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de noviembre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, en la que se negaron las súplicas de la demanda.

I. Antecedentes

1. En escrito presentado el 27 de abril de 1995, Martha Lucía Bedoya Vera, actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad, Yeison Jovanny Loaiza Bedoya; Luis Emilio Loaiza; María Lucila Muñoz Ríos; Luis Alonso, Antonio José, Rodrigo Enrique, Carlos Iván, Ruth Estela, Oscar Darío, Germán Arturo y Martha Yanet Loaiza Muñoz y Pedro Antonio Muñoz Medina, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa-, por la muerte Alberto Elías Loaiza Muñoz y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz, ocurridas en un operativo de la Policía Nacional, el 11 de junio de 1994, en el municipio de Sabaneta, Antioquia. Alberto Elías era esposo y padre de los dos primeros demandantes, y los dos hermanos eran hijos, hermanos y nietos de los demás actores.

En consecuencia, pidieron que se condenara a la demandada, al pago, a la esposa e hijo de Alberto Elías Loaiza Muñoz, por perjuicios morales, a la suma

que en pesos correspondiera a 1.000 gramos de oro, para cada uno y, por concepto de daños materiales, en la modalidad de lucro cesante, \$15.551.602 para la primera y \$2.739.410 para el segundo. Así mismo, por perjuicios morales, la suma que en pesos correspondiera a 2.000 gramos de oro para cada uno de los padres, y 1.000 para cada uno de los hermanos y finalmente 1.400 para el abuelo de los hermanos Loaiza Muñoz.

Como fundamento de sus pretensiones narraron que en la fecha y municipio citados se les causó la muerte a Alberto Elías y Jorge Eliécer Loaiza Muñoz, cuando efectivos del Departamento de Policía Metropolitana del Valle de Aburrá ingresaron al establecimiento comercial Bar Sabaneta y empezaron a disparar de forma indiscriminada y sin advertencia previa, lesionando también a Miguel Giraldo Vásquez e Iván Velásquez. Previo al hecho, un grupo de delincuentes intentaron asaltar un expendio de licores ubicado en el parque principal del municipio, y cuando fueron sorprendidos por la policía emprendieron la huida.

2. La demanda fue admitida, mediante autos del 21 de junio y del 7 de noviembre de 1995, y se notificó en debida forma.

El Ministerio de Defensa, se opuso a los hechos de la demanda, pues no le constaban, por lo que era necesario esperar a los resultados del debate probatorio que se surtiera en el proceso.

3. Concluida la etapa probatoria, iniciada por auto del 15 de febrero de 1995, y fracasada la conciliación, se dio traslado para alegar. El Ministerio Público guardó silencio.

La parte demandante señaló que se encontraban acreditados los elementos para declarar la responsabilidad de la demandada por falla del servicio. Si bien, los agentes de policía involucrados en el hecho fueron absueltos disciplinariamente, los testimonios practicados en este proceso acreditan que llegaron al establecimiento citado y sin advertencia previa dispararon indiscriminadamente contra las personas que se encontraban allí, dando muerte a los hermanos Loaiza Muñoz e hiriendo a dos personas más; asimismo, las víctimas se hallaban en el bar mucho antes de ser agredidas, no portaban ningún clase de armamento ni presentaron oposición a los agentes, las armas que aparecieron al lado de los cadáveres fueron puestas con posterioridad al deceso.

La apoderada del Ministerio de Defensa, Policía Nacional, señaló que el agente Luis Alirio Barrientos Agudelo informó que el operativo en el municipio de Sabaneta se desplegó porque Alberto Loaiza Muñoz le había ofrecido dinero, con el fin de que aquél permitiera el asalto al banco de la localidad, o en su defecto, al estanco cercano a la entidad crediticia. Se inició el trabajo de inteligencia y en la fecha acordada se perpetró el hurto contra el expendio de licores, fueron retenidas varias personas y en el Bar Sabaneta fueron dados de baja los hermanos Loaiza Muñoz, cuando éstos, al percatarse de la presencia de los policiales esgrimieron sus armas, una ametralladora mini Ingram y una granada, tratando de evitar la captura. Ante la agresión inminente fueron dados de baja de forma inmediata, toda vez que los agentes tenían derecho a su defensa, de allí que se configuró la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de la víctima.

II. Sentencia de primera instancia

El *a quo*, al negar las pretensiones de la demanda, señaló que la prueba del enfrentamiento armado no era contundente, sin embargo se acreditó que en el operativo participaron 11 miembros de la Policía Nacional, que no portaban uniformes ni distintivos que los distinguieran como agentes del orden, “seguramente porque su intención era pasar desapercibidos y ocultos entre los transeúntes con el fin de no ser detectados por los sujetos contra quienes se dispuso el operativo”. Asimismo, según los testigos, el operativo duró aproximadamente diez minutos y hubo disparos en el bar mencionado y en dos cuadras alrededor. También era claro, que ninguno de ellos presencié el enfrentamiento, pues todos abandonaron el sitio cuando se inició la balacera para salvar sus vidas, igualmente “nadie afirmó que hubiera visto un enfrentamiento entre las fuerzas del orden y los occisos, de ello no se sigue necesariamente que no hubo oposición armada, pues las circunstancias indicadas inicialmente en este numeral demuestran precisamente que sí aconteció aquél”. Los declarantes tampoco son contestes sobre si los hermanos Loaiza Muñoz estuvieron todo el tiempo en el bar, uno afirma que estaban desde las ocho y media de la mañana hasta la hora de su muerte a las diez u once, otro asevera que llegaron una hora antes y luego salieron, además estaban cerca del estanco asaltado. Tanto los informes de policía como del administrador del lugar coinciden en que al lado de los cadáveres fue encontrado armamento. De otro lado, no está demostrado que

aquellos no llevaran armas antes del hecho, circunstancia que se explica porque eran particulares que no podían exhibirlas a la vista pública. Concluyó que “hubo, pues, una oposición a la intervención legítima de la fuerza pública, por lo que se configura la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima” (folio 148).

III. Recurso de apelación

1. La parte demandante presentó y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señaló que de los testimonios recepcionados en el proceso, se deducía claramente que no se presentó ningún tipo de enfrentamiento armado entre los miembros de la policía y los hermanos Loaiza Muñoz; también que no portaban armas y que éstas fueron puestas al lado de los cadáveres posteriormente. Sin duda era sencillo acreditar que las víctimas llevaban armas e hicieron uso de ellas, mediante una prueba de absorción atómica o de guantelete, medios probatorios que no obran en el proceso. Por lo expuesto, solicitó que se declarara la responsabilidad de la demandada por falla del servicio.

2. El recurso fue concedido el 28 de enero de 2003 y admitido el 3 de junio siguiente. En el traslado para presentar alegatos de conclusión, la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

La demandada reiteró los argumentos de la sentencia de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en el hecho exclusivo de la víctima. Señaló que había falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la demanda debió dirigirse contra la Policía Nacional y no contra el Ministerio de Defensa, toda vez que el artículo 37 del decreto 359 de 1995, dispuso que cada entidad debía pagar sus propias condenas y ese mismo año a la policía se le asignó presupuesto propio para esos efectos mediante el rubro de “sentencias y conciliaciones”.

IV. Consideraciones:

1. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 27 de noviembre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, en el caso *sub examine*.

2. Previo a decidir debe resolverse lo relativo a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la apoderada de la Policía Nacional, en el sentido de que el artículo 37 del decreto 359 de 1995, dispuso que cada entidad debía pagar sus propias condenas y ese mismo año a la entidad se le asignó presupuesto propio para esos efectos.

La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio.

En relación con la legitimación en la causa, la Sala ha precisado lo siguiente:

“La legitimación en la causa *-legitimatío ad causam-* se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal”¹.

Como se aprecia, la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia².

Por consiguiente, la legitimación material en la causa alude a la participación real

¹ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 23 de abril de 2008, exp. 16.271, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

² “Con ella [se refiere a la legitimación en la causa] se expresa que, para que un juez estime la demanda, no basta con que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer, o sea, considere la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva).” CHIOVENDA, Giuseppe “Curso de derecho procesal civil”, Ed. Oxford, pág. 68.

de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas³, en ese sentido la Sala ha sostenido:

“(…) la excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

“La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

“La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado”⁴ (negritas del original).

En ese orden de ideas, la legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas –lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial– sí sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial.

En consecuencia, la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso⁵.

Adicional a lo anterior, debe precisarse que el artículo 49 de la ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, es la norma que regula el tema de la representación judicial de la Nación. El precepto establece lo siguiente:

³ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, exp. 13503, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁵ “[E]n los procesos contenciosos la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado, en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante...” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 260.

“Art. 149 CCA. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan.

“En los procesos contencioso administrativos la Nación **estará representada** por **el Ministro**, Director General de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

“El presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación - Rama Judicial estará representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial. En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

“Parágrafo 1º. En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en éstas.

“Parágrafo 2º. Cuando el contrato haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de ésta se ejerce por él o por su delegado.” (Destaca la Sala.)

De la norma en cita, es posible advertir que la Nación, como persona jurídica, tiene diferentes representantes judiciales, de acuerdo con diversos supuestos fácticos. Así, el inciso segundo consagra la regla general en materia de representación judicial de la Nación, quien será representada por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho, de tal forma que puede ser un Ministro de despacho, un Director General de Departamento Administrativo, un Superintendente en el caso de las superintendencias que carezcan de personería jurídica, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Fiscal General, el Procurador o el Contralor. De igual manera, el Presidente del Senado es el representante de la Nación, cuando se trate de hechos que se le imputan al Congreso de la República.

Así las cosas, es claro que las autoridades mencionadas por la norma, en primer lugar, acuden al proceso en representación de las entidades que dirigen, sin embargo, dentro del estricto sentido procesal, todos acuden al proceso a representar a la persona jurídica de la que hace parte el respectivo órgano, esto es, la Nación, que es quien tiene capacidad para ser parte y comparecer al proceso, y lo hace, a través de sus representantes, que como queda expuesto, varían según el órgano causante del daño.

Esta posición ha sido reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado; en fallo reciente se señaló:

“De acuerdo con ello, resulta ilustrativo referir lo afirmado por la Sala en sentencia proferida el 30 de octubre de 1997, en la que precisó que el centro genérico de imputación -Nación- era una persona jurídica unitaria y como tal, para efectos procesales, era considerada como parte, sólo que en cuanto a su representación esa imputación se particularizaba teniendo en cuenta la rama, dependencia u órgano al que, específicamente para los efectos de la responsabilidad extracontractual del Estado, se le atribuyera el hecho, la omisión, la operación administrativa o la ocupación causante del daño indemnizable (art. 86 C.C.A.).

“Se precisó también en esa sentencia que en el evento de proferirse una condena, ésta debía ser impuesta a la dependencia de la Nación que le fuera imputable el hecho u omisión que produjo el daño antijurídico, quien legalmente debía asumir el pago de la condena.

“Sobre el particular, la Corporación mediante providencia de 13 de diciembre de 2001 señaló que, de conformidad con el artículo 49 de la ley 446 de 1998, que modificó el 149 del Código Contencioso Administrativo, establece que “en los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”. Esa disposición no contraviene lo prescrito en el artículo 99 de la ley 270 de 1996 y ni siquiera puede considerarse una reforma a la misma. Debe darse a estas disposiciones una interpretación integral para entender que tanto el Director Ejecutivo de Administración Judicial como el Fiscal General de la Nación pueden representar judicialmente a la Nación (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de diciembre de 2001, M.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 12787, Actor: Elvira Ortega de Salcedo y otros).

En oportunidades anteriores, la Sala ha considerado que no se configura ninguna causal de nulidad cuando la Nación, que es el centro de imputación procesal demandado, ha estado representada por autoridad diferente al funcionario de mayor jerarquía dentro de la entidad que causó el hecho dañoso, pues en todo caso sería aquélla la llamada a asumir la condena que pudiera proferirse en su contra, es decir, que en esos eventos, no había falta de legitimación en la causa ni indebida representación, pues de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, esta causal de nulidad sólo se configura por carencia total de poder para el respectivo proceso”⁶.

Hasta este momento, la jurisprudencia relacionada aborda un problema similar en torno a la representación de la Nación-Rama Judicial, sin embargo, las consideraciones hechas en relación a este problema jurídico son extensivas al

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006. C.P: Ramiro Saavedra Becerra.

asunto planteado, comoquiera que la persona jurídica demandada es la Nación; no obstante, la Sección Segunda de esta Corporación, en análisis de la representación judicial de la Nación- Ministerio de Defensa-, en asunto similar al del *sub judice*, expresó lo siguiente:

“Ahora, en cuanto a la primera inquietud planteada que más bien se concreta en la falta de legitimación en la causa del Ministerio de Defensa Nacional en el sub examine, observa la Sala que contrario a lo expresado dentro del recurso y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 4222 del 23 de noviembre de 2006, el Gobierno Nacional determinó que la representación judicial y administrativa de la Policía Nacional quedaría a cargo del Secretario General de dicha Institución **previa delegación del Ministro de Defensa Nacional, de donde resulta que la representación judicial en principio se encuentra radicada en cabeza del Ministro, y que por delegación, de conformidad con lo previsto en la Ley 489 de 1998 y en el Decreto señalado, la ejerce el Secretario General de la Policía Nacional**, razón por la que resultaba acertada la delimitación de la parte demandada en la forma como fue propuesta por la demandante, tornándose inanes las alegaciones expuestas por la recurrente en tal sentido.”⁷

La apoderada del Ministerio de Defensa, Policía Nacional, alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, señalando que no tuvo la oportunidad de defenderse. La Sala no comparte su argumento, por cuanto la parte demandada, y al final condenada, es la Nación, quien acude al proceso a través del Ministerio de Defensa, que la representa judicialmente de conformidad con el artículo 149 del C.C.A.

La Policía Nacional y el Ejército Nacional hacen parte de la estructura orgánica de la cartera de defensa, en virtud del artículo 1° del decreto 049 de 2003, que estatuye:

“Artículo 1°. La estructura del Ministerio de Defensa Nacional será la siguiente:

6. Fuerzas Militares

6.1. Comando General

6.1.1. Dirección General de Sanidad Militar

6.1.2. Federación Colombiana Deportiva Militar

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 29 de abril de 2010. C.P: Gustavo Gómez Aranguren.

- 6.2. Ejército
- 6.3. Armada Nacional
- 6.4. Fuerza Aérea

7. Dirección General de la Policía Nacional de Colombia.”

Asimismo, el decreto 4222 de 2006, mediante el cual se modificó la estructura del Ministerio de Defensa, en su artículo 20 establece que una de las funciones de la Secretaría General de la Policía Nacional es la de representar judicialmente a la institución, pero, con la delegación previa del Ministro. Veamos:

“Artículo 20. *Funciones de la Secretaría General.* La Secretaria General tendrá las siguientes funciones:

“(..).2. Representar judicial y administrativamente a la Policía Nacional **previa delegación del Ministro de Defensa Nacional de conformidad con las normas vigentes.**”

De la normativa transcrita, se concluye que la legitimación en la causa y la representación judicial de la Nación está radicada en cabeza del Ministro respectivo, en este caso, el de la Defensa, y éste, a su vez, puede delegar esa representación a la oficina correspondiente del Ejército, la Policía, la Fuerza Aérea o Armada Nacional, porque todos hacen parte de su estructura orgánica, y la eventual condena se imputa a un solo presupuesto, esto es, el de la Nación.

Así las cosas, para la Sala no se configuró la falta de legitimación en la causa alegada, toda vez que la Nación estuvo representada por el Ministerio de Defensa, función que se ejerció a través de varios apoderados que constituyeron: el Jefe de Estado Mayor de la Cuarta Brigada de Medellín en la contestación de la demanda, la jefe de la división de negocios judiciales de la Policía Nacional en la etapa de conciliación y, el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa, en esta instancia.

En ese sentido, se itera, que la Nación, como persona jurídica demandada, ejerció su derecho de defensa y contradicción, por lo que no es posible afirmar que se le vulneró el debido proceso, puesto que durante su trámite, su apoderado judicial hizo uso de mecanismos procesales con miras a ejercer su defensa.

3. De otro lado, y en el campo de la decisión, debe advertirse que en lo que

concierno a las informaciones difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, la Sala ha señalado que, en términos probatorios, en principio no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción alguna a dichos documentos, en cuanto se relacionan con la configuración del daño antijurídico y su imputación a la organización pública, en tanto que a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados.

Lo anterior fue precisado por esta Sección, en los siguientes términos:

“Sin embargo, los reportes periodísticos allegados al expediente carecen por completo de valor probatorio, toda vez que se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, como que adolecen de las ritualidades propias de este medio de prueba: no fueron rendidas ante funcionario judicial, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón de su dicho (art. 227 C.P.C.). Estos recortes de prensa tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido, por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. De modo que el relato de los hechos no resulta probado a través de las publicaciones periodísticas a que se alude en la demanda, habida consideración que no configura medio probatorio alguno de lo debatido en el proceso, pues tan sólo constituyen la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso.”⁸

En el mismo sentido se ha pronunciado, en jurisprudencia reciente, la Sala Plena del Consejo de Estado:

“Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental⁹. Sin embargo, en principio solo

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de marzo de 2006, exp. 16587. Al respecto ver igualmente: sentencia de 17 de junio de 2004, exp. 15.450.

⁹ Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener “(...) *certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido*”. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, rad. 9255, C. P. Carlos A. Orjuela G.; sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 10 de noviembre de 2000, rad. 18298, actor: Renata María Guadalupe Lozano, C. P. Ricardo Hoyos Duque, y sentencia

representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.¹⁰

“En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas *“...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia”*, y que si bien *“...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen”*¹¹.

“Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos.

“Consecuentemente, a las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso.

“En relación con este último punto el Consejo de Estado ha indicado que *“...las informaciones publicadas en diarios no pueden considerarse dentro de un proceso como prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio de prueba, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho...”* por cuanto es sabido que el periodista *“...tiene el derecho de reservarse sus fuentes.”*¹²

“En este sentido, ha sostenido que las declaraciones que terceros

del 16 de enero de 2001, aad. ACU-1753, C. P. Reinaldo Chavarro; sentencia de 25 de enero de 2001, rad. 3122, C. P. Alberto Arango Mantilla; sentencia de 6 de junio de 2002, rad. 739-01, C. P. Alberto Arango Mantilla.

¹⁰ En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre diez de 2000, según raditaciones 13338, 11413 y 8298, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expuso una tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso sólo prueba que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

¹¹ Sentencia de 6 de junio de 2007, expediente AP-00029, M. P. María Elena Giraldo Gómez. Sección Tercera.

¹² Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

hacen a los medios de comunicación “...tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información (...) por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial...”¹³.

Lo anterior, debido a que en sí mismas las publicaciones periodísticas representan “...la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso”, condición que no permite otorgarles valor de plena prueba debido a que “...son precisamente meras opiniones...”¹⁴¹⁵.

Es decir, los informes de prensa sólo pueden probar el hecho de haber publicado una información, más no generan certeza de su contenido, por lo que no pueden valorarse los recortes de periódicos aportados al proceso (folio 30).

4. En el proceso se encuentra acreditados los siguientes hechos:

4.1. El 11 de junio de 1994, en Sabaneta, Antioquia, murieron Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz, a causa de heridas provocadas por proyectiles de arma de fuego, que causaron el deceso del primero por “choque traumático-laceración encefálica heridas arteriales venosa y pulmonar (sic)”, y del segundo “por choque traumático – laceración encefálica y herida pulmonar”, de acuerdo con certificados de registro civil de defunción de la registraduría del mismo municipio (folios 15 y 19).

4.2. Sobre las circunstancias del hecho, en comunicación del 23 de julio de 1996, el comandante de la Estación Cien C.A.D. de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, envió la transcripción del informe sobre los hechos:

“DELINCUENTES DADOS DE BAJA (2) MERCANCÍAS
RECUPERADAS APREHENSION (3), VEHÍCULO
INMOVILIZADOS (2) ARMA DE FUEGO Y GRANADA DE
FRAGMENTACION DECOMISADA.

“110694, a las 9:00 horas en la Cra. 45, 72-80, s./ Sabaneta, fueron

¹³ Sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 16587, M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sección Tercera.

¹⁴ Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, sentencia del 29 de mayo de 2012, expediente: 11001-03-15-000-2011-01378-00(PI), Demandante: Jairo Adbeel Ovalle Londoño, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

retenidos [se identifican tres personas de 30, 40 y 46 años, éste de profesión conductor], anteriores se movilizaban en dos vehículos Chevrolet 300..., los cuales transportaban 143 cajas con 30 toneladas de botellas de aguardiente Antioqueño, 242 cajas con 20 botellas cada caja, mercancía avaluada en \$30.000.000 la cual había sido hurtada en el estanco oficial propiedad del municipio, localizado en la Cr. 45, 72-80 s., en momentos en que se hizo presente (sic) personal de la policía dos de los atracadores se enfrentaron, siendo dados de baja JORGE ELIÉCER LOAIZA MUÑOZ, 17 años, TI, # 92136 de Bello, soltero, sin más datos, personales, quien presenta varias heridas con arma de fuego en diferentes partes del cuerpo, anterior le fue decomisada una granada de fragmentación tipo piña, ALBERTO ELÍAS LOAIZA MUÑOZ, de 33 años indocumentado, sin más datos personales, quien presenta varias heridas con arma de fuego en diferentes partes del cuerpo, le fue decomisada una subametralladora marca Mini Ingran (sic), Cl. 9mm, sin datos con un proveedor y varios cartuchos para la misma, retenidos vehículo y mercancía recuperada son dejados a disposición de la SIJIN, arma y granada a disposición de la fiscalía local que practicó el levantamiento D. Francisco Restrepo Morales. Conoció el caso: TE. PINZÓN AMADO JUAN, DG. HERNÁN RESTREPO GONZÁLEZ, AG. RAMÓN PATIÑO PINEDA "(folios 92 y 93) (Mayúscula sostenida en el original).

En comunicación del 23 de julio de 1996, el comandante de la Estación de Policía de Sabaneta, de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, informó:

"... que el 11,06,94, se presentó un operativo en la zona urbana del Municipio, específicamente en el Bar Sabaneta, donde fueron dados de baja los hermanos ALBERTO ELÍAS y JAIRO ELIÉCER LOAIZA MUÑOZ, toda vez que momentos antes habían cometido un atraco a mano armada en el Estanco de la Localidad; con fundamento en la anotaciones hechas en el libro de Población, en su folio 166 (sic), el caso fue conocido por Unidades de la Sijin Meval, quienes venían manejando la información, no obstante fueron ayudados por el comandante y subcomandante de la Estación, ST. OMAR GUSTAVO RODRÍGUEZ ARANDA, y CS. LEONARDO ALEXANDER ARIAS VILLA secundados por el AG. GUTIÉRREZ VERA OCTAVIO, quien se encontraba en calidad de conductor de la patrulla Chevrolet Luv se siglas 7-11, adscrita a esta Unidad, según consta en la anotación, de la cual allegó fotocopia. Cabe connotar que el caso fue conocido por Unidades de la Sijin Meval" (folio 85) (mayúscula sostenida en el original).

En el folio 366 del libro de población que se adjuntó a la anterior comunicación, con fecha 11 de junio de 1994, se anotó lo siguiente:

"Se realiza la presente anotación de un caso que se dio como positivo por parte de la policía miembros de la Sijin en dicho operativo la Sijin dio en un enfrentamiento de baja dos delincuentes se recupera \$20'000000 de pesos en mercancía licor el cual había

sido hurtado del estanco de Sabaneta el dispositivo fue realizado por el personal de la Sijin el procedimiento se realizó aproximadamente a las 11:30 am la mercancía recuperada y el caso quedó en la Sijin la cual fue puesta a disposición de la autoridad competente..." (folios 86 y 95).

4.3. Obran además las declaraciones de Mario Ocampo Pareja (folios 110 y 111), Miguel Ángel Giraldo Vásquez (folios 111 a 113), Wilson Antonio Pareja García (folios 113 a 115) administrador del Bar Sabaneta para la época de los hechos, y Carlos Argelino Vélez Orozco (folios 115 y 116), testigos presenciales del hecho. En cuanto al momento de la balacera, manifestaron:

Mario Ocampo Pareja: "El día no lo recuerdo, eran entre ocho y nueve de la mañana, llegué al Barabaneta (sic) pedí un perico en el mostrador y de ahí seguí al orinal y estando allí escuché la balacera y allí me quedé hasta que terminó la balacera me asomé a la puerta con las manos arriba y se me arrimaron dos policías vestidos de civil con las armas en la mano, ellos vieron que me iba a caer y me sentaron en la mesa de billar y pidieron un vaso con agua al administrador, me la dieron, como yo reaccioné me pidieron el número de cédula y el nombre mío, lo anotaron y luego me dijeron si conocía los dos tipos que estaban en el suelo y yo les dije que no, que era la primera vez que los veía... PREGUNTADO: Sírvase decir si lo sabe, cuantas personas resultaron lesionadas o muertas en esa balacera y si puede decirnos su nombre. RESPONDIÓ. Los dos muertos peo (sic), yo no sé los nombres, heridos un señor don MUGUEL (sic) y RAÚL a quienes no le sé los apellidos... PREGUNTADO: Se enteró usted si ese día de los hechos alguna de las personas que estaban dentro del Bar Sabaneta, se enfrentó a los miembros de la policía que ese día ingresaban al mis bar disparando indiscriminadamente. CONTESTÓ: No, ahí no hubo ningún enfrentamiento, los únicos que entraron dispaando (sic) fueron los de la policía" (Mayúscula sostenida en el original).

Wilson Antonio Pareja García: "Yo me encontraba administrando el bar Sabaneta, me encontraba contando monedas, para las máquinas electrónicas, en el momento yo escuché la balacera, me tiré al suelo y no vi quien disparaba, a mí me hicieron salir del bar y me ubique en un sitio que se llama El Kiosko, hasta que pasó la balacera, luego fue (sic) por un policía advirtiéndome (sic) que ya había pasado todo, cuando llegué al establecimiento que yo administraba, me encontré con que habían dos muertos dentro del bar, eso era entre la diez y media y once de la mañana hasta ahí recuerdo después de haber sacado a las víctimas del bar. PREGUNTADO: sírvase decirnos si usted encontró en ese momento a posterior a él, qué personas fueron las que entraron disparando o formando la balacera en el Bar sabaneta que usted administraba? CONTESTÓ: yo sólo sentí mucho tiroteo en el momento, inmediatamente me tiré al suelo, escuchaba mucho tiro y mucho civil, cuando salí del negocio y que me ubiqué en el lugar llamado el Kiosko sólo se hasta ahí. Cuando a mí me llamaron al

establecimiento del kiosko, me llamó un policía de Sabaneta y diciéndome que ya había pasado la balacera, no recuerdo el nombre del agente de la policía, ya en el momento me tomaron declaraciones de los datos del establecimiento ya en ese momento estaba la policía, la alcaldesa, mi patrón, y el lapso que yo estuve yo por fuera del negocio y todavía sonando tiros de ametralladora, pistola, fue de diez minutos... PREGUNTADO: Se enteró usted, si de parte de los hermanos Loaiza fallecidos, o de alguna de las personas que estaba dentro del bar en aquella ocasión, hubo injuria, ofensa o enfrentamiento alguno con los civiles que irrumpieron en el bar, disparando indiscriminadamente? CONTESTO: No, no me entere ni vi quien disparaba, pero disparaban de afuera para adentro, yo lo digo porque inmediatamente me tiré al suelo un tiro pasó por donde yo estaba y quedó debajo del televisor. Yo estaba contando las monedas cuando escuché tiros en ráfagas y en repetitivos, me tiré al suelo y me di cuenta que si no me agacho me dan un tiro, porque después constaté que donde yo estaba quedó un tiro... PREGUNTADO: Cuántas personas aproximadamente se encontraban en el bar al momento del hecho? CONTESTÓ. Muchos, más o menos 25 personas por decir algo... PREGUNTADO: sírvase manifestar si la balacera a la que usted se ha referido ocurrió únicamente en el bar Sabaneta o se dio también en otros lugares de la población? CONTESTÓ: No, no solamente fue en el bar, sino que escuché tiros en los alrededores y partes lejanas, por decir algo dos cuadras" (Mayúscula sostenida en el original).

Carlos Argelino Vélez Orozco: "Sé que yo estaba trabajando en el bar cuando llegaron unos señores dando bala, entonces yo salí corriendo, hasta ahí no se ... Eso fue como en junio hace dos años más o menos, sábado de diez a once de la mañana.... Si don Miguel Giraldo fue herido, si fueron más (sic), pero no me acuerdo de los nombres... PREGUNTADO. Sírvase decirnos si lo sabe si estos hermanos Loaiza, se enfrentaron a las personas que llegaron disparando o si lanzaron cualquier clase de injuria u ofensas a aquellos. RESPONDIÓ. No, no me di cuenta de nada de eso... No a mí no me ha tocado ver cuando disparar (sic), porque ellos entran por una puerta, oigo disparos y salgo corriendo..." (Mayúscula sostenida en el original).

En cuanto a si los miembros de policía se identificaron al momento del hecho, los mismos declarantes expresaron:

Mario Ocampo Pareja: "PREGUNTADO: Sírvase decir concretamente qué personas eran las que estaban haciendo la balacera a la que usted hace referencia. RESPONDIÓ: Los que me sacaron a mí del baño o sea la policía. PREGUNTADO: Sírvase decir si ese día los miembros de la policía ingresaron al bar Sabaneta donde usted se encontraba se identificaron como tales y dieron alguna orden de alto, o si irrumpieron intempestivamente disparando indiscriminadamente contra todas las personas que estaban dentro del bar. CONTESTÓ: Hay (sic) no hubo ninguna

orden ellos, entraron a ahí no se oyó sino bala y a mí me identificaron después de que ocurrió la balacera” (Mayúscula sostenida en el original).

Miguel Ángel Giraldo Vásquez: “PREGUNTADO: Se enteró usted si ese señor que entró al Bar Sabaneta dando bala pertenecía o era miembro de algún cuerpo armado del Estado. RESPONDIÓ: En el momento no me di cuenta de nada, en la reconstrucción se me identificó quien era, conversé media hora con él, que era fuerza del Estado, dragoneante y que trabajaba en el aeropuerto de Rionegro, me dijo que si en algo me podía ayudar, me ofreció su casa en Rionegro, yo le dije que uno no necesitaba sino estar de malas, que él no había hecho eso como una caso premeditado, yo le contesté que ya había pasado que no había ya que hacer. PREGUNTADO: sírvase decir si ese señor a quien usted identifica como dragoneante, cuando fue a hacer el ingreso al Bar Sabaneta dio alguna voz o una orden de alto o si entró intempestivamente disparando en forma indiscriminada contra todas las personas que allí se encontraban. CONTESTÓ: El único que habló fue el aparato dando candela... PREGUNTADO: Sírvase decir si el señor que entro disparando en el Bar Sabaneta estaba de uniforme o llevaba algún distintivo que lo identificara como miembro de la fuerza pública el día once de junio, hace dos años. RESPONDIÓ: El único distintivo era un jiquerita que llevaba en el hombro, todo civil, ningún distintivo que lo acreditara como autoridad. PREGUNTADO: Al cuanto tiempo transcurrido lo hechos que usted narró se hizo la diligencia de reconstrucción en la que usted conversó con el señor que entró disparando al Bar Sabaneta. CONTESTÓ: Eso se demoró un poco de días, yo creo que meses. PREGUNTADO: Por qué razón o en qué forma identificó al mencionado señor. RESPONDIÓ: Él me saludo y se me identificó a pedirme excusas y me dijo en qué me podía ayudar. PREGUNTADO: Sírvase decir cuántas personas entraron disparando al Bar Sabaneta el once de junio, hace dos años. RESPONDIÓ: Yo no vi sino al que me hirió a mí. PREGUNTADO: Sírvase manifestar que explicación le dio este señor para haber entrado disparando al Bar Sabaneta, en la conversación que meses hubo (sic) después. RESPONDIÓ: Ni él me dijo nada, yo no le pregunté. PREGUNTADO: el señor a que no venimos refiriendo como estaba vestido el día de la reconstrucción de los hechos RESPONDIÓ: De civil” (Mayúscula sostenida en el original).

Wilson Antonio Pareja García: “PREGUNTADO: Sírvase decirnos, si en el momento en que ingresaron al Bar Sabaneta, las personas que disparaban, estas dieron alguna orden de alto y si se identificaron ser miembros de algún grupo armado del Estado? CONTESTÓ: No, no escuché ninguna palabra parecida, sino que llegaron disparando indiscriminadamente sin dar aviso alguno. PREGUNTADO: Sírvase decir si luego de ustedes regresar del Kiosco, al ser llamado por un agente uniformado para que regresar a él, notó la presencia de los civiles que irrumpieron en el establecimiento disparando indiscriminadamente. RESPONDIÓ: Ya se encontraban todos dentro del negocio, incluyendo uno de ellos, un civil armado con una subametralladora dentro de la administración del Bar, preguntándome quién era yo, yo le respondí

que yo era el administrador, y me dijo bueno, ya luego quedé a cargo de la administración de nuevo, luego vinieron las preguntas, interrogantes y luego el levantamiento de los cadáveres que eran dos. PREGUNTADO: sírvase decirnos si en el día de los hechos en el Bar Sabaneta, luego de darse el fatal deceso de los hermanos Loaiza, allí se hicieron presentes otros miembros de la fuerza pública uniformados y a la vez se encontraba personal civil completamente armado? CONTESTÓ: Si, se encontraban civiles y uniformados de la policía y la mayoría civiles. PREGUNTADO: Los civiles que allí se encontraban portaban algún brazalete, escapela (sic) o algún otro signo distintivo que los calificaba como pertenecientes a la Policía (sic) Nacional o algún otro grupo? CONTESTÓ: No, no tenían nada de brazalete, sólo uno de ellos de piel morena me dijo que pertenecían al F-2... PREGUNTADO: Sírvase manifestar si en esa balacera intervino personal uniformado o únicamente personal civil? CONTESTÓ: Lo que yo alcance a ver eran civiles, no vi uniformados”.

Carlos Argelino Vélez Orozco: “PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted sabe que personas fueron las que entraron al Bar Sabaneta que ocasionaron la muerte a los “Mangueros” y que hirieron al señor Miguel y otras personas más. RESPONDIÓ: no sé quiénes eran, no se nunca los había visto, entraron disparando, pasan y cuando me (sic) piensa tac, tac, tac, por una puerta, como fue poquito lo que me tocó ver.... Se ellos [los que dispararon] se quedaron ahí, vestidos de civil, común y corrientes y corrientes (sic), ya después llegaron más policías y civiles, armados... PREGUNTADO. Sírvase decirnos si usted pudo observar las personas que dispararon contra las personas apodadas “los mangueros” en caso afirmativo, sírvase describir la forma como iban vestidos y si tenían alguno de los distintivos y de que clase. RESPONDIÓ. Yo cuando estoy parado en la puerta del bar, veo dos señores uno que pasa con una tula, otro con un arma en la mano, me acuerdo que uno iba de camiseta amarilla y el otro no me acuerdo de que las haiga (sic) algún distintivo... porque yo los vi, yo corro y ya no estábamos en el peligro, miro hacia allá y veo que están allá el de camiseta amarilla estaba allá mismo y llegaron los policías al Bar Sabaneta, y el de camiseta amarilla permanecieron ahí”.

Acerca de si notaron que los hermanos Loaiza Muñoz estuvieran armados antes de la balacera, manifestaron:

Mario Ocampo Pareja “PREGUNTADO: Sírvase decir si cuando los miembros de la policía le preguntaron a usted en el Bar Sabaneta que si usted conocía a los dos muertos que yacían en el piso, usted notó al lado de ellos la presencia de alguna arma. CONTESTÓ: no señor no había armas en el piso”.

Miguel Ángel Giraldo Vásquez: “PREGUNTADO: Sírvase decir si cuando usted vio a Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza, les notó a ellos que portaban alguna clase de armas. CONTESTÓ: nunca les vi sospechas de nada, ni en el momento tampoco les vi armas”.

Wilson Antonio Pareja García: “PREGUNTADO: Sírvase decir si usted notó a estos dos señores Loaiza Muñoz, el porte de algún arma. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO. Sírvase decir si usted vio los cadáveres de los hermanos Loaiza Muñoz, tirados en el piso del Bar sabaneta. RESPONDIÓ: Si. PREGUNTADO: Sírvase decir si cuando esos dos cadáveres yacían en el piso usted notó que portaran en sus cuerpos o al lado de ellos arma (sic) alguna. RESPONDIÓ: Si, uno de ellos tenía un arma al lado de él, no en el cuerpo de él, sino a un lado y el otro tenía al lado una granada. PREGUNTADO: Sírvase decir si cuando estos hermanos Loaiza Muñoz, uno de ellos se encontraba cerca al teléfono del bar y el otro junto a la máquina de monedera, usted les notó a ellos que portaban los dos artefactos que acaba de mencionar. CONTESTÓ. En ningún momento les vi armas antes de la balacera no les vi armas... PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted se dio cuenta si al entrar los hermanos Loaiza Muñoz al Bar sabaneta, portaban maletines o maletín, morral, bolsa o algún otro objeto? CONTESTÓ: Sólo uno de ellos portaba un bolsito pequeño de mano, lo llevaba debajo del brazo derecho” (Mayúscula sostenida en el original).

Carlos Argelino Vélez Orozco: PREGUNTADO: sírvase decir si cuando usted notó la presencia de los hermanos Loaiza Muñoz en el bar. Les observó a estos el porte de algún arma. RESPONDIÓ. No les noté nada...”.

Respecto de la permanencia o no de los hermanos Loaiza Muñoz en el Bar Sabaneta, antes del hecho, señalaron:

Miguel Ángel Giraldo Vásquez: “PREGUNTADO: Sírvase decir si el día y la hora que usted menciona se encontraban dentro del Bar los señores Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz, conocidos popularmente como los mangueros. RESPONDIÓ: Ellos eran muy frecuentes en el café, yo llegué a las ocho y media y ahí estaban ellos, ellos tenían la costumbre de ir a jugar billar, tomar café, eran como se dice patos del café, cuando el caso ese uno de ellos se encontraba junto a la máquina de juego de monedas el otro estaba cerca del teléfono donde estaba yo, cuando el caso ese del señor que entró dando bala... PREGUNTADO: Sírvase manifestar si en el momento en que ocurrieron los disparos o antes, se enteró usted de que hubieran entrado en el personas extrañas. RESPONDIÓ: No, había hasta poca gente allí” (Mayúscula sostenida en el original).

Wilson Antonio Pareja García: “PREGUNTADO: Sírvase decir si antes de ocurrir la balacera que usted menciona, notó la presencia dentro del bar del (sic) los hermanos Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz. RESPONDIÓ: si se encontraban dentro del establecimiento, uno de ellos al lado de una máquina electrónica de monedas y el otro se encontraba cerca al teléfono. PREGUNTADO: Sírvase manifestar cuanto tiempo antes de producirse la balacera, habían entrado al bar Sabaneta los hermanos Loaiza Muñoz? CONTESTÓ: Media hora antes de la balacera”.

Carlos Argelino Vélez Orozco: "PREGUNTADO: Sírvase decirnos si usted antes de irrumpir en el bar las personas que llegaron disparando, habían notado la presencia ahí de los "mangueros". RESPONDIÓ: Se ellos habían estado antes el mismo día que pasaron los hechos, yo los vi una hora antes... No sé exactamente en qué parte estaban [los hermanos Loaiza Muñoz], cuando yo salgo a hacer un mandado, ellos estaban en una mesa en el billar, en el bar, yo me acuerdo que el uno tomaba malta y el otro tinto, yo mismo los atendía, cuando regreso, ellos estaban ahí en la parte de adentro" (Mayúscula sostenida en el original).

Sobre si conocían con anterioridad a los hermanos Loaiza Muñoz, los mismos testigos expresaron:

El señor Miguel Ángel Giraldo Vásquez: "PREGUNTADO: Sírvase decir cuánto hacía que usted conocía a los extintos Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz y en razón de que y si tiene algún parentesco o mistad (sic) con ellos. CONTESTÓ: como conocidos dentro del café seis o siete años, en razón de que frecuentaban el Bar Sabaneta, no son parientes sino amigos...siempre los conocí en su casa del barrio Santa Ana y vivían con los padres y tal vez con un abuelo y unos siete hermanos ... Trabajaban en los cafés, vendían mangos, y eran muy hermanados, sus ingresos es muy difícil de decirlos, en el parque hay un señor particular que vende mangos y se gana entre treinta y cuarenta mil pesos en un día de fiesta, en un día ordinario se gana quince a veinte mil pesos, uno de ellos era casado tenía una peladita, no tenían vicios y los ingresos eran para la casa" (Mayúscula sostenida en el original).

Wilson Antonio Pareja García: "PREGUNTADO: sírvase decirnos cuanto tiempo conoció usted a los hermanos Loaiza Muñoz en razón de que y si tiene algún parentesco con ellos. CONTESTÓ: los conocía desde hace cuatro años, porque eran vendedores de mango, y uno de ellos trabajó en el mismo Bar Sabaneta y si no estoy mal con el nombre de Oscar... sé que ellos ganaban entre 25 y 30 mil pesos, por decir un martes, un día ordinario 6 a 7 mil pesos en la venta de los mangos, la familia era muy unida, ellos mismo se colaboraban, era familia más bien pobre..."(Mayúscula sostenida en el original).

Carlos Argelino Vélez Orozco: "Yo los distinguía como clientes del bar, los conocía como los mangueros, los hemos distinguido así, eran vendedores de mangos, es decir la familia de ellos han trabajado en eso, ellos como son varios, son muy parecidos. Yo llevaba de conocerlos, año o año y medio, iban al bar como clientes, no eran de mi familia... los distinguía como clientes del bar, hermanos, sé que viven a dos cuadras abajo, en el barrio Santa Ana. Se han desempeñado vendiendo mangos, son nueve hermanos, o diez no sé exactamente cuántos son, no sé si tienen padres, o abuelos, uno de los muertos tenía un hijo..."(Mayúscula sostenida en el original).

4.4. En las investigaciones de diferente índole, que se realizaron sobre los mismos hechos, en comunicación del 23 de julio de 1996, la auditoría auxiliar de guerra N° 60 de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, notificó que en ese despacho cursaba proceso penal en contra de los policiales SI. Carlos Pérez González, CS Héctor Hernández Boada, y el AG. José Pedreros Aguilar, no se precisó alguna otra información (folio 97).

Asimismo, en comunicación del 25 de julio de 1996, el jefe de asuntos disciplinarios de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, informó que por los hechos se adelantó investigación disciplinaria, la cual fue fallada con absolución, indicó que el “procedimiento fue realizado por personal de la Sijin y la investigación se instruyó en esa” (folio 96). En comunicación del día siguiente, el mismo funcionario, remitió copia del fallo, manifestó que “se omite el envío de informes y partes del informativo, toda vez que sólo hay en el archivo una copia sucinta del mismo, y el cuadernillo original fue enviado a la oficina recursos humanos Meval para insertar en las hojas de vida de los encartados, absueltos de responsabilidad en dichos hechos, ya que el procedimiento se ciñó a las normas de un caso policivo” (folio 100); en el fallo disciplinario, de 6 de octubre de 1994, se expuso:

“Que analizadas todas las diligencia allegadas al proceso, como medios probatorios evidenciales (sic), se puede establecer que los declarantes no tienen conocimiento quien inició el enfrentamiento, lo que indica que este se presentó de sorpresa, donde los policiales haciendo uso de su profesión, ya que tenían conocimiento del caso, usaron sus armas de dotación para contrarrestar el ataque que según ellos iniciaron los delincuentes con la subametralladora que se les decomisó resultando muertos estos; en declaraciones de PAREJA GARCÍA, este certifica que él en calidad de administrador local donde ocurrieron los hechos, pudo observar que los delincuentes muertos portaban material bélico, por lo tanto se colije (sic) que si hubo choque armado de parte y parte y así el procedimiento se puede calificar de legal y ajustado las normas y reglamentos institucionales ya que hubo proporción de circunstancias, y por ello existe justificación del hecho” (folio 103).

4.5. En cuanto a los antecedentes penales de los hermanos Loaiza Muñoz, la SIJIN del Departamento de Policía Antioquia, en comunicación de 16 de julio de 1996, indicó que “no registran anotaciones delincuenciales, antecedentes judiciales ni órdenes de captura. Lo anterior se expide sin confrontación dactiloscópica” (folio 63). La misma manifestación hizo el laboratorio regional de

criminalística de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, en documento del 21 de julio de 1996, respecto del primero (folio 66). En escrito del 18 de julio de 1996, informó lo mismo el Juzgado Promiscuo Municipal de Ituango, Antioquia (folio 99).

En comunicación del 18 de julio de 1996, el DAS Seccional Antioquia respecto de Alberto Elías Loaiza Muñoz reportó una condena de 12 meses de prisión por abuso de confianza del 20 de octubre de 1983, proferida por el juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín y en dos solicitudes de antecedentes de otros dependencias del mismo departamento, se aclaró que se ignoraba “si se trata de la misma persona” (folio 82).

5. Conforme al acervo probatorio, en la mañana del 11 de junio de 1994, en Sabaneta, Antioquia, murieron Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz, ambos por heridas de arma de fuego en la cabeza y en el tórax; en ese orden, se encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico, consistente en la lesión a varios derechos e intereses legalmente protegidos de los demandantes, que no estaban en la obligación de soportar, toda vez que el ordenamiento jurídico no les imponía la carga de tolerar los perjuicios irrogados con motivo de la muerte de los hermanos citados.

Ahora bien, constada la existencia del daño antijurídico, la Sala aborda el análisis dirigido a determinar si el mismo es imputable a la administración pública.

De acuerdo con los informes policiales los decesos se presentaron en un operativo policial, en el que se frustró un asalto al estanco de licores del municipio, por parte de miembros de la SIJIN de la Policía Metropolitana del Valle de Aburra, quienes les colaboraron a agentes de la estación de policía del lugar. En el operativo fueron recuperadas las mercancías hurtadas, retenidos dos vehículos y aprehendidas tres personas.

Se señaló en los informes, además, que en el momento en que se presentó el personal de la policía se dio un enfrentamiento armado con los hermanos Loaiza Muñoz, quienes fueron dados de baja; a Jorge Eliécer le fue encontrada una granada de fragmentación, a Alberto Elías una subametralladora mini ingram. Según los reportes, las armas quedaron a órdenes de la fiscalía local, que practicó el levantamiento de los cadáveres.

No obra en el proceso ningún otro medio de prueba técnico que acredite los hechos descritos, como sería la diligencia de levantamiento de cadáveres, las necropsias, el peritaje balístico sobre el estado del armamento incautado o el hallazgo de residuos de disparos en el cuerpo de Alberto Elías, quien supuestamente portaba la subametralladora, pues en el caso de Jorge Eliécer se requería de otro tipo de prueba, en atención a que se trataba de un artefacto explosivo.

En cuanto a las investigaciones realizadas se informó de la existencia de un proceso penal militar, del que se desconoce su estado. Respecto de la disciplinaria interna, adelantada por el comando de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, sólo se tiene la decisión absolutoria en favor de los policiales que participaron en el operativo, que declaró un evento de legítima defensa objetiva por parte de éstos contra una agresión de los hermanos Loaiza Muñoz. Debe anotarse que, el fallo, se fundamentó en informes policiales y declaraciones de testigos y, que a la única prueba técnica que se hace referencia es al acta de levantamiento de cadáveres. Tampoco se encuentra acreditada la información de inteligencia que señaló la demandada en los alegatos de conclusión de primera instancia.

La escueta información que obra en los anteriores documentos, resulta seriamente cuestionada por los testigos presenciales del hecho: Mario Ocampo Pareja, Miguel Ángel Giraldo Vásquez, Carlos Argelino Vélez Orozco y Wilson Antonio Pareja García, administrador del Bar Sabaneta para la época de los hechos y a quien se cita en el fallo disciplinario.

En efecto, de las declaraciones no es posible deducir que se presentó un enfrentamiento armado, ni siquiera el que los miembros de la policía se identificaran como autoridad; asimismo, que los hermanos Loaiza Muñoz estuvieran armados y que su presencia en el Bar Sabaneta correspondiera circunstancialmente al frustrado asalto. Por el contrario, resulta razonable deducir que se trataba de clientes habituales del establecimiento, lo que lleva a concluir que hubo un uso desproporcionado de la fuerza por parte de los miembros de la Policía Nacional.

La anterior afirmación se infiere del contenido de los testimonios citados, los cuales, analizados de manera transversal, dejan ver un grado de identidad con

relación a los circunstancias relevantes en que sucedieron los hechos.

En lo que respecta a la valoración de la prueba testimonial, la doctrina ha sostenido lo siguiente:

“(...) la prueba testimonial, tiene como fundamento la presunción de que el hombre tiende a decir la verdad, a ser sincero, negar esta propensión es negar el fundamento de las pruebas personales y negar que el problema fundamental del hombre es el retorno a sí mismo”¹⁶.

“La prueba testimonial es generalmente la principal... es posible prescindir de la confesión o de los escritos, pero es más difícil prescindir de testigos cuando se quiere saber cómo se desarrollaron los hechos. ‘Los testigos, decía BENTHAM, son los ojos y los oídos de la justicia’ ”¹⁷.

A su vez, se han determinado criterios objetivos de valoración probatoria del testimonio como lo son: (i) probidad de quien interviene en la prueba, en el que se tiene en cuenta las condiciones personales del testigo, la aptitud en la declaración; (ii) ciencia, relacionados con la fuente de conocimiento del testigo; (iii) credibilidad que es la conducencia de la declaración; y (iv) la concordancia entendida como la coherencia guardada con los demás medios de prueba¹⁸.

En primer lugar, en cuanto los declarantes, se trata de personas que conocían con anterioridad a los hermanos Loaiza Muñoz, dan cuenta de su actividad económica, de su familia y el lugar donde vivían, comoquiera que pertenecían a la misma comunidad de Sabaneta, circunstancia que da fuerza de convicción a sus declaraciones, adicionalmente, se encontraban en el lugar, el día de la ocurrencia de los hechos relatados en la demanda tratándose, a su vez, de terceros imparciales en el proceso.

En el asunto *sub examine*, encuentra la Sala que los testimonios ofrecen plena confiabilidad, su versión se presume cierta, los hechos que relatan y las

¹⁶ PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. Ediciones Librería El Profesional. Bogotá. 1982. Pág. 29.

¹⁷ GORPHE, François. La apreciación judicial de las pruebas. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1967. Pág. 367

¹⁸ En este sentido. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Mayo 5 de 1999. Expediente 4978 M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles

circunstancias que describen pueden ser tenidas en cuenta, además, no fueron desvirtuadas, ni su dicho fue tachado de sospechoso o falso¹⁹.

En efecto, analizadas sus afirmaciones, para la Sala no existe ninguna manifestación en favor de ninguna parte, los declarantes sólo se limitaron a describir las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos; adicionalmente, es menester resaltar que fueron testigos directos de los acontecimientos, de allí que, se hace imprescindible apreciar y valorar su dicho.

Sobre las circunstancias del hecho Mario Ocampo Pareja afirmó que “No, ahí no hubo ningún enfrentamiento, los únicos que entraron dispaando (sic) fueron los de la policía”. Wilson Antonio Pareja García afirmó que “disparaban de afuera para adentro”, Carlos Argelino Vélez Orozco señaló que entraron disparando y él huyó. Ninguno de ellos da cuenta de un enfrentamiento de los hermanos Loaiza Muñoz con la policía.

Los miembros de la policía nunca se identificaron, ni era posible deducirlo de su vestimenta, todos estaban de civil y no portaban algún tipo de distintivo, los testigos se enteraron que lo eran porque posterior al hecho se identificaron como tales o lo dedujeron por estar en compañía de personal uniformado. Mario Ocampo Pareja dijo que “no hubo ninguna orden [de] ellos, entraron a (sic) ahí no se oyó sino bala y a mí me identificaron después de que ocurrió la balacera”. Miguel Ángel Giraldo Vásquez se enteró que uno de los hombres armados era dragoneante, meses después en la diligencia de reconstrucción del hecho, porque en el momento del operativo “el único que habló fue el aparato dando candela”. Por su parte, Wilson Antonio Pareja García indicó que no se escuchó orden alguna ni se identificaron: “No, no escuché ninguna palabra parecida, sino que llegaron disparando indiscriminadamente sin dar aviso alguno”. Carlos Argelino

¹⁹ Artículo 217 del C.P.C. “Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”

Artículo 218 del C.P.C. “Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a estos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.

“Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

“El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

Vélez Orozco reiteró que llegaron disparando, que nunca los había visto y que se quedaron en el sitio con los otros uniformados.

Acercas de si notaron que los hermanos Loaiza Muñoz estuvieran armados, Mario Ocampo Pareja fue asertivo en que “no señor no había armas en el piso”, cuando le pidieron que identificara a los occisos después de la balacera. De la misma manera, Miguel Ángel Giraldo Vásquez se expresó, una vez se le interrogó acerca del porte de armas por parte de los hermanos Loaiza Muñoz, “nunca les vi sospechas de nada, ni en el momento tampoco les vi armas”. Wilson Antonio Pareja García tampoco notó el porte de armas de aquéllos, previo al hecho “en ningún momento les vi armas antes de la balacera no les vi armas”.

Respecto de la permanencia o no de los hermanos Loaiza Muñoz en el Bar Sabaneta, antes del hecho, Miguel Ángel Giraldo Vásquez dijo que “ellos eran muy frecuentes en el café, yo llegué a las ocho y media y ahí estaban ellos, ellos tenían la costumbre de ir a jugar billar, tomar café, eran como se dice patos del café”. En el mismo sentido, Wilson Antonio Pareja García manifestó que antes “si se encontraban dentro del establecimiento, uno de ellos al lado de una máquina electrónica de monedas y el otro se encontraba cerca al teléfono” y que estaban en el bar “media hora antes de la balacera”. Igualmente, Carlos Argelino Vélez Orozco señaló que “ellos habían estado antes el mismo día que pasaron los hechos, yo los vi una hora antes...”.

Sin duda, las declaraciones anteriores, dan a entender una situación completamente diferente a la señalada en los informes policiales, que llevan a una conclusión diametralmente opuesta a la afirmada en el fallo disciplinario interno, en el sentido de que el 11 de junio de 1994, un grupo de policiales perteneciente a la SIJIN del Valle de Aburrá, entraron disparando al Bar Sabaneta, sin que mediara algún tipo de advertencia, sin identificarse como miembros de la fuerza pública, ya fuera verbalmente, portando algún tipo de distintivos o uniformados; tampoco existe evidencia de un enfrentamiento o por lo menos de una agresión inminente de los hermanos Loaiza Muñoz contra los miembros de la policía. Los declarantes son contestes en el hecho que no notaron, de ninguna forma, que previo a la balacera las víctimas portaran algún tipo de armas y uno de los declarantes afirmó que no observó armas al lado de los cadáveres, cuando le solicitaron que los identificara inmediatamente después del hecho. Igualmente, las víctimas estuvieron entre media y una hora antes en el bar, eran clientes habituales del mismo y no es posible establecer algún tipo de circunstancia, así

sea por vía indiciaria, que permita deducir su participación en el asalto al estanco de licores de Sabaneta.

Adicional a lo dicho, no obra en el expediente ningún tipo de prueba técnica o de otra índole que permita confirmar el dicho de los policiales, en lo que atañe a la configuración de un evento de legítima defensa objetiva por parte de los miembros de la Policía Nacional y el consecuente hecho de la víctima, aducido por la demandada, como causal eximente de responsabilidad patrimonial.

Sin duda, lo que se configuró fue una falla del servicio por parte de la entidad demandada, consistente en el abuso de la fuerza y de las armas en el operativo policial en el que murieron los hermanos Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz.

Efectuadas las anteriores consideraciones, y en atención a los medios probatorios señalados, para la Sala es evidente que en el caso concreto se incurrió en una falla del servicio por exceso de la fuerza pública²⁰, comoquiera que el resultado fue

²⁰ "A la luz de la realidad que se deja expuesta, el sentenciador encuentra que el caso sub examine no permite concluir prima facie, que por haberse dado la legítima defensa, la administración no responde. Si ella resultó excesiva, como en puridad lo fue, el centro de imputación jurídica demandado debe llevar su cuota de responsabilidad, y, por lo mismo, indemnizar los perjuicios causados en la proporción que corresponda. **La ley colombiana, se enseña, sólo reconoce como legítima la que resulta proporcionada a la agresión. En ningún caso bendice o patrocina los excesos.** Por ello el profesor Alfonso Reyes Echandía, en su obra "Derecho Penal, Parte, General. Editorial Temis", enseña:

"La correspondencia entre defensa y agresión debe subsistir tanto en relación con los medios empleados, como respecto de los bienes puestos en juego. Esta proporción, en todo caso, no ha de entenderse en forma abstracta y de manera absoluta; es necesario determinar concretamente cuándo la defensa de un determinado bien o el empleo de cierto instrumento justifican el sacrificio del interés perteneciente al agresor. En todo caso la valoración judicial de esta adecuación ataque-defensa, aunque obviamente se realiza ex post facto, requiere por parte del funcionario que deba calificarla un juicio ex ante, vale decir, un esfuerzo mental que lo sitúe idealmente en el escenario de los hechos, en forma tal que su decisión se ajuste en la medida de lo posible a la situación vivida por los protagonistas" (Obra citada, p. 170) (Destacado de Sala).

"Dentro de la misma perspectiva discurre el profesor Juan Fernández Carrasquilla, cuando predica:

"En cuanto a los bienes en conflicto, la proporcionalidad es la misma necesidad de la defensa. El agredido solo está autorizado para causar el menor mal posible en las circunstancias del caso, de ningún modo para el "revanchismo", y esto quiere decir que ha de dirigir su reacción contra el bien menos importante del agresor dentro de los que es necesario lesionar, conservando la utilidad de la defensa para suprimir el peligro de la agresión. Así, si es suficiente con matar al perro azulado, no se tolerará la lesión corporal de quien lo incita; si lesionar es suficiente, no se permitirá matar; si basta con asustar o amedrentar, no se toleran lesiones o muerte..." (Derecho Penal Fundamental. Volumen II. Temis, pp. 337 y ss.).

"(...)

"Pero es más: La valoración de la realidad fáctica exige, igualmente, que el juez aprecie las condiciones subjetivas de las personas comprometidas en el conflicto, pues la comunidad demanda que la autoridad policiva esté especialmente educada y preparada para hacerle frente a situaciones con el universo que tiene la que se estudia. Ella no puede acudir a excesos como los que ahora se deploran. **Los que infringen la ley deben ser sometidos en la forma más razonable posible, tratando de evitar, hasta el exceso, el uso de las armas.** La ley y los reglamentos de la policía

desproporcionado en relación con la inminencia de la circunstancia.

En casos similares, esta Corporación ha señalado:

“En relación con los parámetros en el uso de la fuerza estatal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado²¹:

“74. El artículo 4.1 de la Convención estipula que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La expresión “arbitrariamente” excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte. Pero, en el caso que nos ocupa, el análisis que debe hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión. Hay abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de individuos en esas circunstancias no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna. Sin embargo, como aparece de lo expuesto con anterioridad en esta sentencia, la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieran armados, **no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en éste y en los otros penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el Gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso (supra párr. 52), lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres.**

“75. Como ya lo ha dicho esta Corte en casos anteriores, [e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. **Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos,**

señalan, en forma muy precisa, en qué casos puede darse la legítima defensa. Esta es lícita, pero tiene contornos jurídicos muy claros. En esta oportunidad la Corporación reitera la filosofía que ha recogido en muchos fallos en los cuales ha predicado:

La administración, cualquier que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo Sagrado e inviolable, la dignidad de la persona humana, que es fundamento del orden político y de la paz social. **El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana, ni de torturar al hombre.** La autoridad no es en su contenido social, una fuerza física. Los integrantes de la fuerza física deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues como lo dijeron Tomas y Valiente, al terminar una conferencia sobre la tortura judicial, en la Universidad de Salamanca, en 1971, no hay nada en la creación más importante que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre” (Resaltado fuera del texto). Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 4 de marzo de 1993, expediente 7237.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corteidh), sentencia Caso Neira Alegria y otros vs. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.

no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (Caso Velásquez Rodríguez, *supra* 63, párr. 154 y Caso Godínez Cruz, *supra* 63, párr. 162).”

“(…)

“Como se desprende de los anteriores planteamientos, el uso de la fuerza y, concretamente, la necesidad de segar una vida humana se establece como un criterio de *ultima ratio*, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión. No debe perderse de vista que el artículo 2 de la Carta Política asigna en cabeza de las autoridades públicas la protección genérica de la vida, honra y bienes de todos los asociados, inclusive frente a aquellos que pueden ser catalogados como delincuentes.”²²

Por su parte, el Consejo de Estado ha defendido la inviolabilidad del derecho a la vida en los términos que se transcriben a continuación *in extenso*²³:

“Con esta perspectiva, nuestra Constitución Política de 1991 en su artículo 11 señala en forma nítida que el derecho a la vida es inviolable y agrega que “[n]o habrá pena de muerte”. **Inviolabilidad** que se introdujo en el debate en la Comisión Primera de la ANAC, donde se dejó en claro que este derecho era “el único inviolable, porque cuando es violado desaparece el sujeto del derecho (...) [e]s el único esencial porque si se viola de ninguna manera se pueden desarrollar los demás”²⁴.

“Este precepto constitucional retoma el viejo mandato contenido en el artículo 29 de la Constitución de 1886, correspondiente al artículo 3º del Acto Legislativo No. 003 de 1910, que estableció que el legislador no podía imponer la pena capital en ningún caso. **Prohibición** que desde entonces ya era **absoluta**²⁵ en tanto se trata del primer derecho y el supuesto de todos los derechos²⁶, según lo precisó el guardián de la Constitución de esa época. Canon prohibitivo que no admitía excepción alguna para el legislador y por lo mismo cobijaba a las demás ramas del poder público. Esta preceptiva fundamental era interpretada por nuestra jurisprudencia constitucional en armonía con el artículo 16 de la Carta de 1886, disposición que a su turno obligaba a todas las autoridades a

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 26 de mayo de 2010, expediente 18.888. C.P. Enrique Gil Botero.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17318, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁴ Delegatario ZALAMEA COSTA, Alberto, Comisión primera de la ANAC, 16 de abril de 1991.

²⁵ A juicio del otrora juez constitucional cuando la Carta Política de 1886 prohibió en forma absoluta al legislador imponer la pena capital, “se refiere a la pena de muerte en su sentido natural y obvio, o sea a la extinción de la vida humana”: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia 16 de mayo de 1974, MP Luis Sarmiento Buitrago.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia de 30 de octubre de 1978, MP Luis Carlos Sábica Aponte.

proteger la vida y, por lo mismo, era concebida como un **principio rector de toda la Constitución**²⁷.

“No hay que olvidar que, también en vigencia de la Constitución anterior, el Consejo de Estado dedujo la responsabilidad de la administración, en múltiples casos en que para reprimir desórdenes públicos se optó por utilizar medios desproporcionados que pusieron en peligro la vida. Así en 1967 esta Corporación Judicial condenó al Estado por el proceder brutal de una tropa de soldados que disparó indiscriminadamente en contra una manifestación de estudiantes de la Universidad Nacional el 9 de junio de 1954, proceder desviado del buen servicio que terminó con un fatal desenlace en la carrera 7ª con calle 13 en Bogotá:

“(…) En definitiva, en el derecho colombiano la **inviolabilidad del derecho a la vida** en su doble dimensión (i) no admite excepción alguna y (ii) ostenta carácter absoluto²⁸ y, por lo mismo, ha supuesto de antaño la imposibilidad de transgredirlo toda vez que constituye una de las normas básicas de los estados de derecho de estirpe demoliberal, como el nuestro.

“De ahí que no sorprende que haya sido ubicado en el artículo 11, a la cabeza del capítulo I del Título II de la Carta de 1991, dedicado justamente a los derechos fundamentales (tal y como sucede en otras latitudes²⁹).

“Si se trata del fundamento de los demás derechos³⁰, o “*el punto de arranque*” o “*prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos [en tanto] constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible*”³¹, para usar la terminología de la jurisprudencia constitucional española, es inadmisibles pensar en su suspensión por ningún motivo, habida cuenta que configura prerrequisito de los demás derechos, los cuales -se insiste- sólo adquieren sentido si se garantiza la vida³².

“A diferencia del caso colombiano, la aparición de un derecho autónomo a la vida sólo se produjo a nivel internacional recientemente, tras la Segunda Guerra Mundial³³.

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia de 4 de agosto de 1981, MP Mario Latorre Rueda.

²⁸ VERGÉS RAMÍREZ, Salvador, Derechos humanos: Fundamentación, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 197 y ss.

²⁹ En España, por ejemplo, el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona está consignado en el artículo 10 de la CN de 1978 “situado a la cabeza del título destinado a tratar los derechos y deberes fundamentales”, mientras que el derecho a la vida está previsto en el artículo 15 “a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos” (STC 53/1985, FJ 3º).

³⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 86/99, Caso 11.589, Armando Aljandre y otros vs. Cuba, 29 de septiembre de 1999.

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia STC 53/1985 FJ 3º

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de septiembre de 1999.

³³ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis María, Sistema de derechos fundamentales, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 189 y ss. Este autor destaca que “[l]a única excepción notable es la cláusula de *due process of law*, de las enmiendas 5ª y 14ª de la Constitución de los Estados Unidos”.

“Numerosos instrumentos internacionales prohíben el atentado directo contra la vida humana y por ello obligan al Estado a ejercer un control efectivo sobre las autoridades en general, y en particular las Fuerzas Militares, para evitar el uso excesivo o indiscriminado de la fuerza. En tal virtud, para hacer cumplir sus cometidos constitucionales y legales el uso de la fuerza es excepcional y debe realizarse estrictamente bajo un doble prisma: **necesidad** y **proporcionalidad** de las medidas, por cuanto el derecho a la vida ostenta el *status* de dispositivo normativo integrante del *ius cogens* que no admite acuerdo en contrario (art. 53 Convención de Viena).

“(…) Igualmente, en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en 1990, se adoptaron los **Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley**. El quinto principio pone de relieve el carácter excepcional del uso de la fuerza y subraya que cuando el recurso a las armas de fuego sea inevitable, dichos funcionarios deberán ejercer moderación y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo perseguido, debiéndose en consecuencia reducir al mínimo los daños y lesiones y respetando y protegiendo la vida humana. A su turno, el principio noveno establece que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una amenaza seria para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a la autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos, por lo que en cualquier caso sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida³⁴ (se subraya).

“Más recientemente, fue incorporado al derecho interno el **Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte**, mediante la Ley 297 de 1996³⁵, el cual pone de presente en su artículo 6º que dicha prohibición incluso no puede ser suspendida en estados de excepción, ratificando así lo dispuesto por el artículo 4.2 del Pacto de San José, el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 214.2 CN y el artículo 4º de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción.

“Síguese de todo lo anterior que no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales y por ello en varias oportunidades, no sólo esta Corporación -como ya se indicó- sino también la Comisión Interamericana ha declarado responsable al Estado Colombiano por actuaciones de esta naturaleza, por parte de miembros del Ejército Nacional³⁶.

³⁴ Vid. NACIONES UNIDAS, La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos, 1991, págs. 84 y ss y 110 y ss.

³⁵ Revisión de constitucionalidad Sentencia C 144 de 1997.

³⁶ Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 32, Caso 10545

“No debe perderse de vista que el artículo 11 Superior contempla a la vida como un derecho intangible en tanto fundamento, sustento y -por lo mismo- primero de los derechos inherentes a la persona. Se trata sin duda de la más importante motivación política de nuestro orden constitucional que irradia -por supuesto- el resto de la Carta y su primacía es reconocida por el artículo 5º CN junto con los demás derechos inalienables de la persona.

“En consonancia con estos mandatos, el artículo 2 Constitucional -en perfecta armonía con el Preámbulo de la Carta- dispone que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, en su dimensión bifronte de **derecho fundamental** y **principio superior**³⁷ que inspiró al constituyente en el diseño del ordenamiento constitucional y por lo mismo es uno de los pilares de nuestra democracia.

“Fines del Estado que encuentra una de sus concreciones más caracterizadas en el *principio de exclusividad de la fuerza pública*, previsto en el artículo 216 Superior, como que uno de los rasgos esenciales del poder público lo configura justamente el *monopolio del ejercicio de la coacción del Estado*.

“(…) **Fuerza** que, huelga decirlo, **debe desplegarse dentro de los precisos linderos del marco jurídico** (preámbulo constitucional) y sobre la base que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), por manera que los militares escoltas, como servidores públicos, son responsables por la extralimitación en el ejercicio de tan delicadas funciones.

“Y el ejercicio constitucional la fuerza pública supone el reconocimiento del carácter inalienable -y por lo mismo inderogable- del perentorio mandato *erga omnes* de la prohibición de la pena de muerte, como norma integrante del *ius cogens*. A este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado, en criterio que esta Sala prohija, que:

“De lo que se deja dicho se desprende que indudablemente los miembros de las Fuerzas Militares, en el marco del respeto de la dignidad humana (artículo 1 C.P.)³⁸ y de los derechos

(Colombia), en www.cidh.org

³⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 013 de 1997, MP Hernández Galindo y C 239 de 1997, MP Gaviria.

³⁸ La Sala ha señalado que “El artículo primero de la Constitución, al definir al Estado Colombiano como Social de Derecho, dispuso que nuestro régimen político está fundado en ‘el respeto de la dignidad humana’; ello significa -y así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional- que la dignidad del hombre irradia toda la Carta, al constituirse en ‘el valor supremo en toda constitución democrática’, puesto que se trata a la vez del fundamento del poder político y de un concepto límite al ejercicio del mismo (art. 5 C.P.), al tiempo que legitima todo el catálogo de derechos fundamentales, como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y razón de ser del mismo. A este respecto PECES-BARBA resalta que ‘la raíz de los derechos fundamentales está en la dignidad humana, que se puede explicar racionalmente como la expresión de las condiciones antropológicas y culturales del hombre que le diferencian de los demás seres’, en otras palabras, ser digno significa ‘que la persona humana por el hecho de tener ontológicamente una superioridad, un rango, una excelencia, tiene cosas suyas que, respecto de otros, son cosas que le

fundamentales, en especial la vida, sólo pueden utilizar **la fuerza cuando ello sea estrictamente necesario** y están facultadas para hacerlo con el objeto de asegurar la captura para que el presunto infractor del orden jurídico sea conducido ante las autoridades judiciales competentes. La fuerza pública debe, pues, escoger dentro de los medios eficaces aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes, más aún cuando cumplen la delicada misión de escoltar a personas.

“En definitiva, en un Estado de Derecho como el nuestro no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Y por ello, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, salvo que se haga bajo una de las causales de justificación (vgr. legítima defensa o estado de necesidad). Evento en el cual la **amenaza individualizada, grave, actual e inminente** contra la vida del uniformado o de un tercero, debe revestir tal entidad que sólo mediante el uso extremo y subsidiario de la fuerza (*ultima ratio*) pueda protegerse ese mismo bien jurídico [la vida, en este caso de las víctimas o de los uniformados].

“Deberán entonces evaluarse las condiciones de la amenaza real - que no hipotética- para que, sólo si razones de **necesidad y proporcionalidad** lo imponen, pueda llegarse a esa situación extrema. Todo lo demás, desborda el limitado espacio que brindan las normas disciplinarias y penales a los agentes del orden.

“Así las cosas, cuando se infringe este deber de usar la fuerza guiado por los principios de **necesidad y proporcionalidad** y si la conducta es atribuible a un agente del Estado en ejercicio de sus funciones se compromete la responsabilidad patrimonial de este último frente a las eventuales víctimas, por uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del Estado.” (negrillas, subrayado y cursivas del original).

Como se desprende de los anteriores planteamientos, el uso de la fuerza y, concretamente, la necesidad de salvar una vida humana se establece como un criterio de *ultima ratio*, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión.

Asimismo, el deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida. En términos funcionalistas, se tiene que el Estado, como estructura en

son debidas'. El principio de la dignidad humana como base indispensable de toda estructura jurídica constitucional y principio orientador de toda interpretación jurídica está íntimamente vinculado con el derecho a la integridad personal.”: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 17 de junio de 2004, Radicación: 50422-23-31-000-940345-01 Actor: Fabián Alberto Madrid Carmona y otros, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional Referencia: 15.208, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

cabeza de la cual se radica el poder político y público y, por consiguiente, el monopolio de la fuerza armada, no sólo está obligado a precaver el delito sino también a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que, pudiéndose evitar, se concreten por omisión en el cumplimiento del deber legal contenido en los artículos 2 y 218 de la Carta Política.

No se trata de deberes y obligaciones de medios, la perspectiva es diferente, es lo que en la doctrina constitucional contemporánea se denominan obligaciones jurídicas superiores y que: *“son aquellas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico político, constituyendo la expresión de sus postulados máximos, hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión a la de todo el texto constitucional”*³⁹.

En efecto, la relación del Estado frente al ciudadano implica, no sólo necesariamente la existencia de poderes y deberes, que en el derecho anglosajón se denominan “obligaciones funcionales del Estado”, y que son verdaderas obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento acarrea algún tipo de consecuencia o sanción. No podría ser de otra manera, para el caso objeto de juzgamiento, comoquiera que el deber del Estado se traducía en su poder, y en la necesidad de proteger los derechos del ciudadano, en este caso, a la vida, realizando así el fin plausible del ordenamiento. Esa es la razón que justifica la existencia de las autoridades, el proteger los bienes jurídicos de los asociados en los términos que los consagra el ordenamiento jurídico en su integridad, por ello la doctrina, con especial sindéresis, ha puntualizado que:

”El deber u obligación de un buen gobierno en su aspecto general no es otra cosa que la resolución de las necesidades y pretensiones individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, así como el establecimiento de las obligaciones propias de los individuos a él sometidos, teniendo como punto de apoyo el constituido por el respeto, en la libertad y la igualdad, la dignidad humana como expresión de la comunicación intersubjetiva. **Este deber no es sólo de protección sino también de promoción.**⁴⁰ (destaca la Sala).⁴¹

No significa todo lo expuesto que, en asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que se ponga fin a una vida humana haya lugar a decretar una indemnización de perjuicios, puesto que, dependiendo del régimen o título jurídico

³⁹ DE ASIS Roig, Rafael “Deberes y Obligaciones en la Constitución”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 453.

⁴⁰ Vid. Gregorio Peces – Barba “Los deberes fundamentales”, Doxa, No. 4, Alicante, Pág. 338.

⁴¹ De ASIS Roig, Rafael, Ob. Cit. Pág. 276.

aplicable es posible que se haya acreditado una causal eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, o que se establezca un comportamiento diligente y cuidadoso, circunstancias que enervarían las pretensiones de la demanda en esos casos concretos, comoquiera que, en todo proceso en que se juzgue la responsabilidad de la administración pública, en los términos del artículo 90 de la Carta Política, se necesitará de la acreditación del daño antijurídico y de la imputación del mismo a una entidad de derecho público. En consecuencia, la sola demostración del primer elemento no basta para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que éste es condición necesaria más no suficiente de la misma.

Así las cosas, a efectos de establecer si se incurrió en una falla del servicio, por desproporción en el uso de la fuerza pública, resulta imperativo precisar que el uso de la misma debe someterse a un juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, para determinar si se ajustó o no a los parámetros legales y constitucionales, y así establecer si la reacción fue adecuada respecto de la agresión.

En el caso concreto, se insiste, que los agentes que participaron en el operativo donde resultaron muertos los hermanos Loaiza Muñoz, hicieron un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza⁴², lo que configuró una falla del

⁴² En cuanto al uso de las armas en forma proporcional, la Sala ha señalado: "A la luz de la realidad que se deja expuesta, el sentenciador encuentra que el caso sub examine no permite concluir prima facie, que por haberse dado la legítima defensa, la administración no responde. Si ella resultó excesiva, como en puridad lo fue, el centro de imputación jurídica demandado debe llevar su cuota de responsabilidad, y, por lo mismo, indemnizar los perjuicios causados en la proporción que corresponda. **La ley colombiana, se enseña, sólo reconoce como legítima la que resulta proporcionada a la agresión. En ningún caso bendice o patrocina los excesos.**

"...La valoración de la realidad fáctica exige, igualmente, que el juez aprecie las condiciones subjetivas de las personas comprometidas en el conflicto, pues la comunidad demanda que la autoridad policiva esté especialmente educada y preparada para hacerle frente a situaciones con el universo que tiene la que se estudia. Ella no puede acudir a excesos como los que ahora se deploran. **Los que infringen la ley deben ser sometidos en la forma más razonable posible, tratando de evitar, hasta el exceso, el uso de las armas.** La ley y los reglamentos de la policía señalan, en forma muy precisa, en qué casos puede darse la legítima defensa. Esta es lícita, pero tiene contornos jurídicos muy claros. En esta oportunidad la Corporación reitera la filosofía que ha recogido en muchos fallos en los cuales ha predicado:

"La administración, cualquier que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo Sagrado e inviolable, la dignidad de la persona humana, que es fundamento del orden político y de la paz social. **El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana, ni de torturar al hombre.** La autoridad no es en su contenido social, una fuerza física. Los integrantes de la fuerza física deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues como lo dijeron Tomas y Valiente, al terminar una conferencia sobre la tortura judicial, en la Universidad de Salamanca, en 1971, no hay nada en la creación más importante que el hombre, que todo

servicio, pues se vulneró su derecho a la vida, que sólo puede ceder en estas situaciones o circunstancias, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango, es decir, otra vida humana en términos de inminencia y urgencia, en consecuencia, concluye la Sala, se le debe imputar a título de falla del servicio a la entidad demandada el daño antijurídico y por lo tanto, debe responder patrimonialmente.

La demandada, en el curso del proceso, ha solicitado de manera reiterada que se le exonere de responsabilidad por cuanto se configuró la eximente de responsabilidad por el hecho o culpa de la víctima, ya que los agentes percutieron sus armas en legítima defensa de la agresión de los señores Loaiza Muñoz.

Como ya se indicó, en el contexto de un procedimiento estatal, el uso de las armas por parte de la fuerza pública debe ser la razón última, y ésta no se encuentra acreditada en el proceso. No está probado que quienes resultaron muertos hubieran disparado a los agentes de la policía y que éstos tuvieron que hacer uso de sus armas, por lo tanto no está probada la legítima defensa alegada por la demandada.

Por lo anterior, al no estar acreditado el hecho o culpa de la víctima, ya que no se acreditó fácticamente la legítima defensa alegada por la demandada, se revocará la sentencia impugnada y se declarará la responsabilidad patrimonial del Estado.

6. En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada⁴³ ha señalado 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 que hayan acreditado el parentesco o un vínculo afectivo con el occiso.

hombre, que cualquier hombre..." (Negrillas fuera del texto) Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 4 de marzo de 1993, expediente 7237, M.P. Julio César Uribe Acosta.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268, en las tres el Consejero Ponente ha sido 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.”⁴⁴

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 grado⁴⁵.

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 C⁴⁶– 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

⁴⁴ ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

⁴⁶ 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 aquellas 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.⁴⁷ (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 ponderación⁴⁸, 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 argumentación⁴⁹. 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*”⁵⁰. 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 enfrentados⁵¹.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

⁵⁰Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibidem pág. 99.

⁵¹Ibidem, p. 101 a 103.

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.”⁵²

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, comoquiera 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.

Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

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.”⁵³

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.

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:

⁵³ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

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

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relievar que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que 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.”⁵⁴

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

⁵⁴ 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.”

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.”⁵⁵

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*⁵⁶:

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

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

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

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles *per se* de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, 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*

⁵⁵ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

⁵⁶ 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.

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 retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*.

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

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... económicamente inasibles...” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado *arbitrium 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 *monofilaquia*, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

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

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

En esa perspectiva, la 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*.”⁵⁷

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 aquella 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 afecto⁵⁸.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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 aquellos se preocupaban mutuamente, se puede deducir que la pérdida de uno de los integrantes

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 mismo⁵⁹.

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

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.

⁵⁹ "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.

sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurió de la siguiente forma:

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

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

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

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

“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de

igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

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

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

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

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

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”⁶⁰
(Se destaca).

El *arbitrio iudicis* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

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 ley⁶¹.

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 esencial⁶².

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para los demandantes que acreditaron la relación de parentesco y vínculo afectivo que los relaciona. En efecto, de estos documentos, se da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de esposo y padre, así como de sus hijos, hermanos y nietos, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir⁶³ que el óbito de un pariente cercano causa un

⁶¹ "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.

⁶² "Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas." Plauto.

⁶³ 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**

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 moneda⁶⁴.

En este punto son ilustrativas las consideraciones plasmadas por el insigne profesor Fernando Hinestrosa, 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,

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)

⁶⁴ 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 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”.

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 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.⁶⁵, ya por esta vía se puede caer –como efectivamente ha ocurrido de manera reciente en diversas providencias– en la reparación simbólica del daño moral, lo cual deviene inadmisibile, tal y como lo pone de presente el reconocido doctrinante Ramón Daniel Pizarro, en su obra sobre el daño moral, en los siguientes términos:.

“Durante años el daño moral ha estado a la zaga del daño patrimonial, sin merecer una valoración conceptual y funcional autónoma. Su existencia en el mundo jurídico parecía más formal que real, y esto muchas veces se tradujo en decisorios marcadamente injustos y desnaturalizantes de aquella figura.

“Los tiempos han cambiado y es otra la ponderación que hoy asume el daño moral. **De nada sirve formular la construcción doctrinaria más perfecta si, a la hora de su aplicación práctica, por temor, desconocimiento o por preconceptos, el quantum indemnizatorio se traduce en una suma inepta para repararlo. Insistimos en que una indemnización simbólica es una burla para el damnificado y un motivo de enriquecimiento indebido para el responsable que el derecho no puede consentir.**”⁶⁶

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 ínsito 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.

⁶⁵ “¿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.*” MEDINA, Efraim “Lo que todavía no sabes del pez hielo”, Ed. Planeta, 2012.

⁶⁶ PIZARRO, Ramón Daniel “Daño Moral”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 342 y 343.
“En los anteriores términos, la Sala encuentra que debe ofrecerse una compensación mixta por la afectación que sufrió la lesionada únicamente, constituida por un valor simbólico tasado en tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en la exigencia al Director o Representante Legal de la entidad demandada de presentar disculpas por escrito y en un acto en las instalaciones del Hospital en el que se reconozca la falla cometida. Se trata, sin duda para la Sala, de “una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado”, ya que debe tenerse en cuenta que el “hombre libre y su integridad física están muy por encima de semejante tasación pecuniaria (*liberum corpus nullam aestimationem recipit*, D.9, 1, 3; D.9, 3, 7)” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, exp. 21460.

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 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.”⁶⁷ (Se destaca).

En similar sentido, la Corte Constitucional ha señalado en relación con el denominado precedente horizontal, lo siguiente⁶⁸:

“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. En cuanto al primero, cabe distinguir entre un precedente dictado por un juez unipersonal de aquellos precedentes dictados en corporaciones judiciales,

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (E)

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 jue. 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.”⁶⁹ (Negrillas adicionales).

Como se aprecia, la Sala Plena del consejo de Estado y las diversas Subsecciones que integran la Sección Tercera han venido aplicando el criterio del *arbitrio iudicis*, 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 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

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

falencia por carencia de justificación del *quantum* del perjuicio moral. *A contrario sensu*, la Corte Constitucional coincide con el razonamiento del Consejo de Estado de Sala Plena y de sus diferentes Secciones y Subsecciones, 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 mismo⁷⁰.

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 otras⁷¹.

Ahora bien, el hecho de que la Corte Constitucional en fallos recientes⁷² 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

⁷⁰ “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.

⁷¹ “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 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.

⁷² Corte Constitucional, sentencias T-351 de 2011, T-464 de 2011 y T-212 de 2012.

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 común⁷³.

En ese orden, 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 2001⁷⁴ 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 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,

⁷³ “VII. Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.” OSORIO, Ángel Ob. Cit. Pág. 336.

⁷⁴ Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(Expedientes 13232-15646).

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.”⁷⁵ (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 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. [...]”⁷⁶

“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.”⁷⁷ En tal

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-351 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara).

⁷⁷ 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

medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales.⁷⁸ 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.⁷⁹

“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,

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.”

⁷⁸ 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.”

⁷⁹ 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 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.”

reclamen soluciones iguales.⁸⁰ 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 discriminadoras.

“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

⁸⁰ 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.”

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 letrado 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.”⁸¹

“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 hable únicamente de perros. Pero, se insiste, esta inferencia es razonable, no racional.**⁸²

“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 interprete 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 desproteja 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

⁸¹ 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, *Grundzüge 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”.

⁸² 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.

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).⁸³

“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.

“(...)”⁸⁴ (Negrillas y subrayado adicionales).

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

⁸³ 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 Cepeda Espinosa, AV Manuel José Cepeda Espinosa, SV Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Alvaro Tafur Galvis).

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2012, M.P. María Victoria Calle.

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 lesión⁸⁵.

La Sala comparte el razonamiento y la argumentación de la 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, requerir una prueba objetiva en eventos en los que se estudia la pérdida de un ser querido o las lesiones psicofísicas padecidas, es una imposición que desborda la misma lógica y razonamiento que tanto prohíja la Corte a lo largo de la providencia T-212 de 2012.

Lo anterior, por cuanto las reglas de la experiencia⁸⁶, y la práctica científica⁸⁷ han

⁸⁵ "Por lo pronto, el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. **Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto.**" (Se destaca) PIZARRO, Ramón Daniel "Daño Moral", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 340.

⁸⁶ "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"

determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser 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 anfibología 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.)⁸⁸.

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

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." PAPALIA 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.

⁸⁷ 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."

⁸⁸ "He contemplado los afectos humanos, como son el amor, el odio, la ira, la envidia, la gloria, la misericordia y las demás afecciones del alma, no como vicios de la naturaleza humana, sino como propiedades que le pertenecen como el calor, el frío, la tempestad, el trueno, y otras cosas por el estilo que a la naturaleza del aire." SPINOZA, Baruch "Tratado Político", Ed. Alianza, Madrid, 2004, introducción.

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.”⁸⁹

Así las cosas, como en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la prueba de la relación de consanguinidad y del vínculo afectivo, entre las víctimas, la esposa e hijo de una de ellas, y con sus padres, hermanos y abuelo.

Efectivamente, se encuentra establecido en el proceso que Alberto Elías y Jairo

⁸⁹ DE ASÍS, Rafael “El juez y la motivación en el derecho”, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 114 a 117.

Eliécer Loaiza Muñoz eran hijos de Luis Emilio Loaiza y María Lucila Muñoz Ríos, y nietos por vía materna de Pedro Muñoz, y hermanos de Luis Alfonso, Antonio José, Carlos Iván, Rodrigo Enrique, Ruth Estela, Oscar Darío, Germán Arturo y Marta Yanet Loaiza Muñoz, de acuerdo con certificados de registro civil de nacimiento de la notaría única de Ituango, Antioquia (folios 14, 18, 20 a 29).

Asimismo, Alberto Elías Loaiza Muñoz estaba casado con Martha Lucía Bedoya Vera, de esa unión es hijo Yeison Jovanny Loaiza Bedoya, según certificados de registro civil de matrimonio y nacimiento, respectivamente, de la notaria 10 de Medellín, Antioquia (folios 16 y 17).

Previo a definir la cuantía de la indemnización resulta necesario afrontar dos tópicos, la acumulación homogénea de perjuicios morales, toda vez que los padres, hermanos y abuelo solicitaron la reparación por cada uno de los fallecidos y el máximo reconocido por la jurisprudencia por la muerte de un nieto.

6.1. El perjuicio moral, desde la óptica en que se le analice - ontológica, filosófica, jurídica, lógica y práctica –, resulta perfectamente acumulable, de conformidad con cada daño antijurídico que padezca la persona o personas que integran el extremo demandante.

En apariencia, el fundamento de esta postura se ubica en dos perspectivas de conocimiento que se identifican en el trasfondo de la argumentación, las cuales serían, a saber: i) la unicidad del dolor y el sufrimiento; ii) la imposibilidad de cuantificar matemáticamente el detrimento moral.

En ese contexto, la tesis de la acumulación, no resulta admisible toda vez que el sufrimiento derivado de la pérdida de uno o dos o más seres queridos no es progresivo y, por consiguiente, diverso. Así las cosas, habría que concluir que una persona sufre en iguales condiciones, por la pérdida de uno o más seres queridos porque, al fin y al cabo, el perjuicio y detrimento, en consideración de esta postura jurídica, es uno solo, que se intensifica según el número de quienes padecen el daño.

Sometido el anterior planteamiento a la fuerza de la lógica y de la justicia, se tiene que por ejemplo, para un padre o madre que pierde a dos de sus hijos en un

evento en el cual es atribuible el daño antijurídico a la administración pública, como pasa en el caso *sub examine*, resultaría mejor que el hijo (A) pereciera un día (X), mientras que el hijo (B) sufriera el deceso el día (Y), como quiera que esto le permitiría reclamar daños autónomos derivados de causas independientes, lo que daría lugar a su sumatoria.

Con esta lógica, extraída de la experiencia, se pone de relieve la debilidad de la teoría que defiende la unicidad del perjuicio moral en casos en que se producen con un solo hecho varias pérdidas (muertes) o lesiones de distintas personas de un mismo núcleo familiar. En efecto, es así como habría que concluir que si el Estado, a través de cualquier fuerza armada, da muerte a dos hermanos el mismo día y en iguales circunstancias, el perjuicio moral de los padres sería uno solo y, por lo tanto, a lo sumo, el juez podría incrementar en un determinado porcentaje el quantum de la indemnización; por el contrario, si el daño no se presentara simultáneamente, es decir, primero falleciera un hermano, para luego darle muerte al segundo, en estos eventos, la jurisprudencia sí reconocería el perjuicio moral de manera autónoma, porque el padecimiento de la pérdida de los dos seres queridos no se produjo en el mismo instante.

Es claro, entonces, que se estaría enviando un mensaje distorsionado, ya que la momentaneidad del daño no determina la intensidad del perjuicio. En otros términos, el daño uno (1) será autónomo e independiente, en todos los casos, al margen de que se haya producido de forma simultánea con el daño dos (2), este último, el cual, a su vez, también ostenta las condiciones de autonomía e independencia.

La postura que niega la acumulación de perjuicios morales pareciera avalar una hermenéutica que rompe con el principio – derecho de igualdad, tal y como pasa a desarrollarse a través de las siguientes hipótesis:

“Hipótesis A:

“Si una familia pierde a dos de sus hijos en razón de la misma causa (hecho dañoso), imputable al Estado, la conclusión sería que el perjuicio moral de los padres no es acumulable, motivo por el cual, podrían, eventualmente, los padres recibir una indemnización de 150 SMMLV.

“Hipótesis B:

“Por el contrario, si una familia pierde hoy, 15 de diciembre de 2009, a su hijo “Pedro” y, luego, un mes, o una semana, o un día, o una hora después, pierde a su hijo “Juan”, en hechos distintos, pero ambos imputables al Estado, habría que concluir que esta situación daría origen a dos procesos judiciales, en cada uno de los cuales, probablemente, se les reconocería a cada uno de los padres la suma de 100 SMMLV, que sumados, arrojarían 200 SMMLV, para cada progenitor.”

La pregunta que habría que formularse al intérprete y, concretamente, al operador jurídico, es ¿en qué se diferencian las anteriores situaciones, para que en la primera de ellas los padres reciban una indemnización menor, frente a los de la segunda?

La respuesta al planteamiento anterior, con toda seguridad, estaría basada en la instantaneidad del daño; lo cual daría lugar a contra preguntarse, si efectivamente la simultaneidad del daño impide la sumatoria de los perjuicios morales. La Sala considera que los argumentos esgrimidos no son suficientes para enervar la interpretación que defiende la acumulación; *a contrario sensu*, existen multiplicidad de fundamentos y razones de tipo normativo, jurídico y lógico, que respaldan ese criterio, escenarios desde los cuales debe plantearse el debate conceptual.

El pensamiento que niega la acumulación, pone de manifiesto en el fondo, una aplicación de la teoría de la causalidad que rige para las ciencias naturales, teoría que por demás, valga anotar, se encuentra en crisis, por ello hoy en día en virtud de las relaciones de imprecisión, el postulado de la uniformidad de la naturaleza es cuestionado por la física moderna, y todo ello se traduce en la crisis del dogma causal, que consecuentemente ha dado origen al concepto flexibilizado de causa, derivándose de allí, entonces, la existencia de verdades aproximadas, por contraposición al mecanicismo que venía operando en el área del conocimiento⁹⁰.

Ahora bien, desde el plano lógico – normativo, es importante destacar que cada

⁹⁰ “El gran aporte de Kelsen consistió en esclarecer y fijar la distinción conceptual e incluso terminológica entre la causalidad, entendida como conexión de elementos dentro del sistema de la naturaleza, y la imputación (*Zurechnung*) que designa el enlace forma entre antecedente y consecuente expresado a través de reglas jurídicas. Precisamente, la formulación de los principios mediante los cuales la ciencia del derecho describe con pulcritud su objeto constituye una de las más importantes contribuciones realizadas por la teoría pura.” GOLDENBERG, Isidoro H. “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Ed. La ley, Buenos Aires, Pág. 10.

supuesto jurídico produce una consecuencia jurídica, en otros términos, cada consecuencia jurídica, es el resultado de una causa fáctica y jurídica específica (v.gr. muerte). En consecuencia, cabría preguntarse: ¿El legislador protegió un bien jurídico colectivo o individual? Indudablemente, se impone afirmar que la lesión antijurídica a cada bien o interés, amerita que se aplique plenamente la consecuencia establecida por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia para resarcir el mismo (v.gr. A cada uno de los ciudadanos muertos, se le debió proteger su vida).

La afirmación que efectuó la Sección en el año 1991, de que “el dolor no se suma”, lleva en su contenido conceptual interno, su propia destrucción de validez, porque bajo esa premisa lo que se ha hecho, cuando se ha reconocido el perjuicio moral máximo por ser varios los fallecidos equivale al siguiente juicio apocalíptico: “el dolor no se suma pero sí se reparte, caso contrario”, lo que desvirtúa la validez de la proposición inicial.

El carácter independiente y autónomo de perjuicio moral, frente a cada lesión o daño antijurídico, ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia, con majestuosa sindéresis, en los siguientes términos:

“(…) ya la Corte en fallos anteriores ha considerado este mismo asunto y ha llegado a la conclusión de que el reparo carece de base porque cada quebranto o lesión del patrimonio afectivo constituye, en relación con quien la padece, una entidad jurídica propia e independiente de otra u otras lesiones que la misma persona haya padecido, padezca o pueda sufrir posteriormente; la pena por la muerte de un ser querido se puede agregar a la pena por la muerte de otro ser querido pero no se confunde la una con la otra. **La circunstancia de que dos o más casos de quebrantamiento del patrimonio afectivo de una persona se produzcan en un solo día o en un solo acto, no autoriza para concluir que esas lesiones diferentes se vuelvan por este motivo una sola; los dos daños son distintos, la satisfacción también debe ser distinta.**”⁹¹

Inclusive, esta misma Sección, en precisas ocasiones, al momento de reconocer el perjuicio moral ha avalado la acumulación de los mismos, tal y como se desprende de lo puntualizado, expresamente, en sentencia de 20 de mayo de 1993:

⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 13 de diciembre de 1943, M.P. Anibal Cardozo Gaitán.

“Para José Reyes Ussa y María Luisa Silva, padres del occiso Reynaldo Ussa Silva y del lesionado (parapléjico) Samuel Ussa Silva, dada la pérdida de un hijo y el estado permanente de invalidez del otro, permiten hacer el reconocimiento equivalente a 1.500 gramos de oro fino para cada uno.

“Esa misma doble aflicción por la muerte de Reynaldo y postración de Samuel, da lugar a que sus hermanos Demócrito, Flor del Carmen, y Aura Rosa Ussa Silva, sean indemnizados en el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada uno.

“Por su parte, Samuel Ussa Silva, afectado por la muerte de su hermano, las lesiones de sus hermanos y su propio estado de paraplejía, se hace merecedor a una indemnización equivalente a 2.000 gramos de oro fino.”⁹² (Negrillas y subrayado adicionales).

Igualmente, en sentencia de 19 de abril de 2001, la Sala confirmó una decisión proferida el 26 de febrero de 1996, por el Tribunal Administrativo del Tolima que, frente a la muerte de dos hermanos, condenó al Ejército Nacional a pagar en favor de la madre, a título de perjuicio moral, un valor de 2.000 gramos de oro, y para los hermanos supérstite, un total de 1.000 gramos de oro para cada uno de ellos.⁹³

Como se aprecia, no se trata pues, de una simple consideración de entender el daño moral en el sentido natural, sino como una consecuencia jurídica que obedece a un supuesto, de allí que frente a varias consecuencias jurídicas se predique, consecuentemente, igual número de supuestos; por ejemplo, al poner fin a varias vidas humanas el correlato lógico lo constituye, sin lugar a dudas, una pluralidad de daños (consecuencias jurídicas) que en modo alguno pueden soportar la conclusión de que la lesión es una sola. En el mismo sentido, la doctrina ha señalado:

“La jurisdicción contenciosa administrativa inicialmente rechazó la posibilidad de acumulación de perjuicios de la misma especie, como los morales, en cabeza de un mismo sujeto cuando por ejemplo se hubiere dado muerte u ocasionado lesiones graves a dos o más integrantes de su grupo familiar, se había señalado: “Los sentimientos de pena, desolación, tristeza y amargura no

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de mayo de 1993, exp. 8325. En esa misma dirección, se puede consultar la sentencia de 7 de noviembre de 1991, exp. 6295, oportunidad en la que se dijo: “En materia de perjuicios, como se expresó, sí deberán introducirse cambios. En este orden de ideas, se le reconocerá a los padres del occiso, Pedro María Morales y María Carolina Guarumo por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades en gramos oro: 700 para ésta y 1400 para aquél en vista de que este último no sólo sufrió los daños reconocidos por el a quo, por al incapacidad permanente que le produjo la falla de la administración, sino porque resultó moralmente afectado con la muerte de su hijo.”

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 11.940.

pueden aumentarse paralelamente al precio del oro, según que los muertos sean uno, dos o tres integrantes de la familia. El contenido subjetivo de los sentimientos se opone a la estimación monetaria progresiva de los mismos, vale decir, que no es de recibo la sumatoria del dolor moral"⁹⁴.

De conformidad al artículo 16 de la ley 446 de 1998, que estructuró a nivel legal los principios de la reparación integral y de la equidad, se deben resarcir todos los perjuicios causados. La coexistencia o concurrencia de perjuicios inmateriales debe plantearse en el terreno de la lógica, de la normatividad y de la justicia. Así: dentro de la estructura lógica de la norma, cada supuesto produce una consecuencia, extremos que se vinculan a través de la imputación. Por ello ha dicho Enneccerus, citado por Isidoro H. Goldenberg: "No se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia"⁹⁵. O bien, como lo afirma el tratadista Jorge Joaquín Llambias: "Finalmente, el derecho no se satisface con una pura relación de causalidad material, puesto que no es una física de las relaciones humanas", y agrega luego en la nota: "Pues si solo jugara una pura relación de causalidad material, es claro que siempre el daño resarcible sería el mismo en todas las situaciones, a saber, el de que fuese causado por el hecho determinante de la responsabilidad"⁹⁶.

En el orden lógico normativo, cada supuesto jurídico produce una consecuencia jurídica, en otros términos cada consecuencia jurídica tiene una causa: "Cada derecho se caracteriza por su contenido específico. Que lo distingue de los demás. Virtualmente o en abstracto todos los derechos del mismo tipo tienen idéntico contenido, sin perjuicio de que en concreto, éste varíe de un derecho a otro del mismo tipo por la concurrencia de otros derechos que, al menos por un tiempo, reducen la amplitud de facultades del derecho que soporta esa concurrencia"⁹⁷. Es por ello que frente a la hipótesis de la pluralidad de muertes o lesionados, respecto al mismo sujeto cabría preguntarnos: ¿el legislador protegió un bien jurídico colectivo o individual? Indudablemente, a cada uno de los ciudadanos muertos, se les debía proteger su vida. Si el ánimo del límite o tope del reconocimiento de perjuicios morales, fuere el mismo, para una vida humana, o dos, o múltiple, la norma sobre indemnización habría hecho ficción, tal como ocurría para el delito de hurto continuado, donde todo se consideraba una unidad inescindible, por voluntad misma del legislador, pero ni frente a las normas que regulan el perjuicio en materia civil ni ante el derecho público, se ha dispuesto tal voluntad legislativa.

La afirmación hecha según la cual "el dolor no se suma", lleva en su

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 1991, expediente 6330.

⁹⁵ Ob. Cit. pág. 10 y 11.

⁹⁶ Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, 1967, Tomo I, págs. 336 y 337.

⁹⁷ Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U, Derecho Civil dictado y ampliado por Antonio Vodanovic H.,: 4ª edición, 1984, Ed, Nacimiento, Chile, pág. 6.

contenido conceptual interno, su propia destrucción de validez, porque bajo esa premisa lo que se ha hecho, cuando se ha reconocido el perjuicio moral máximo por ser varios los fallecidos o lesionados equivale al siguiente juicio: el dolor no se suma pero sí se reparte, lo que desvirtúa la validez de su propio fundamento.

Ahora bien, desde el punto de vista de la equidad, no es lo mismo perder, uno, dos, tres, cuatro o más miembros de la familia. La equidad se revienta. La naturaleza de las cosas repugna a esa idea, el artículo 95 del Código Penal de 1936 y el artículo 106 del código subsiguiente, se redactaron bajo la premisa de la intensidad del dolor moral, por la pérdida de un solo ser querido, no de varios.

La anterior solución, de la acumulación de perjuicios morales no es asunto nuevo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado la han reconocido en algunos eventos, así: "...ya la Corte en fallos anteriores ha considerado este mismo asunto y llegado a la conclusión de que el reparo carece de base porque cada quebranto o lesión del patrimonio afectivo constituye, en relación con quien la padece, una entidad jurídica propia e independiente de otra u otra lesión que la misma persona haya padecido, padezca o pueda sufrir posteriormente; la pena por la muerte de un ser querido se puede agregar a la pena por la muerte de otro ser querido pero no se confunde la una con la otra. La circunstancia de que dos o más casos quebrantamiento del patrimonio afectivo de una persona se produzca en un solo día o en un solo acto, no autoriza para concluir que esas lesiones diferentes se vuelvan por ese motivo una sola; los dos daños son distintos, la satisfacción también debe ser distinta"⁹⁸. Y el Consejo de Estado la admitió claramente al señalar: "Esa misma doble aflicción por la muerte de Reynaldo y la postración de Samuel, da lugar a que sus hermanos... Por su parte, Samuel Ussa Silva, afectado por la muerte de su hermano, las lesiones de sus hermanos y su propio estado de paraplejía, se hace merecedor a una indemnización equivalente a 2000 gramos de oro fino"⁹⁹. De la mera literalidad, emerge que al referirse la corporación a una "doble aflicción", está dando por establecido la autonomía e independencia de cada uno de los daños, por oposición al criterio o a la tesis de que en estas situaciones el daño es uno pero tiene mayor intensidad como algún sector de la doctrina lo señala: "Lo lógico sería más bien suprimir los límites absolutos previamente establecidos, y en su lugar sentar el precedente de que la muerte de dos o más parientes, por ser motivo de mayor dolor para el demandante, causará una indemnización superior a la que se paga cuando sólo muere uno"¹⁰⁰; y de manera regresiva o desafortunada, recientemente esta tesis se aplicó en una decisión del Consejo de Estado: "...Se denota que varios de los demandantes sufrieron al tiempo la pérdida de varios de sus parientes – de ambos padres, de ambos hijos y de ambos

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia del 13 de diciembre de 1943, Gaceta Jurisprudencial, t. LVI., pág. 680.

⁹⁹ Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 1993, expediente 8325. Igualmente la misma corporación en sentencia del 7 de noviembre de 1991, expediente N° 6295, acogió la acumulación de perjuicios morales en el evento de un padre que sufrió lesiones personales y además su hijo falleció como consecuencia de los mismos hechos.

¹⁰⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier, De la responsabilidad Civil, tomo II, editorial Temis, 1986, pág. 450.

hermanos –; tal situación hace visible que aunque el daño es uno tiene mayor intensidad”¹⁰¹

Tal como se ve, no se trata de una simple consideración de tomar el daño moral en el sentido natural, sino como una consecuencia jurídica que obedece a un supuesto, de allí, que frente a varias consecuencias jurídicas se predique consecucionalmente igual número de supuestos; en otros términos al poner fin a varias vidas humanas el correlato lógico lo constituye, sin lugar a dudas una pluralidad de daños (consecuencias jurídicas), que tal como lo dice la Corte en la sentencia que se acaba de indicar: “no autoriza para concluir que esas lesiones diferentes se vuelvan por ese motivo una sola; los dos daños son distintos, la satisfacción también debe ser distinta”.

El principio de la reparación integral permite dar un manejo coherente y real a la problemática del daño en materia de responsabilidad patrimonial que permite desterrar la postura jurisprudencial de algunas decisiones, especialmente en la justicia ordinaria que no compensan los detrimentos sufridos por las víctimas, y donde el desconocimiento del polifacetismo del daño como realidad compleja, va aunado con el ignorar la forma múltiple de protección a los bienes jurídicos, particularmente los de contenido inmaterial, que en una visión reduccionista se configuran todos, como perjuicios morales, sacrificando la constitución, la ley y la realidad; esas condenas de reparación, de reparadoras en integridad sólo tienen el nombre. No obstante lo anterior, tampoco podrá llegarse al cubrimiento de varias indemnizaciones bajo la confusión de existencia de varios daños, cuando se trate de uno solo; se insiste, no debe haber duda alguna en cuanto a la estructuración y autonomía de cada bien quebrantado, sólo en estos eventos procederá el reconocimiento e indemnización de cada uno, y el juez ante la existencia de una pluralidad de daños impartirá el correlato lógico de pluralidad de reconocimientos. Podría pensarse frente a algunos daños, tales como el psicológico que entraña un quebrantamiento afectivo o emocional de naturaleza patológica, en romper los topes jurisprudenciales e incrementar sobre el límite establecido, aduciendo que se está en presencia de un daño moral y que por su intensidad nefasta se incrementa, sin embargo, tal forma de razonar sería equivocada toda vez que se violenta la naturaleza de las cosas y se desconoce la autonomía de los bienes jurídicos; esa forma de razonar que empleó ya la jurisdicción contenciosa administrativa cuando se otorgaron 1800 gramos de oro por perjuicio moral, al no individualizar y reconocer la existencia propia del perjuicio fisiológico en un caso de responsabilidad médica¹⁰², llevó finalmente a reconocerle autonomía y existencia a este perjuicio en otro evento, por oposición a considerarlo como un perjuicio moral grave, se trata de bienes diferentes, aunque puedan tener elementos configurativos comunes; la esencia del contenido material del bien, hace que cada uno sea lo que es”¹⁰³.

¹⁰¹ Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 15279.

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 1992, expediente 6467.

¹⁰³ GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, quinta edición, Bogotá, Temis, 2001, págs. 208 a 211.

En esa perspectiva, no resulta admisible que se señale que frente a distintas causas y daños antijurídicos, como en este caso, la muerte de dos hermanos, se adopte una única consecuencia jurídica. Lo anterior, en tanto dicha interpretación del perjuicio, desaviene con los principios que rigen en materia indemnizatoria, concretamente, a la obligación existente a nivel constitucional (art. 90 C.P.) de indemnizar todos aquellos daños antijurídicos que sean imputables.

La relevancia del daño antijurídico, como principal elemento de configuración de la responsabilidad de la administración pública, se encuentra expuesto en forma concienzuda y clara, por el profesor Oriol Mir Puigpelat, cuando sobre el particular manifiesta:

“El daño, en definitiva, es el elemento que otorga su razón de ser a la responsabilidad extracontractual y que constituye su objeto central, como hemos visto más arriba. El daño, a su vez, debe reunir determinados requisitos exigidos por el ordenamiento para merecer ser indemnizado (que en el caso de la responsabilidad administrativa son la antijuricidad, la efectividad, la evaluabilidad económica, y la individualización con relación a una persona o grupo de persona, como ya nos consta). El daño recae siempre en un sujeto determinado (la víctima, que es quien deberá ser indemnizado en caso de que concurren los requisitos restantes), sin que ello plantee mayores problemas.”¹⁰⁴

Por consiguiente, la lógica que debe emplearse en la determinación y liquidación del perjuicio moral, no debe ser otra que una operación de tipo silogístico, que puede expresarse, en breves líneas, de la siguiente manera: *a la constatación de un daño antijurídico, así como la identificación de los perjuicios individuales que éste acarrea igual consecuencias jurídicas para cada daño y cada perjuicio*. Una posición contraria, implica, por sí sola, la relativización de un determinado bien o interés jurídico, puesto que si la muerte de “Pedro” y “Juan”, de manera independiente en hechos diferentes, y con apoyo en el arbitrio judicial, llevaría a indemnizar a sus familiares con 100 SMMLV para cada demandante (padres o hijos), si se presentara de forma conjunta conduciría a que padres o hijos recibieran, verbigracia, 150 SMMLV, lo que supone *prima facie*, que los bienes jurídicos (la vida de ambos hermanos) quedaron en cuanto su contenido y

¹⁰⁴ MIR Puigpelat, Oriol “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria – Organización, imputación y causalidad”, Ed. Civitas, Madrid, Pág. 58 y 59.

protección mermados o disminuidos a causa de una interpretación jurídica.

Desde el punto de vista de la equidad –principio de rango constitucional–, como instrumento de aplicación al caso concreto de la justicia material, así como desde la perspectiva lógica y ontológica, nadie se atrevería a aseverar que perder un hijo, hermano o abuelo es igual que desprenderse afectivamente de dos o más seres queridos.

Se desconoce, por ende, con esta forma de razonar el postulado contenido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, en cuanto dispone la obligación de reparar integralmente los perjuicios padecidos, con fundamento en criterios de equidad. El principio de la reparación integral permite dar un manejo coherente y real a la problemática del daño en materia de responsabilidad patrimonial que posibilita desterrar la postura de algunas decisiones, especialmente en la justicia ordinaria que no compensan los detrimentos sufridos por las víctimas, y donde el desconocimiento del polifacetismo del daño como realidad compleja, va aunado con el ignorar la forma múltiple de protección a los bienes jurídicos, particularmente los de contenido inmaterial, con sacrificio de los parámetros constitucionales, legales y materiales.

Sobre la aplicación del principio de reparación plena en la valoración de daños de índole extrapatrimonial, la doctrina extranjera con un razonamiento que acompañamos plenamente, ha puntualizado:

“(...) la reparación del daño moral constituye un capítulo más dentro del amplio espectro de la reparación integral de todo daño injustamente sufrido y resulta –por lo tanto– alcanzada por el principio de la reparación plena y por el régimen predeterminado de imputación de consecuencias, del que no es dable prescindir.

“(...) La mera circunstancia de no ser posible una equivalencia cualitativa exacta entre el daño moral y el monto indemnizatorio, no es suficiente para descartar el sentido resarcitorio que asume la indemnización y la plena vigencia del principio de la reparación integral.

“Es cierto que la valoración y cuantificación del daño moral es harto dificultosa; es verdad, también, que por lo general, la determinación del *quantum* indemnizatorio está presidida de una marcada dosis de subjetivismo; y que la propia entidad extrapatrimonial del perjuicio y la inexistencia de un mercado de valores espirituales afectados impide una calibración exacta en términos económicos.

“Sin embargo, como bien se ha dicho, el cartabón para medir el daño extrapatrimonial: es el metro de la mente y del espíritu el que brinda la solución; imperfecta, al fin, como lo son buena parte de las soluciones que brinda el derecho, pero la mejor posible dentro del orden actual.

“Si por el mero hecho de existir dificultades para relacionar en términos de exactitud, el perjuicio y la indemnización – complicaciones que no son exclusivas del daño moral y se proyectan frecuentemente al daño patrimonial–, se descartase la vigencia del principio de reparación plena, podríamos arribar a consecuencias absurdas.”¹⁰⁵

La Sala considera, entonces, con fundamento en la experiencia como condición del conocimiento, que el dolor y la aflicción que se sufre por la pérdida de un familiar cercano difiere, en su magnitud e intensidad, a la que eventualmente se presenta frente a dos o más de ellos¹⁰⁶.

Lo anterior, comoquiera que en el reconocimiento y liquidación de los perjuicios, bien sea de carácter material o inmaterial –especialmente en estos últimos–, se deben tener en cuenta criterios de razonabilidad y racionalidad, en los términos esbozados por la doctrina y jurisprudencia extranjera¹⁰⁷, de tal manera que le corresponde al juez a partir de la experiencia, la razón y la equidad, establecer las formas idóneas y expeditas para el resarcimiento del daño, sin que se pierda de vista el paradigma que obliga a la reparación *in integrum* de éste.

Como lo pone de presente el profesor Ricardo de Ángel Yagüez, “*la reparación íntegra sólo se entiende cuando hablamos de bienes susceptibles de traducción a dinero sobre la base de criterios objetivos*”¹⁰⁸, en consecuencia, si la jurisprudencia ha fijado unos criterios más o menos objetivos para la fijación del perjuicio moral, lo cierto es que a un determinado daño debe corresponder una correlativa consecuencia, en los términos previamente delimitados por aquélla.

En efecto, si se parte del hecho que existen dos tipos de reparación del daño, esto

¹⁰⁵ PIZARRO, Ramón Daniel “Daño Moral – Prevención, Reparación y Punición”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Pág. 384 y 385.

¹⁰⁶ “Lo único que es forzoso admitir es que en las hipótesis limitadas rigurosamente, en que puede tenerse en cuenta el daño moral, y en vista de la entidad de la ofensa de la cual viene a derivar el daño moral, subsiste una presunción más o menos fuerte a favor de su existencia.” SCOGNAMIGLIO, Renato “El daño moral”, 1962, Bogotá D.C., pág. 88.

¹⁰⁷ Tribunal Supremo Español – Sala de lo Contencioso, sentencia de 20 de julio de 1996, exp. 2297.

¹⁰⁸ Yagüez, Ricardo de Ángel “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)”, Ed. Civitas, Madrid, Pág. 145.

es, la reparación específica o *in natura*, y la reparación por equivalente o compensatoria, esta última mediante la cual se indemniza, por regla general, el perjuicio moral, lo cierto es que como su nombre lo indica, “equivalente”, supone que el juez aplique idénticos criterios en tanto afectaciones encuentre acreditadas en el proceso.

Lo anterior, genera la siguiente regla en harás de respeto al principio de igualdad, cuando el daño moral se presenta frente a una sola circunstancia, el sistema de valoración es objetivo, por cuanto a un hecho puntual, existe una correlativa consecuencia según los estándares fijados previamente por la jurisprudencia (v.gr. una muerte = 100 SMMLV), si se produce una doble aflicción, el método de valoración sigue siendo objetivo y, por lo tanto, el parámetro es el mismo (dos muertes = 200 SMMLV).

En efecto, en sentencia del 1º de octubre de 2008, expediente No. 27268, esta Sección reconoció la acumulación en un caso de responsabilidad médico - obstétrica y ordenó el pago de 200 SMMLV, a favor de cada uno de los demandantes, esto es, padre e hija por la muerte de su cónyuge y madre, respectivamente, así como por las graves lesiones cerebrales que sufrió aquella al momento del parto.

Sobre el particular, la Sala en esa específica ocasión señaló:

“Así mismo, vale la pena destacar que aunque Ana Caterine no haya sido consciente del *doble perjuicio*¹⁰⁹ a ella causado por las entidades públicas demandadas, dada su condición de parálisis cerebral, es incuestionable que padeció un perjuicio inmaterial diverso al daño fisiológico (daño a la vida de relación), y que pertenece al ámbito interno, por cuanto toda persona por el hecho de serlo, es un ser en sí mismo, y en esa perspectiva, como sujeto, sin importar que exista una condición cerebral específica, nunca pierde su condición de persona, en consecuencia, padece perjuicios que

¹⁰⁹ En ese sentido, la Sala se apoya en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, con particular *sindéresis*, precisó: “(...) ya la Corte en fallos anteriores ha considerado este mismo asunto y ha llegado a la conclusión de que el reparo carece de base porque cada quebranto o lesión del patrimonio afectivo constituye, en relación con quien la padece, una entidad jurídica propia e independiente de otra u otras lesiones que la misma persona haya padecido, padezca o pueda sufrir posteriormente; la pena por la muerte de un ser querido se puede agregar a la pena por la muerte de otro ser querido pero no se confunde la una con la otra. **La circunstancia de que dos o más casos de quebrantamiento del patrimonio afectivo de una persona se produzcan en un solo día o en un solo acto, no autoriza para concluir que esas lesiones diferentes se vuelvan por este motivo una sola; los dos daños son distintos, la satisfacción también debe ser distinta.**” (Destaca la Sala). Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales, sentencia de 13 de diciembre de 1943, M.P. Anibal Cardozo Gaitán.

representen una aflicción verificada en la limitación en que se halle.”¹¹⁰

De acuerdo con lo expuesto, es procedente la acumulación homogénea de los perjuicios morales.

6.2. Ahora bien, respecto al reconocimiento de los perjuicios para los abuelos, bien vale la pena traer a colación, la sentencia del 24 de enero de 1992, expediente 6076, donde se razonó y justificó con profundidad, sobre el tópico, así:

“(…) Respecto del primer punto, asiste razón al recurrente y a nuestro colaborador Fiscal cuando estiman que el daño moral sufrido por los abuelos del niño está debidamente probado; en efecto, Andrés Felipe Había cumplido 5 años de edad para la fecha de su muerte; era el único nieto de los abuelos demandantes, según lo expresan los testigos FRANCISCO JAVIER LOPERA GUTIERREZ (Fl. 56), JAIME JAVIER POSADA USUAGA (Fl. 60) y BAUDELINO ROBAYO FIERRO (Fl. 62), cuyas versiones dan cuenta también del inmenso cariño que aquellos profesaban por su nieto; esta circunstancia resulta perfectamente normal y ajustada a la realidad, pues la experiencia nos enseña que la relación de los abuelos con sus nietos es particularmente estrecha, quizás porque el destino los sitúa en los dos extremos de la vida.”-Subrayas fuera de texto-

De la misma manera la Sala se ha pronunciado en jurisprudencia reciente:

“Y en lo que concierne al monto o graduación del perjuicio moral, en pluralidad de sentencias¹¹¹ se ha reconocido a los abuelos una suma igual a la que se le otorga a los padres. Y es que en verdad, razones no sólo de afecto, sino además de carácter sociológico en atención a la posición que en la estructura de la familia ocupan los abuelos, hacen que éstos representen frente al nieto el extremo de la vida en la dinámica de la existencia y en la dialéctica del Eros y el Thanatos. Sufren a veces más los abuelos por la muerte de un nieto, dada su condición de fragilidad y senectud, que los coloca en una posición de vulnerabilidad, al estar frente al ocaso de la vida y ver en sus nietos la esperanza del mañana”¹¹².

En ese orden de ideas, se condenará, a la demandada a pagar, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales, a Martha

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero.

¹¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 6076 CP. Juan de Dios Montes Hernández. Ver entre otras las sentencias del 6 de agosto de 1992, expediente No. 6901; del 16 de abril de 1993, expediente No. 7593; del 10 de agosto de 1992, expediente No.7073; del 21 de febrero de 2002, expediente No. 14.081; del 22 de abril de 2004, expediente No. 14.522.

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2011, expediente: 20.488, demandante: Nidia Ruth Pérez Rivera y otros, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Lucía Bedoya Vera y Yeison Jovanny Loaiza Bedoya, para cada uno de ellos, esposa e hijo de Alberto Elías Loaiza Muñoz. La suma de 200 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales, a Luis Emilio Loaiza y María Lucila Muñoz Ríos, padres de Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz. La suma de 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales, a Luis Alfonso, Antonio José, Carlos Iván, Rodrigo Enrique, Ruth Estela, Oscar Darío, Germán Arturo y Marta Yanet Loaiza Muñoz, hermanos de Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz. La suma de 140 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales, a Pedro Antonio Muñoz Medina abuelo de Alberto Elías y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz, debe anotarse que este monto se establece por equivalencia a los 1.400 gramos de oro solicitados en la demanda.

7. En cuanto al lucro cesante, deprecado por Martha Lucía Bedoya Vera y Yeison Jovanny Loaiza Bedoya, por la muerte de su esposo y padre Alberto Elías Loaiza Muñoz. Si bien no se encuentra acreditado el monto de los ingresos que percibía, no obstante, las reglas de la experiencia enseñan que una persona laboralmente activa, no podría devengar menos del salario mínimo.

El salario mínimo para el año de 1994, ascendía a \$98.700, que actualizado a la fecha de la presente sentencia¹¹³ equivale a \$449.194, toda vez que ese valor es menor al del salario mínimo legal vigente para el año 2012, que asciende a \$566.700, por razones de equidad se tomara éste como base para el cálculo de la renta actualizada. A esta suma se aumentará en 25% (\$141.675), por concepto de prestaciones sociales¹¹⁴, lo que equivale a \$708.375, de ese suma se descontará el 25% (\$177.093,75), que era lo que víctima dedicaba a sus gastos personales, lo que equivale a \$531.281,25. Así, la renta actualizada se dividirá en atención a que la esposa sería la beneficiaria en un 50% (\$265.640,63) y el hijo en el otro 50%.

3.2.1 Indemnización de Martha Lucía Bedoya Vera:

En calidad de esposa de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende dos períodos, uno vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha del hecho hasta la actual, para un total de 219 meses, y el otro, futuro, que

¹¹³ Va= \$98.700 * 111,32 (IPC julio de 2012)/24,46 (IPC junio de 1994)=\$449.194.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de cuatro de octubre de 2007, radicación: 47001-23-31-000-1996-05001-01 (16.058) acumulado, 47001-23-31-000-1997-05419-01 (21.112), actor: Teotiste Caballero de Buitrago y otros. M.P. Enrique Gil Botero.

corre a partir de la fecha de esta sentencia hasta el fin de la vida probable¹¹⁵, para un total de 278,64 meses. De lo anterior resulta:

Debida o consolidada:

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

$$S = \$265.640,63 \frac{(1+0.004867)^{278,64} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 103.476.809,09$$

Futura o anticipada:

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

$$S = \$265.640,63 \frac{(1+0.004867)^{278,64} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{278,19}}$$

$$S = \$40.470.918,44$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura, se obtiene un total de **\$143.947.728** correspondiente al lucro cesante para la señora Martha Lucía Bedoya Vera.

3.2.2 Indemnización de Yeison Jovanny Loaiza Bedoya:

La indemnización a que tiene derecho en calidad de hijo de la víctima, comprende al período vencido o consolidado que se cuenta desde la fecha del hecho hasta el día en que cumplió los 25 años¹¹⁶, para un total de 135 meses, pues se supone que hasta ese momento su padre se haría cargo económicamente de él. De lo anterior resulta:

¹¹⁵ Alberto Elías Loaiza Muñoz nació el 14 de septiembre de 1958, al momento del hecho tenía 35 años y una vida probable de 41,47 años (497,64 meses).

¹¹⁶ Yeison Jovanny Loaiza Bedoya nació el 20 de septiembre de 1980, tenía 13 años al momento del hecho y cumplió los 25 años el 20 de septiembre de 2005.

Debida o consolidada:

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

$$S = \$265.640,63 \frac{(1+0.004867)^{135} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$50.541.659$$

El valor de la indemnización debida es de **\$50.541.659** correspondiente al lucro cesante para Yeison Jovanny Loaiza Bedoya.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 27 de noviembre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, en su lugar se decide:

DECLÁRASE patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional -, por la muerte de Alberto Elías Loaiza Muñoz y Jairo Eliécer Loaiza Muñoz, ocurridas el 11 de junio de 1994, en el municipio de Sabaneta, Antioquia.

CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional -, a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales a Luis Emilio Loaiza y María Lucila Muñoz Ríos, para cada

uno; cien (100) salarios mínimos legales mensuales a Martha Lucía Bedoya Vera, Yeison Jovanny Loaiza Bedoya, Luis Alfonso Loaiza Muñoz, Antonio José Loaiza Muñoz, Carlos Iván Loaiza Muñoz, Rodrigo Enrique Loaiza Muñoz, Ruth Estela Loaiza Muñoz, Oscar Darío Loaiza Muñoz, Germán Arturo Loaiza Muñoz y Marta Yanet Loaiza Muñoz, para cada uno de ellos; y, ciento cuarenta (140) salarios mínimos legales mensuales a Pedro Antonio Muñoz Medina.

CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional -, a pagar, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a Martha Lucía Bedoya Vera, la suma de ciento cuarenta y tres millones novecientos cuarenta y siete mil setecientos veintiocho pesos (\$143.947.728); a Yeison Jovanny Loaiza Bedoya la suma de cincuenta millones quinientos cuarenta y un mil seiscientos cincuenta y nueve

pesos (\$50.541.659)

DENIÉGANSE las demás pretensiones de las demandas.

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.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
HOZ**

**OLGA VALLE DE DE LA
Presidenta de la Sala**