

LICEO MARCO FIDEL SUAREZ DE MEDELLIN - Naturaleza jurídica. Regulación normativa / EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO Y EL MUNICIPIO DE MEDELLIN - Improcedencia

El Liceo Marco Fidel Suárez fue creado mediante el Decreto Nacional N° 2822 de 1953, y en virtud de la resolución nacional 1497 del 23 de mayo de 1956, se aprobó para esa institución los estudios de los cursos 1º a 4º de bachillerato. Posteriormente, la resolución N° 1124 del 17 de mayo de 1967 proferida por el Ministerio de Educación Nacional, autorizó el funcionamiento de secciones paralelas de doble jornada y de bachillerato nocturno, a varios establecimientos educativos nacionales de educación media, entre estos, el Liceo Marco Fidel Suárez. (...) el 23 de agosto de 1999, la resolución departamental N° 7754 ordenó la fusión del Liceo Marco Fidel y el Centro Oficial de Adultos El Picachito, en una sola institución denominada 'Colegio Marco Fidel Suárez'. De lo expuesto, se advierte que el Liceo Marco Fidel Suárez fue creado en 1953 mediante un Decreto Nacional y las modificaciones relacionadas con su funcionamiento y los servicios educativos que podía prestar fueron ordenados por el Ministerio de Educación Nacional, por lo tanto, era una institución educativa de carácter nacional. (...) no se puede desconocer que, por un lado, de acuerdo a la ley 60 de 1993, a los municipios les compete 'administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media', y, 'ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales'. Igualmente, según esta normativa, a los departamentos les corresponde 'dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media', 'regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales', y, 'ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales'. De lo señalado, se advierte que según la ley 60 de 1993, los departamentos y los municipios, tenían conjuntamente, las funciones de administrar, inspeccionar, vigilar, supervisar y evaluar los servicios educativos. De otro lado, la ley 115 de 1994, indicó que la dirección y administración de los servicios educativos estatales estaban a cargo de la Nación y las entidades territoriales. municipales, respectivamente, regularían la educación dentro de su jurisdicción. (...) la creación del Liceo Marco Fidel Suárez estuvo a cargo del Ministerio de Educación, al igual que las ampliaciones de su jornada. De otro lado, conforme la ley 29 de 1989, el alcalde del municipio de Medellín tenía dentro de sus funciones, la de administrar el personal docente y administrativo de los institutos educativos nacionales, entre ellos, el mencionado liceo. Finalmente, el Departamento de Antioquia fue el que profirió las resoluciones mediante las cuales, primero, se fusionó este establecimiento con el Centro Oficial de Adultos El Picachito, y después, se creó la institución educativa Marco Fidel Suárez. No obstante lo anterior, es necesario precisar que el acervo probatorio allegado al expediente no obra el acta respectiva o la constancia de entrega del servicio de educación, bienes y personal al Departamento de Antioquia o al Municipio de Medellín por parte del Ministerio de Educación, sin embargo, de la normativa vigente para la época en que ocurrieron los hechos, se puede establecer que tanto a las entidades nacionales, departamentales y municipales, les correspondía, conjuntamente, funciones de dirección, coordinación, vigilancia, administración y ejecución de los servicios de educación de carácter estatal. Por lo anterior, se debe revocar la decisión del Tribunal de primera instancia que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín, comoquiera que del análisis de la normativa aplicable, no es posible desconocer que estos entes tenían específicas funciones, responsabilidades,

obligaciones y deberes en relación con el establecimiento educativo en donde ocurrieron los hechos

FUENTE FORMAL: LEY 29 DE 1989 / LEY 60 DE 1993 / LEY 115 DE 1994 / MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL RESOLUCION N° 1124 DEL 17 DE MAYO DE 1967 / RESOLUCION NACIONAL 1497 DEL 23 DE MAYO DE 1956 / RESOLUCION DEPARTAMENTAL N° 7754

DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte de estudiante, por disparo de arma, al interior del establecimiento educativo Liceo Marco Fidel Suárez / DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración

Con las pruebas relacionadas, se tiene acreditado el daño alegado en la demanda, toda vez que se demostró que el 16 de noviembre de 1994, Hernán de Jesús Arboleda Parra murió como consecuencia de un disparo con arma de fuego. Igualmente, de los testimonios transcritos, se acreditó que Hernán de Jesús Arboleda Parra se encontraba en un salón de clases del Liceo Marco Fidel Suárez, cuando llegaron dos encapuchados armados a amenazar y golpear a la profesora que estaba a cargo del curso y durante ese incidente, se disparó accidentalmente el arma que aquéllos portaban, y el proyectil ultimó al joven. Ahora bien, del análisis del acervo probatorio no hay lugar a dudas que Hernán de Jesús Arboleda Parra al momento de su muerte estaba dentro de las instalaciones del centro educativo recibiendo clase, de allí que, al tener la calidad de estudiante, se encontraba bajo la responsabilidad y cuidado del plantel.

ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS - Deber de custodia y la posición de garante que ostentan respecto a los alumnos / ACREDITACION DE LA FALLA DEL SERVICIO - Muerte de estudiante al interior de plantel educativo. Falta de control y seguridad de instalación educativa

Para la Sala no hay duda de la situación de inseguridad, zozobra y peligro que se vivía en la institución educativa previo a la ocurrencia de los hechos, comoquiera que los testigos coinciden al indicar que se presentaban amenazas contra las directivas, profesores y alumnos, lo que para la Sala es demostrativo de la obligación que tenía el liceo de extremar las medidas de seguridad y protección en el plantel a efectos de controlar y/o evitar daños en las personas que estaban bajo su cuidado. En el asunto sub examine, se acreditó la falla del servicio de la Administración, en tanto que el menor Arboleda Parra murió cuando se encontraba en un salón de clases del plantel educativo Marco Fidel Suárez al cual ingresaron dos encapuchados, quienes al atacar a la profesora a cargo, dispararon causándole la muerte a aquél. La falta de seguridad y control en las instalaciones educativas permitió que extraños armados entraran e hirieran mortalmente a un estudiante, circunstancia que para la Sala configura un inexcusable descuido de quienes omitieron el deber de vigilancia y cuidado de los estudiantes que se encontraban dentro del Liceo Marco Fidel Suárez. Si bien es cierto, que el Tribunal de primera instancia consideró que no obraba prueba mediante la cual se demostrara que las directivas del colegio hubieran solicitado protección a efectos de controlar la difícil situación que se vivía en el lugar, la Sala por el contrario considera que esto no es suficiente para exonerar a la institución de los deberes que su posición de garante le imponía respecto de los estudiantes. Se insiste, no hay duda que la institución educativa era garante de la seguridad del menor Hernán de Jesús Arboleda Parra, de allí que, al obrar con desconocimiento de los deberes que su posición le imponía, le es imputable, a título de falla del servicio, el daño alegado en la demanda.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el deber de custodia y la posición de garante que ostentan los establecimientos educativos respecto a los alumnos, consultar sentencia del 7 de septiembre de 2004, exp. 14869; sentencia del 23 de agosto de 2000, exp. 18627 y sentencia del 4 de octubre de 2007, exp.15567

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Muerte de estudiante al interior de plantel educativo / LICEO MARCO FIDEL SUAREZ - Responsabilidad solidaria compartida con el Ministerio de Educación, el Departamento de Antioquia y el municipio de Medellín

Comoquiera que se estableció con anterioridad que para la época en que sucedieron los hechos tanto el Ministerio de Educación, como el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín tenían obligaciones y deberes respecto del Colegio Marco Fidel Suárez, será a estas entidades a las que se condenará solidariamente por el daño causado, mientras que a la Policía Nacional se le exonerará de los cargos imputados, toda vez que no existe material probatorio alguno que vincule su responsabilidad

CALIDAD DE TERCERA DAMNIFICADA - Prima de la víctima. Omisión de acreditar parentesco mediante la prueba del registro civil / CALIDAD DE TERCERA DAMNIFICADA - Prima de la víctima. Procedencia de acreditación del parentesco por prueba testimonial

En relación con la señora María Soledad Diosa Parra quien aduce ser prima del joven Arboleda Parra, se advierte que sólo se allegó su registro civil de nacimiento, del cual se puede deducir que es hija de los señores Antonio Diosa y Margarita María Parra (...) sin embargo, el parentesco de éstos o de aquélla con la madre o abuela del occiso no se encuentra acreditado con ningún medio de prueba. No obstante lo anterior, de los testimonios recibidos se puede establecer que la señora Diosa Parra era cercana a la familia del occiso y tenía estrechas relaciones con éste (...) Para la Sala, la prueba testimonial que se acaba de transcribir, es suficiente para demostrar la calidad de tercera damnificada, razón por la cual se concederá la indemnización solicitada por perjuicios morales a la señora María Soledad Diosa Parra.

PERJUICIO MORAL - Muerte de estudiante, por disparo de arma, al interior del establecimiento educativo Liceo Marco Fidel Suárez / ACREDITACION DEL PERJUICIO MORAL - Presunción de dolor en miembros más cercanos del entorno familiar. Aplicación reglas de la experiencia / TASACION PERJUICIO MORAL - Inaplicación análogica del artículo 106 del Código Penal de 1980 / TASACION PERJUICIO MORAL - Monto. Pauta jurisprudencial. Facultad discrecional del Juez según su prudente juicio. Arbitrio juris / 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 madre, abuela y tercera damnificada. (...) se accederá a los requerimientos deprecados en la demanda, motivo por el que los perjuicios

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

NOTA DE RELATORIA: Para establecer el monto de la indemnización 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, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales vigentes. En relación con la presunción del daño en miembros más cercanos del entorno familiar, consultar sentencias de 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042 y del 1 de octubre de 2008, exp. 27268

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 / APLICACIÓN DEL ARBITRIO IURIS -

Importancia / APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Afectación del derecho fundamental a la igualdad

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 iuris 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 iuris 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. (...) 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 iuris y la equidad, de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646 (...) El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley. Por consiguiente, la distinción que por vía de una eventual aplicación del principio de proporcionalidad en esta materia, sí que afectaría o afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual las providencias que sean proferidas con fundamento en el citado criterio podrían ser –ellas sí - pasibles de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del mencionado instrumento se resquebraje la mencionada garantía esencial

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

TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Aplicación del arbitrio iuris / APLICACION DEL ARBITRIO IURIS - No puede ser asimilado a la arbitrariedad / APLICACION DEL ARBITRIO IURIS - Procedencia. Precedente jurisprudencial constitucional / RAZONAMIENTO Y JUSTIFICACION DE LAS DECISIONES JUDICIALES - Formas. Fundamentos

Mal se hace en confundir o entender que la exigencia de razonabilidad y racionalidad, así como de aplicar los principios de equidad y reparación integral de manera conjunta con el arbitrio judicial configura una falencia por carencia de justificación del quantum del perjuicio moral. A contrario sensu, la Corte Constitucional avala el razonamiento mayoritario de esta Sección que ha

defendido la libertad probatoria y el prudente arbitrio judicial, aplicado conforme a los precedentes judiciales y a las presunciones o inferencias fijadas por esta Corporación. De manera que, se itera, arbitrio iuris no puede ser asimilado a arbitrariedad, por el contrario a partir del arbitrio se aplica una discrecionalidad que exige del funcionario judicial un altísimo razonamiento para: i) identificar si de conformidad con los supuestos fácticos existe un precedente aplicable, ii) si existe el pronunciamiento vinculante, aplicarlo y justificar por qué es pertinente para la solución del caso concreto, o iii) en caso de que no sea pertinente, indicar las razones y circunstancias –de forma explícita y suficiente– por las cuales se aparta del mismo. (...) el hecho de que la Corte Constitucional en fallos recientes haya prolijado la necesidad de que el operador judicial de lo contencioso administrativo aplique los principios de razonabilidad y racionalidad no puede ser entendido –o darle una lectura - en el sentido de que sólo el principio de proporcionalidad es el que garantiza la materialidad de esos postulados; lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestáltica, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los test de igualdad propuestos, ix) el principio de proporcionalidad, x) la sana crítica, xi) las reglas de la experiencia y, tal vez el más importante para los abogados que es, xii) el sentido común. En ese sentido, es importante citar in extenso los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para verificar –sin anfibología– que éste respeta los lineamientos trazados por el Consejo de Estado a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, según los cuales la principal herramienta para valorar la existencia y el monto del perjuicio moral es el arbitrio judicial (...) De la simple lectura de las recientes sentencias de la Corte Constitucional que se han ocupado del perjuicio moral y su tasación, se pueden extraer varias conclusiones: i) existe una línea jurisprudencial consistente y estable que configura un precedente horizontal que tuvo como sentencia fundadora e hito, la adiciada el 6 de septiembre de 2001, y que avala como principal instrumento para la tasación del perjuicio moral el arbitrio iudice que refleja una discrecionalidad judicial sin que se pueda caer en la arbitrariedad, ii) el fundamento del arbitrio judicial se encuentra en una lógica de lo razonable, circunstancia por la cual para su concreción se deben exponer justificaciones frente al caso concreto –lo que nunca se ha negado desde el plano del arbitrio judicial–, iii) para la idónea liquidación del perjuicio material es necesario concordar o sopesar el arbitrio judicial con los principios de equidad y de reparación integral, iv) el valor de la indemnización atenderá a las condiciones particulares de la víctima y v) a la gravedad objetiva de la lesión.

ARBITRIO IURIS - Compatibilidad con la exigencia de razonabilidad y racionalidad en la valoración y tasación del perjuicio moral / PERJUICIOS MORALES - No pueden ser sometidos a reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización. Precedente horizontal. Línea jurisprudencial

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.). 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.

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

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento parcial y 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., diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 05001-23-31-000-1996-02223-01(23343)

Actor: MARINA DEL SOCORRO PARRA Y OTROS

Demandado: NACION -MINISTERIO DE EDUCACION, MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL-, DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, MUNICIPIO DE MEDELLIN Y SECRETARIA DE EDUCACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 19 de marzo de 2002, proferida por la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se decidió lo siguiente:

“1. DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA PROPUESTA POR EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.

“2. NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA” (Mayúsculas en original) (Fol. 167 cuad. ppal.)

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 18 de noviembre de 1996, las señoras: Marina del Socorro Parra, María Cristina Parra Agudelo y María Soledad Diosa Parra, mediante apoderado judicial, presentaron demanda, en ejercicio de la acción de reparación directa, con el fin de que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación -Ministerio de Educación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional-, Departamento de Antioquia, Municipio de Medellín y Secretaría de Educación, por la muerte de su hijo, nieto y primo Hernán de Jesús Arboleda Parra, ocurrida el 16 de noviembre de 1994, en el Liceo Nacional Marco Fidel Suárez de la ciudad de Medellín, cuando varios desconocidos ingresaron al plantel y le dispararon.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a las demandadas a pagar, por concepto de perjuicios morales, por la muerte del joven Arboleda Parra, la suma equivalente a 2000 gramos de oro en favor de su madre y 1000 gramos de oro para cada uno de las otras demandantes. Por perjuicios materiales, las sumas que se logran demostrar en el proceso o su equivalente a 4000 gramos de oro para la madre de la víctima.

En apoyo de sus pretensiones, narraron que el 16 de noviembre de 1994, el joven Hernán de Jesús Arboleda Parra se encontraba en la institución educativa denominada "Liceo Marco Fidel Suárez", cuando dos desconocidos ingresaron al salón de clase, amenazaron a la profesora y le dispararon al joven causándole la muerte.

2. La demanda fue admitida en auto del 11 de diciembre de 1996, y notificada en debida forma a las demandadas y al Ministerio Público.

El Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín solicitaron que se declarara la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que el establecimiento educativo donde ocurrieron los hechos era del orden

nacional, de allí que, era al Ministerio de Educación al que le era imputable el daño.

La Policía Nacional indicó que las directivas del plantel no le pusieron en conocimiento de la situación de peligro o amenaza en la que se encontraban, de allí que, no estaba obligada a prestar protección y no era responsable de la muerte del joven Arboleda Parra.

El Ministerio de Educación solicitó que se declarara la caducidad de la acción, toda vez que la demanda se había presentado por fuera del término de ley. De otro lado, indicó que la entidad no contaba con los medios idóneos para custodiar y cuidar a los estudiantes, además, en el evento de amenazas contra docentes, sólo contaba con medidas administrativas, como por ejemplo trasladar al funcionario para salvaguardar su vida. Con estos argumentos, solicitó que se negaran las súplicas de la demanda.

3. Por medio de auto del 30 de septiembre de 1997 se decretaron las pruebas, y el 14 de diciembre de 2000 el *a quo* celebró audiencia de conciliación, la cual fracasó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes. A continuación, en proveído del 2 de marzo de 2001, el Tribunal les corrió traslado, como también al Ministerio Público, para alegar de fondo y rendir concepto, en su orden.

El Municipio de Medellín señaló en que la acción estaba caducada pues la demanda se presentó fuera del término legal. Asimismo, afirmó que se debía declarar la falta de legitimación por pasiva pues el plantel educativo donde ocurrieron los hechos era del orden nacional. Finalmente, indicó que el acervo probatorio acreditaba la situación de inseguridad que se vivía antes del fatídico hecho, sin embargo, no se demostró que al ente municipal se le hubiera solicitado protección para los docentes o estudiantes.

La Policía Nacional, expuso que al momento en que ocurrieron los hechos, el joven se encontraba bajo la custodia y cuidado del Liceo Nacional Marco Fidel Suárez, de allí que, éste era el que debería responder por el daño.

El Ministerio de Educación, afirmó que a través de la resolución No. 6000 del 20 de diciembre de 1995, esta entidad le entregó al Departamento de Antioquia los establecimientos educativos correspondientes para que asumieran la prestación directa de los servicios de educación y de los recursos del situado fiscal conforme la Ley 60 de 1993, de allí que, el supuesto responsable sería el ente departamental.

El Departamento de Antioquia, manifestó que el Liceo Marco Fidel Suárez era de carácter nacional, en consecuencia, la responsabilidad por los hechos sucedidos allí, era imputable al Ministerio de Educación.

El Ministerio Público y la parte actora guardaron silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal, en sentencia del 19 de marzo de 2002, denegó las pretensiones de la demanda, en consideración a que no se había acreditado una solicitud de protección previa a los hechos que causaron la muerte del menor. Igualmente, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto del Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín, en consideración a que según la Ley 43 de 1975, la educación era un servicio público a cargo de la Nación. En relación con la caducidad de la acción, señaló que la demanda se había presentado en término, toda vez que el día del vencimiento del plazo era feriado, así que la parte actora debía presentarla al día hábil siguiente, lo que efectivamente ocurrió en el presente caso.

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia. Señaló que la prueba testimonial era demostrativa de la inseguridad de la institución educativa, y si bien era cierto que no se había dado aviso a las autoridades, los peligros eran tan evidentes que esta situación era demostrativa *per se* de la falla del servicio. Adicionalmente, indicó que existía un deber de custodia de los menores que se encontraban al interior del centro educativo, de allí que, la muerte del joven Hernán de Jesús Arboleda Parra le era imputable a las entidades demandadas.

La impugnación se concedió el 29 de mayo de 2002 y se admitió el 24 de octubre siguiente.

Durante el traslado común para alegar de conclusión, guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 19 de marzo de 2002, proferida por la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

1. Previo a resolver de fondo, es necesario analizar lo correspondiente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva que declaró el Tribunal de primera instancia respecto del Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín.

Al respecto, el *a quo* señaló que según la ley 43 de 1975, la educación oficial primaria y secundaria era un servicio público a cargo de la Nación, en consecuencia, los gastos que la prestación de dicho servicio ocasionara y que estaban a cargo de los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distritos y Municipios, serían de cuenta de la Nación. En ese orden, ni el Departamento de Antioquia ni el Municipio de Medellín, estaban llamados a responder por el daño alegado en la demanda.

Sobre este punto, la Sala debe precisar que según el acervo probatorio, no está clara la naturaleza jurídica del Liceo Marco Fidel Suárez, para el momento en que ocurrieron los hechos, toda vez que el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín señalaron que era una institución de carácter nacional adscrita al Ministerio de Educación (Fol. 79 y 82 cuad. 1), y de otro lado, el mencionado ministerio indicó que a partir del 23 de febrero de 1990, le entregó la administración de dicho plantel al Municipio de Medellín (Fol. 86 cuad. 1).

Así las cosas, es necesario verificar, conforme a la normativa aplicable, quien estaba a cargo de la administración de la institución educativa donde ocurrieron los hechos.

De acuerdo a los antecedentes de la resolución N° 16287 del 27 de noviembre de 2002, expedida por la Secretaría de Educación para la Cultura del Departamento de Antioquia¹, el Liceo Marco Fidel Suárez fue creado mediante el Decreto Nacional N° 2822 de 1953, y en virtud de la resolución nacional 1497 del 23 de mayo de 1956, se aprobó para esa institución los estudios de los cursos 1º a 4º de bachillerato.

Posteriormente, la resolución N° 1124 del 17 de mayo de 1967 proferida por el Ministerio de Educación Nacional, autorizó el funcionamiento de secciones paralelas de doble jornada y de bachillerato nocturno, a varios establecimientos educativos nacionales de educación media, entre estos, el Liceo Marco Fidel Suárez (Fol. 223 a 223 cuad. ppal.).

De otro lado, el artículo 9 de la ley 29 de 1989², modificó el artículo 54 de la Ley 24 de 1988, asignándole al Alcalde Mayor de Bogotá, a los demás alcaldes del

¹ "Por la cual se crea una institución educativa, se clausuran unos establecimientos educativos, se asignan en custodia para administrar los libros reglamentarios, archivo, bienes y enseres; se redistribuye una planta de cargos y se concede reconocimiento de carácter oficial a una institución educativa" (Fol. 225 a 226 cuad. ppal.)

² Por la cual se modifica parcialmente la Ley 24 de 1988, y otras disposiciones.

"Artículo. 9 " El artículo 54 quedará así: Se asigna al Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, y a los alcaldes municipales, las funciones de nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales o

país y al Intendente de la Isla de San Andrés, las funciones de nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general, administrar el personal docente y administrativo de los institutos educativos nacionales y nacionalizados, plazas oficiales de colegios cooperativos, privados y jornadas adicionales.

Ahora bien, la ley 60 de 1993, por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, estableció lo siguiente:

“Artículo 2º.- Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central

nacionalizados, plazas oficiales de colegios cooperativos, privados, jornadas adicionales, teniendo en cuenta las normas del Estatuto Docente y la Carrera Administrativa vigentes y que expidan en adelante el Congreso y el Gobierno Nacional, ajustándose a los cargos vacantes de las plantas de personal que apruebe el Gobierno Nacional y las disponibilidades presupuestales correspondientes. En la Isla de San Andrés estas atribuciones se asignan al Intendente. Se asignan a los gobernadores, intendentes, comisarios y Alcalde Mayor de Bogotá, las funciones de nombrar, remover, controlar y, en general, administrar el personal administrativo, nacional y nacionalizado, de los equipos de educación fundamental, teniendo en cuenta la Carrera Administrativa.

Parágrafo 1º.- Los salarios y prestaciones sociales de este personal, continuarán a cargo de la Nación y de las entidades territoriales que las crearon.

Parágrafo 2º.- La Nación no asume responsabilidad alguna por los nombramientos que excedan las plantas de personal aprobadas por el Gobierno Nacional para la respectiva jurisdicción municipal y para la jurisdicción de la Isla de San Andrés, ni nacionalizará el personal así designado.

Los nombramientos y demás novedades de personal que se llegasen a producir por fuera de las respectivas plantas de personal o contraviniendo las normas del Estatuto Docente y de la Carrera Administrativa y las disponibilidades presupuestales correspondientes, serán de exclusiva responsabilidad del municipio o entidad territorial que los hiciera, y suyas las cargas civiles, administrativas y laborales que de tales actuaciones se desprendan. El funcionario que produjere el nombramiento o la novedad de personal, incurrirá en causal de mala conducta, y responderá solidariamente con la entidad que dicho funcionario represente.

Las demandas que se llegaren a presentar por causa de los nombramientos y demás novedades de personal con desconocimiento de lo prescrito en este parágrafo, se dirigirán contra el municipio o entidad territorial respectiva, y contra el funcionario que produjo el acto.

Parágrafo 3º.- Los personeros municipales, como agentes del Ministerio Público, de oficio o a petición del Alcalde, velarán por el cumplimiento del régimen disciplinario del personal docente y administrativo, solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes ante las juntas seccionales de escalafón y el Ministerio de Educación Nacional, respectivamente, la Junta Seccional de Escalafón podrá solicitar la presencia del Personero Municipal, con voz pero sin voto, para tratar los casos de su jurisdicción.”

“Artículo 10º.- Los Gobernadores, Intendentes y Comisarios, asumirán temporalmente las atribuciones contenidas en el artículo anterior cuando financiera y/o administrativamente un municipio no pudiera asumir tal responsabilidad.

Una vez superadas las limitaciones financieras y/o administrativas previa solicitud del Alcalde, el Ministerio podrá mediante Resolución trasladar tal competencia.”

o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.
- Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales." (Subrayado fuera del texto).

"Artículo 3º.- Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:

"1.- Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

"En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

"2.- Registrar las instituciones que prestan servicios de salud y definir su naturaleza jurídica, según lo previsto en los artículos 34 y 35 de la presente Ley, y la reglamentación que a tal efecto expida el Ministerio de Salud.

"3.- Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.

"4.- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

"5.- Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.

- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
 - Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
 - Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.
 - Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.
 - Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
 - Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.
 - Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.
- “La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley.”
(Subrayado fuera del texto).

Asimismo, la ley 115 de 1994, por la cual se expidió la Ley General de Educación, estableció que:

“Artículo 147º.- Nación y entidades territoriales. La Nación y las entidades territoriales ejercerán la dirección y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución Política, la Ley 60 de 1993, la presente Ley y las demás que expida el Congreso Nacional.” (Subrayado fuera del texto).

“Artículo 148º.- Funciones del Ministerio de Educación Nacional. El Ministerio de Educación Nacional, en cuanto al servicio público educativo, tiene las siguientes funciones:

“1. De Política y Planeación:

- a. Formular las políticas, establecer las metas y aprobar los planes de desarrollo del sector a corto, mediano y largo plazo, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política.
- b. Diseñar los lineamientos generales de los procesos curriculares.
- c. Proponer el ajuste del situado fiscal, conforme a la evaluación anual de recursos financieros;

- d. Establecer los indicadores de logros curriculares y en la educación formal, fijarlos para cada grado de los niveles educativos;
- e. Fomentar las innovaciones curriculares y pedagógicas;
- f. Promover y estimular la investigación educativa, científica y tecnológica;
- g. Evaluar y controlar los resultados de los planes y programas educativos;
- h. Elaborar el Registro Único Nacional de docentes estatales,
- i. Proponer los programas de inversión del sector educativo que se deben desarrollar a través del Fondo de Inversión Social FIS y coordinar su ejecución.

"2. De Inspección y Vigilancia:

- a. Velar por el cumplimiento de la ley y de los reglamentos sobre educación;
- b. Asesorar y apoyar a los departamentos, a los distritos y a los municipios en el desarrollo de los procesos curriculares pedagógicos;
- c. Evaluar en forma permanente la prestación del servicio educativo;
- d. Fijar los criterios para evaluar el rendimiento escolar de los educandos y para su promoción a niveles superiores, y
- e. Cumplir y hacer cumplir lo establecido por el Escalafón Nacional Docente y por el Estatuto Docente, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

"3. De Administración:

- a. Dirigir la actividad administrativa en el sector educativo y ejecutar la ley;
- b. Coordinar a través de las Secretarías de Educación, o de los organismos que haga sus veces, la ejecución de los planes de desarrollo educativo en los departamentos, distritos y municipios;
- c. Establecer el sistema descentralizado de información para la adecuada planeación y administración de la educación y para ofrecer información oportuna a la sociedad y a los padres de familia para que puedan elegir la mejor educación para sus hijos, y
- d. Coordinar todas las acciones educativas del Estado y de quienes presten el servicio público en todo el territorio nacional.

"4. Normativas:

- a. Fijar criterios técnicos para la aprobación de las plantas de personal del servicio educativo estatal por parte de las entidades territoriales;
- b. Fijar los criterios técnicos para el diseño de la canasta educativa;
- c. Establecer los criterios para la actualización y el perfeccionamiento del personal docente y administrativo;
- d. Fijar los criterios técnicos para los concursos de selección, vinculación, ascenso y traslado del personal docente y directivo docente que deberán realizarse en cada uno de los departamentos y distritos, de conformidad con el Estatuto Docente y la presente Ley;
- e. Definir criterios pedagógicos que sirvan de guía para la construcción y dotación de instituciones educativas.
- f. Preparar los actos administrativos y los contratos del Ministerio de Educación Nacional, y

g. Elaborar y presentar al Congreso de la República proyectos de ley que permitan mejorar la legislación educativa.

“Parágrafo.- El Ministerio de Educación Nacional podrá delegar en las secretarías de educación departamentales y distritales las funciones administrativas de expedición de la tarjeta profesional del secretariado, la expedición y registro de los títulos de bachiller por desaparición de la institución educativa y los procedimientos que se relacionan con el otorgamiento de personería jurídica para las asociaciones de padres de familia de las Instituciones educativas, previa evaluación que permita establecer la eficacia, economía y celeridad para el cumplimiento de estas funciones, por dichos entes territoriales.” (Subrayado fuera del texto).

“(…)

“Artículo 150º.- *Competencias de asambleas y consejos.* Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, respectivamente, regulan la educación dentro de su jurisdicción, en los términos de la Ley 60 de 1993 y la presente Ley.

“Los gobernadores y los alcaldes ejercerán, en relación con la educación, las facultades que la Constitución Política y las leyes les otorgan.” (Subrayado fuera del texto).

“Artículo 151º.- *Funciones de las Secretarías Departamentales y Distritales de Educación.* Las secretarías de educación departamentales y distritales o los organismos que hagan sus veces, ejercerán, dentro del territorio de su jurisdicción, en coordinación con las autoridades nacionales y de conformidad con las políticas y metas fijadas para el servicio educativo, las siguientes funciones:

- a. Velar por la calidad y cobertura de la educación en su respectivo territorio;
- b. Establecer las políticas, planes y programas departamentales y distritales de educación, de acuerdo con los criterios establecidos por el Ministerio de Educación Nacional;
- c. Organizar el servicio educativo estatal de acuerdo con las prescripciones legales y reglamentarias sobre la materia y supervisar el servicio educativo prestado por entidades oficiales y particulares;
- d. Fomentar la investigación, innovación y desarrollo de currículos, métodos y medios pedagógicos;
- e. Diseñar y poner en marcha los programas que se requieran para mejorar la eficiencia, la calidad y la cobertura de la educación;
- f. Dirigir y coordinar el control y la evaluación de calidad, de acuerdo con los criterios establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y aplicar los ajustes necesarios.

g. Realizar los concursos departamentales y distritales para el nombramiento del personal docente y de directivos docentes del sector estatal, en coordinación con los municipios;
h. Programar en coordinación con los municipios, las acciones de capacitación del personal docente y administrativo estatal;
i. Prestar asistencia técnica a los municipios que la soliciten, para mejorar la prestación del servicio educativo;
j. Aplicar, en concurrencia con los municipios, los incentivos y sanciones a las instituciones educativas, de acuerdo con los resultados de las evaluaciones de calidad y gestión;
k. Evaluar el servicio educativo en los municipios;
l. Aprobar la creación y funcionamiento de las instituciones de educación formal y no formal, a que se refiere la presente Ley;

m. Consolidar y analizar la información de los municipios y remitirla al Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con los estándares fijados por éste, y

n. Establecer un sistema departamental y distrital de información en concordancia con lo dispuesto en los artículos 148 y 75 de esta Ley.”

“Artículo 152º.- Funciones de las Secretarías de Educación Municipales. Las Secretarías de Educación Municipales ejercerán las funciones necesarias para dar cumplimiento a las competencias atribuidas por la Ley 60 de 1993, la presente Ley y las que le delegue el respectivo departamento.

En los municipios donde no exista secretaría de educación municipal, estas funciones serán ejercidas por el Alcalde, asesorado por el Director del Núcleo respectivo.”

“Artículo 153º.- Administración municipal de la educación. Administrar la educación en los municipios es organizar, ejecutar, vigilar y evaluar el servicio educativo; nombrar, remover, trasladar, sancionar, estimular, dar licencias y permisos a los docentes, directivos docentes y personal administrativo; orientar, asesorar y en general dirigir la educación en el municipio; todo ello de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, el Estatuto Docente y en la Ley 60 de 1993.”

Ahora bien, el 23 de agosto de 1999, la resolución departamental N° 7754 ordenó la fusión del Liceo Marco Fidel y el Centro Oficial de Adultos El Picachito, en una sola institución denominada ‘Colegio Marco Fidel Suárez’. En los considerandos de esta decisión se indicó:

“Que la Secretaría de Educación y Cultura Departamental ha impartido pautas y criterios para la racionalización del recurso humano docente, de acuerdo con el número de alumnos en los planteles educativos estatales del Departamento;

“Que las direcciones de los núcleos 0206 y 0202 del municipio de Medellín, solicitaron la fusión de los establecimientos Liceo Marco Fidel Suárez y Centro Oficial de Adultos El Picachito de dichos núcleos.

“Que los Consejos Directivos del Liceo Marco Fidel Suárez y COA El Picachito, aprobaron la fusión de los dos establecimientos en uno sólo y proponen además que dicho establecimiento se siga denominando Colegio Marco Fidel Suárez.

“Que la Secretaría de Educación y Cultura de acuerdo a las competencias otorgadas para organizar la prestación del servicio educativo, debe fusionar estos establecimientos en uno solo...” (Fol. 224 cuad. ppal.)

De lo expuesto, se advierte que el Liceo Marco Fidel Suárez fue creado en 1953 mediante un Decreto Nacional y las modificaciones relacionadas con su funcionamiento y los servicios educativos que podía prestar fueron ordenados por el Ministerio de Educación Nacional, por lo tanto, era una institución educativa de carácter nacional.

Ahora bien, de la normativa transcrita, no se puede desconocer que, por un lado, de acuerdo a la ley 60 de 1993, a los municipios les compete ‘administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media’, y, ‘ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales’. Igualmente, según esta normativa, a los departamentos les corresponde ‘dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media’, ‘regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales’, y, ‘ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales’.

De lo señalado, se advierte que según la ley 60 de 1993, los departamentos y los municipios, tenían conjuntamente, las funciones de administrar, inspeccionar, vigilar, supervisar y evaluar los servicios educativos.

De otro lado, la ley 115 de 1994, indicó que la dirección y administración de los servicios educativos estatales estaban a cargo de la Nación y las entidades territoriales. Además señaló, que el Ministerio de Educación Nacional, tenía las funciones de planeación, inspección, vigilancia y administración, respecto del servicio público educativo, e igualmente estableció, que las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, respectivamente, regularían la educación dentro de su jurisdicción.

Ahora bien, esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con la evolución normativa en el evento que ocupa el estudio de la Sala, y ha señalado:

“Con el objetivo de brindar una mayor cobertura a la extraordinaria demanda escolar que se presentó en las décadas anteriores y dada la deficiente respuesta de las regiones para garantizar que ese servicio fuera prestado con parámetros de equidad y calidad, se expidió la Ley 43 de 1975³, que nacionalizó el gasto de la educación oficial primaria y media territorial y dispuso que éste sería un servicio público patrimonialmente a cargo de la Nación.

“La Ley 43 de 1975 nacionalizó la educación primaria y media territorial y los docentes vinculados a las entidades territoriales pasaron a ser docentes 'nacionalizados' cuyas obligaciones salariales y prestacionales quedaron a cargo de la Nación en la forma prevista en la ley, pagaderas por intermedio de los FER.

“Ese modelo significó para el Ministerio de Educación el tener que ocuparse de un sinnúmero de tareas administrativas, viendo limitada su función primordial que no era otra que la dirección del servicio. Por eso, mediante la Ley 29 de 15 de febrero de 1989, que modificó la Ley 24 de 1988, que reestructuró el Ministerio de Educación y que a su vez fue reglamentada por el Decreto 1706 del 1º de agosto de 1989, se asignó a los municipios, o ante su falta de condiciones para hacerlo, a los departamentos, las funciones de administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales y nacionalizados y de las plazas oficiales de colegios

³ El texto del artículo 1º de la norma es el siguiente: “La educación primaria y secundaria oficial será un servicio público a cargo de la Nación. En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el distrito especial de Bogotá y los municipios, serán por cuenta de la Nación, en los términos de la presente ley. Parágrafo. El nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función”.

cooperativos, con la advertencia de que la Nación no asumiría responsabilidad alguna en relación con los nombramientos que excedieran las plantas de personas aprobadas por el Gobierno para la respectiva jurisdicción, ni nacionalizaría al personal así designado, el cual quedaría a cargo de la entidad que hiciera dichos nombramientos.

“Ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación⁴, que lo que operó en virtud de la Ley 29 de 1989 fue una desconcentración administrativa territorial, en tanto las funciones de nombrar, remover, trasladar, controlar y en general administrar el personal docente otorgadas a las autoridades territoriales, no se efectuaría con plena autonomía administrativa y financiera, sino en calidad de administradores del FER, organismo éste supervisado por un delegado del Ministerio de Educación Nacional.

“Posteriormente, se expidieron una serie de normas que fueron entregando a las entidades territoriales la titularidad y administración del servicio de educación. Así, por ejemplo, mediante el Decreto 077 de 1987, llamado también Estatuto de la Descentralización, se dejó en manos de los municipios la construcción, dotación y mantenimiento de los planteles de educación básica y media vocacional y de las instalaciones deportivas y recreativas.

“Doctrinariamente se ha considerado que entre los años 1975 y 1991, el servicio de educación se reguló por un proceso intermedio entre la desconcentración, que implica una delegación de funciones operativas a entidades regionales o locales, pero manteniendo concentrado el poder para la toma de decisiones y la descentralización, que implica un traslado de funciones para que sean ejercidas con autonomía administrativa y de gestión. Esto porque si bien la dirección del servicio y el manejo de los recursos para atenderlo radicaban en el nivel central, la participación de las entidades territoriales excedía la mera gestión por cuenta de la Nación, para convertirse en muchos casos en los verdaderos administradores del servicio, con una capacidad de dirección y control a nivel interno del mismo. Lo que se advertía más bien era una separación entre la administración del servicio educativo y de los planteles, y la financiación del sistema y de los docentes vinculados a la Nación.

⁴ Sentencia de la Sección segunda de 24 de agosto de 1994, exp. 8183. En sentencia de esa misma sección de 14 de mayo de 1995, exp. 10.724, se dijo: “Desconcentración administrativa significa el otorgamiento de poderes decisorios, de competencia para manejar un servicio nacional, a funcionarios que en la respectiva entidad territorial tienen el carácter de agentes del gobierno central o que al respecto obran en tal calidad, lo que implica falta de autonomía regional en la administración del servicio. Este sigue siendo nacional y en ningún caso la dirección de él, a nivel regional, por funcionario de un departamento, por ejemplo, para mencionar el caso colombiano, le quita ese carácter, pues ellos actúan como agentes del poder central, o sea en relación de dependencia. Hay intermediación entre la facultad decisoria, en lo que atañe a los intereses regionales y locales vinculados al servicio, y la comunidad o colectividad en cuyo beneficio fue establecido; pero la suprema dirección, la dirección nacional del mismo, reside en el poder central”.

“En la Constitución Política de 1991, se consolidó ese proceso de descentralización del servicio de educación pública en sus niveles de básica primaria y secundaria; se estableció la distribución de recursos y el reparto de competencias en relación con la prestación los servicios públicos de educación a cargo del Estado, entre la Nación, los departamentos y los municipios, teniendo en cuenta para ello los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (artículo 288) y en los artículos 356 y 357 de la Carta, se estableció el giro de recursos por parte de la Nación a las entidades territoriales para, entre otras cosas, sufragar los gastos de los servicios de educación, mediante el establecimiento del situado fiscal a favor de los departamentos y distritos y la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación.

“En la Ley 60 de 1993 se distribuyeron las competencias educativas entre la Nación y las entidades territoriales, de acuerdo con lo previsto en los artículos 356 y 357 de la Constitución, de manera que a los departamentos se les atribuyó la dirección y administración directa y conjuntamente con los municipios de los servicios de educación y los docentes dejaron de ser nacionales y nacionalizados, para denominarse del orden nacional, departamental, distrital o municipal, según el caso.

“De acuerdo con dicha ley, para el otorgamiento de la autonomía en materia de educación a los entes territoriales, se requería que estos acreditaran el cumplimiento de una serie de requisitos y al Ministerio de Educación le correspondía certificar su cumplimiento. Una vez realizada la certificación, era necesario suscribir el acta de entrega de los bienes, el personal y los establecimientos que les permitieran cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas en virtud de la certificación otorgada.

“Con fundamento en la regulación prevista en la Ley 60 de 1993, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades sobre legitimación de la Nación o de las entidades territoriales, para responder por los daños que han sufrido los estudiantes de centros educativos nacionalizados y ha concluido que dicha legitimación está sujeta a la acreditación del cumplimiento de la entrega del servicio a los departamentos o a los municipios⁵.

⁵ Por ejemplo, en sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 16.620, dijo la Sala: “En conclusión muestra el acervo probatorio que el accidente sufrido el 31 de mayo de 1994 por la menor Nalda Eliceth Ávila Roa en la calle 26 de la ciudad de Bogotá es imputable al Ministerio de Educación, dado que bajo su control estaba el colegio Instituto Nacionalizado San Luís de Garagoa, como quiera que solo en el año de 1995, el Ministerio le entregó al Departamento de Boyacá “el manejo autónomo de los recursos del situado fiscal y la prestación del servicio público educativo en dicha entidad territorial”. Es decir, que no es posible imputar responsabilidad al Departamento de Boyacá por la muerte de la menor Nalda Eliceth Ávila Roa, puesto que tal daño se causó cuando el colegio al que la menor pertenecía era de orden nacional y no departamental y por lo tanto, el Departamento no es el ente llamado a responder por los daños a que se refiere la demanda”. En términos similares se pronunció en sentencia de 23 de agosto de 2010, exp. 18627: “mediante comunicación de 2 de junio de 1999 dirigida al Tribunal Administrativo de Casanare, el Ministerio

“(…)”⁶.

Ahora bien, la creación del Liceo Marco Fidel Suárez estuvo a cargo del Ministerio de Educación, al igual que las ampliaciones de su jornada. De otro lado, conforme la ley 29 de 1989, el alcalde del municipio de Medellín tenía dentro de sus funciones, la de administrar el personal docente y administrativo de los institutos educativos nacionales, entre ellos, el mencionado liceo. Finalmente, el Departamento de Antioquia fue el que profirió las resoluciones mediante las cuales, primero, se fusionó este establecimiento con el Centro Oficial de Adultos El Picachito, y después, se creó la institución educativa Marco Fidel Suárez.

No obstante lo anterior, es necesario precisar que el acervo probatorio allegado al expediente no obra el acta respectiva o la constancia de entrega del servicio de educación, bienes y personal al Departamento de Antioquia o al Municipio de Medellín por parte del Ministerio de Educación, sin embargo, de la normativa vigente para la época en que ocurrieron los hechos, se puede establecer que tanto a las entidades nacionales, departamentales y municipales, les correspondía, conjuntamente, funciones de dirección, coordinación, vigilancia, administración y ejecución de los servicios de educación de carácter estatal.

Por lo anterior, se debe revocar la decisión del Tribunal de primera instancia que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín, comoquiera que del análisis de la normativa aplicable, no es posible desconocer que estos entes tenían específicas funciones, responsabilidades, obligaciones y deberes en relación con el establecimiento educativo en donde ocurrieron los hechos, de allí que, se deberá estudiar de fondo el asunto y revisar si el daño alegado les es imputable a ellas y/o a las otras entidades demandadas.

de Educación Nacional sostuvo que la educación fue entregada al Departamento de Casanare, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 60 de 1993...Lo anterior permite afirmar que para la época de los hechos, el Colegio Luis María Jiménez de San José del Bubuy del Municipio de Aguazul estaba a cargo del Departamento de Casanare”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia proferida el 11 de mayo de 2011, expediente 18.279, C.P: Ruth Stella Correa Palacio.

2. Con fundamento en las pruebas que obran en el proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

2.1. Conforme al certificado de defunción y al protocolo de necropsia, el joven Hernán de Jesús Arboleda Parra falleció el 16 de noviembre de 1994, debido a “un choque neurogénico por laceraciones cerebrales con proyectil de arma de fuego” (Fol. 7, 112, 112 vto. y 113 cuad. 1).

2.2. En relación con la ocurrencia de los hechos, la señora María Leticia Cardona Peláez, quien trabajaba para el Liceo Marco Fidel Suárez, manifestó:

“En ese noviembre de 1994 estaba yo en la sala de profesores cuando sentí un tiro y una bulla. Cuando salí de la sala de profesores ya estaban todos aglutinados en ese octavo que en ese entonces se llamaba tercero de bachillerato, salimos a la coordinación haber (sic) concretamente qué era lo que pasaba y apareció la profesora de matemáticas Olga Teresa Morales que en ese entonces estaba dictando álgebra en dicho salón; llegó llorando y dijo: me iban a matar, me iban a matar y en minutos seguidos que la bala había matado a un estudiante en ese entonces Hernán Arboleda. Ya por comentarios supimos que iba dirigido a la profesora Olga y que desafortunadamente le cayó al joven Arboleda...

“PREGUNTADA: Díganos si lo recuerda cuántos vigilantes laboraban en el Marco Fidel Suárez para noviembre de 1994 en cada jornada?

CONTESTO: Yo hablo de la jornada mía, que es la de la mañana; yo digo vigilantes vigilantes (sic) no eran los porteros que hacen las veces de vigilantes porque ellos no andan armados ni nada, concretamente eran dos...lo que pasa es que el desempeño de ellos ha sido muy limitado por la cuestión de que el colegio es muy grande y ellos a la vez que tienen que atender a la puerta, entonces a qué horas dan vueltas por el colegio, es un colegio muy grande, mucha población entonces no alcanza. Hábiles la de los estudiante (sic) una y por la puerta que entran los profesores que ahí también hay portero, fijo que yo sepa un portero, pero son dos puertas hábiles, una por donde entran los estudiantes y otra la llamada el parqueadero...

“En términos generales la seguridad ha sido muy deficiente, tanto profesores como estudiantes hemos sido desprotegidos; porque al fin que es un colegio oficial tiene acceso todo el mundo a él. En ese entonces no había ningún instrumento de control, en la época a partir de 1982 para acá, yo le digo que muchos de los profesores estamos vivos d emilagro (sic), pero si es por la seguridad nada. Inclusive aún mas las puertas debían estar abiertas porque los estudiantes no dejaban cerrarlas; ya después de la muerte de don Silvestre los padres empezaron a expresar la inconformidad por la puerta abierta; sin embargo, allá tampoco a pesar de tener la puerta cerrada, los estudiantes no se pueden requisar incluso hubo otros atentados contra los profesores...sólo en éstos dos últimos años ha habido un poco mas de control, se pide carnet...

“Don Silvestre Guerra fue el rector del Liceo Nacional Marco Fidel para la época de 1973 en que yo empecé a laborar allí, según mi opinión también su muerte fue víctima de un grupo político aunque no lo recuerdo bien; él murió asesinado en la Pagaduría del Liceo en horas de la mañana, en 1982...Allá la vigilancia no ha cambiado, excepto la puerta que ya en estos últimos días ya permanece cerrada, pero sin embargo (sic) por comentarios, hay armas dentro del Liceo...”

“De todas maneras el Marco Fidel a través de su historia ha tenido cierto nivel de exigencia académica, pero como los tiempos cambian, la población va cambiando también y ya para ese entonces los que exigíamos académicamente éramos muy arriesgados, y ella, como profesora de matemáticas, dada la dificultad de la materia, pues estaba asumiendo más riesgos, pero en realidad motivos reales no habían...hasta el momento no han mandado vigilantes especiales; como todos los colegios oficiales, la vigilancia es muy deficiente por mucho que pida uno...de la cuarta brigada y de la policía nacional iban mucho pero cuando hay mitines (sic) o petardos o sea cuando hay tropel solamente. Cuando suenan los petardos carnudos (sic), ahí sí, pero de lo contrario como a llegar y requisar no, que yo sepa nunca...” (Mayúsculas en original) (Fol. 93 a 97 cuad. 1).

De otro lado, la señora María Regina Osorio Trujillo, señaló:

“Yo estaba en clase pero en el otro lado en el bloque occidental, cuando yo veía como la inquietud de los muchachos que se asomaban mucho por la ventana, cuando pasó un muchacho por el corredor y gritó que habían matado un alumno. Entonces ya todos salimos corriendo a ver que era lo que pasaba pero cuando llegamos al niño ya lo habían recogido...”

“Parece que llegaron a amenazar a la profesora Olga Teresa Morales que les había tenido que hacer unas anotaciones a unos alumnos del concejo estudiantil, concretamente creo que fue a Camilo Agudelo entonces ella estaba dando clases de matemáticas y llegaron dos muchachos encapuchados, según dicen el muchacho fue y le dio primero y le dio con la cacha del revólver a ella y como que fue a dispararle y no le funcionó el arma, entonces dicen que la sacudió y el tiro salió y le pegó al niño. Olga Teresa era profesora de matemáticas, de allá en ese momento ella estaba encargada como jefe de sección y a estos jefes les toca como tener mucha relación directa con la disciplina de los alumnos de toda la sección...es que no había seguridad. Inicialmente las puertas eran abiertas y cuando se trató de cerrar las puertas hubo alguna resistencia incluso por algunos profesores y por los muchachos, no querían que las puertas se cerraran pero el rector sostenía que era por seguridad; habían celadores pero no tenían arma incluso los celadores uno veía que le tenían miedo a los muchachos sobre todo a los de ese grupo de extrema, ellos cuando querían llegaban le quitaban la llave a los celadores y los encerraban allá hasta la hora que querían, pues en las tomas que hacían, por ejemplo a mí me tocó una que iba el coordinador adelante y el muchacho encapuchado atrás del coordinador con un revólver. Ese mismo coordinador nos decía que no camináramos solos en el colegio sino que lo hiciéramos en grupo y esos grupos atemorizaban a todo el mundo...en 1982 se enteraron (sic) una muchacha y dos muchachos y mataron al rector que estaba

en pagaduría y se llamaba Silvestre Guerra Madrigal; y a partir de la muerte de don Silvestre vino un periodo de desestabilización del Liceo porque había mucho cambio de rector, o sea que nadie aguantaba, venía un rector encargado y se iba, ponían un coordinador como rector, luego lo cambiaban por otro, luego vino un visitador de Bogotá también; después vino don Adolfo que venía de Marinilla de rector y tuvo muchas dificultades porque lo amenazaban (sic), en ese tiempo de él como que se alborotaron esos grupos de pronto estaba uno en la cafetería y decían encapuchados y todo el mundo corría de miedo; él tuvo amenazas y por eso se vio obligado a hacer una permuta con don Alfredo María Jaimes, quien se vino para acá y él se fue para Marinilla. En general uno notaba mucho temor de la gente de hablar en público, una vez fueron de Secretaría de Educación y yo les pedí que por qué no consultaban a la gente por escrito y en secreto porque la gente no hablaba, eso fue toda (sic) en esa época que fue miedosa del 1992 a 1994, eso fue tremendo, y allá había un problema muy serio y por eso creo que la gente no hablaba porque lo que un profesor decía en una reunión de profesores lo sabían los alumnos. Por ejemplo creo que fue antes de la muerte de este muchachito, un profesor en una reunión dijo que había un portero que les entraba botellas de gaseosa, la gasolina para las bombas y en esos días lo cogieron en un salón de profesores y le pegaron un cachazo y lo amenazaron y él se tuvo que ir del Liceo. Era un estado de inseguridad, de desamparo porque uno no encontraba a quien apelar, porque a todos nos daba miedo...el colegio se vino a estabilizar ahora cuando llegó doña Lucila y ella lleva 5 años allá, pero ha estado más calmadito. Aunque a ella también le ha tocado muy duro...a ella también la han amenazado, a mí también me amenazaron en la mañana por eso estoy en la tarde laborando...yo pienso que Secretaría de Educación sí vivía informado porque todo profesor amenazado tenía que ir a Secretaría de Educación a reportarse...De pronto sí ha habido un poquito de control respecto a los visitantes, un tiempo les pidieron el documento para dejar en la entrada, eso fue hace tiempos, yo creo que eso fue después de la muerte de Hernán. Allá mejor dicho uno allá se tiene que encomendar a Dios, y en esa época peor porque todo el mundo era muerto de miedo, ahí era sálvese quien pueda, el que alcanzaba a salir para la calle..." (Mayúsculas en original) (Fol. 97 a 101 cuad. 1).

Finalmente, Wbeimar Andrés Ceballos Jiménez, indicó:

"Estábamos en clase álgebra, estábamos en unos exámenes finales y en ese momento entraron dos jóvenes encapuchados porque no se les veía sino los ojos, el uno tenía arma de fuego y el otro tenía un petardo pero grande, y en ese instante se le fueron fue a la profesora y le pegaban y la profesora gritaba y todo el mundo era pasmado, o sea los alumnos, y en el momento en que le pegaban a la profesora se le soltó un tiro al delincuente y le pegó el tiro fue a Hernán y ellos en ese momento al ver la reacción de los alumnos salieron corriendo y como pues, no se sabía si era gente del Liceo o de otra parte, porque tenían camisas del mismo Liceo y en esa confusión pudieron volarse porque el colegio no tenía seguridad, porque uno entraba

con carnet o sin él; no había ni seguridad para profesores, alumnos, ni rectores, allá no exigían carnet...” (Fol. 101 y 102 cuad. 1).

3. Con las pruebas relacionadas, se tiene acreditado el daño alegado en la demanda, toda vez que se demostró que el 16 de noviembre de 1994, Hernán de Jesús Arboleda Parra murió como consecuencia de un disparo con arma de fuego.

Igualmente, de los testimonios transcritos, se acreditó que Hernán de Jesús Arboleda Parra se encontraba en un salón de clases del Liceo Marco Fidel Suárez, cuando llegaron dos encapuchados armados a amenazar y golpear a la profesora que estaba a cargo del curso y durante ese incidente, se disparó accidentalmente el arma que aquéllos portaban, y el proyectil ultimó al joven.

Ahora bien, del análisis del acervo probatorio no hay lugar a dudas que Hernán de Jesús Arboleda Parra al momento de su muerte estaba dentro de las instalaciones del centro educativo recibiendo clase, de allí que, al tener la calidad de estudiante, se encontraba bajo la responsabilidad y cuidado del plantel.

Sobre el deber de custodia de los establecimientos educativos y la posición de garante que ostentan respecto de los alumnos, la Corporación tiene por establecido:

“El artículo 2347 del Código Civil, establece que ‘toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado’.

“Así los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

“La custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no sólo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas por éste, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares.

“El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no

sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente.

“Sobre este tema, la doctrina ha dicho:

“Para encontrarse en condiciones de reprochar una falta de vigilancia al demandado, la víctima debe probar que aquél soportaba esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño... La obligación de vigilancia se extiende incluso a las horas consagradas al recreo y a los paseos; comienza desde que el alumno queda autorizado para entrar en los locales destinados a la enseñanza y cesa desde el instante en que sale de ellos, a menos que el profesor se encargue de la vigilancia de los alumnos durante el trayecto entre el colegio y la casa; subsiste también aunque no sea ejercida efectivamente, si el profesor se ausenta sin motivo legítimo”⁷.

“Agréguese a lo dicho que si bien dentro de las nuevas tendencias pedagógicas, la educación que se imparte en los colegios debe respetar ciertos parámetros de libertad y autonomía, ello no obsta para que se adopten las medidas de seguridad necesarias con el fin de garantizar la integridad física de los alumnos, respetando desde luego la independencia que se les otorga.

“Este deber encuentra su fundamento en la protección que debe brindarse al alumno, no sólo respecto de los daños que éste pueda causarse a sí mismo, sino también de los que pueda ocasionar a los demás.

“El centro educativo se erige en garante y adquiere la obligación de responder por los actos del educando que pudieran lesionar derechos propios o ajenos, es decir, que la obligación de cuidado de los maestros con respecto a los alumnos origina responsabilidad de los centros educativos y de los mismos maestros por cualquier daño que los alumnos puedan llegar a causar o sufrir, aunque aquellos pueden exonerarse de responsabilidad si demuestran que actuaron con absoluta diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.

“Así lo establece el inciso final del artículo 2347 del Código Civil: 'Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho'.

⁷ Nota original de la sentencia citada: MAZEAUD TUNC. *Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1977, primer tomo, volumen II, pág. 545.

“Debe advertirse que el deber de vigilancia de los centros educativos por los daños que causen o puedan sufrir los alumnos, es inversamente proporcional a su edad o capacidad de discernimiento, es decir, es mayor frente a alumnos menores o con limitaciones físicas o psicológicas, pero será más moderado en relación con alumnos mayores de edad. Es decir, aunque los centros educativos mantienen el deber de seguridad y cuidado sobre todos los alumnos, es claro que entre más avanzada sea la edad de los mismos, mayor libertad de decisión deberá concedérseles y por lo tanto, el deber de vigilancia se mantendrá para advertirles del peligro, prohibirles el ejercicio de actividades que puedan representarles riesgos y rodearlos de todas las medidas de seguridad aconsejables.”

“No obstante, sin consideración a la edad de los alumnos, las entidades educativas responderán por los daños que se generen como consecuencia de los riesgos que ellas mismas creen en el ejercicio de las actividades académicas, sin que le sea exigible a los alumnos y padres asumir una actitud prevenida frente a esas eventualidades, en razón de la confianza que debe animar las relaciones entre educandos, directores y docentes. Así por ejemplo, los establecimientos educativos y los docentes responderán por los daños que se cause en ejercicio de una práctica de laboratorio, cuando el profesor encargado de la clase confunda sustancias químicas y ocasione una explosión en la que muere o resulta lesionado el alumno que las manipulaba. En este caso, es evidente la responsabilidad de la institución educativa y del docente, pues es éste quien posee la instrucción académica necesaria para hacer seguras dichas prácticas, sin que sea exigible a los alumnos y padres cerciorarse previamente de la corrección de tales prácticas.

“En oportunidades anteriores, la Sala ha deducido la responsabilidad de los centros educativos por la falta de vigilancia sobre los alumnos, aún en la realización de actividades recreativas, cuando no se extremen las medidas de seguridad para evitar el peligro que éstos puedan sufrir. No obstante, en esas decisiones se ha reconocido que, inclusive en relación con alumnos menores de edad hay lugar a analizar si su conducta contribuyó igualmente a la realización del daño, para disminuir el valor de la indemnización”.
“(…)”⁸

Y en similares términos, la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia del 23 de agosto de 2010, señaló:

“La responsabilidad de los centros educativos puede resultar comprometida a título de falla cuando se producen accidentes que

⁸ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 7 de septiembre de 2004, expediente 14.869 C.P. Nora Cecilia Gómez Molina.

afectan la integridad física de sus alumnos, por hechos originados como consecuencia de un descuido o negligencia de los directores o docentes encargados de custodiarlos, situación que puede ocurrir no sólo dentro de las instalaciones del plantel educativo sino fuera de él, como por ejemplo durante el tiempo destinado a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas como parte del desarrollo integral de programas escolares. Es indudable que el deber de vigilancia y cuidado se origina en el ámbito de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, toda vez que el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad ineludible de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente y alejado de los patrones normales de comportamiento que debe observarse en todo momento, de tal suerte que el centro educativo se convierte en garante y adquiere la obligación de responder por los actos del estudiantado que pudieran lesionar derechos propios o ajenos.

“En relación con este aspecto, la Sala, de tiempo atrás, ha tenido oportunidad de pronunciarse en otras ocasiones, para reafirmar que a las autoridades educativas les asiste un deber de protección y cuidado de los alumnos que se encuentran a su cargo, de tal suerte que se garantice su seguridad y se vigile su comportamiento con miras a evitar la producción de daños propios o ajenos, deber que surge simple y llanamente porque los estudiantes se encuentran bajo la tutela de los directivos y docentes durante su permanencia en las instalaciones educativas o con ocasión de su participación en actividades afines de tipo académico, cultural o recreativo organizadas por sus directivas, dentro o fuera de las mismas.

“(…)”⁹

En este orden de ideas, el Liceo Marco Fidel Suárez, tenía a cargo la vigilancia, cuidado y seguridad de los estudiantes, especialmente de los que se encontraban dentro de sus instalaciones, en efecto, ese deber de custodia se desprende de la relación de subordinación existente entre los docentes y los alumnos, de allí que,

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2000, expediente 18.627, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez.

los daños causados a estos últimos le son imputables al centro estudiantil, en tanto, se insiste, es garante¹⁰ de la vida e integridad de los estudiantes a su cargo.

Ahora bien, para la Sala no hay duda de la situación de inseguridad, zozobra y peligro que se vivía en la institución educativa previo a la ocurrencia de los hechos, comoquiera que los testigos coinciden al indicar que se presentaban amenazas contra las directivas, profesores y alumnos, lo que para la Sala es demostrativo de la obligación que tenía el liceo de extremar las medidas de seguridad y protección en el plantel a efectos de controlar y/o evitar daños en las personas que estaban bajo su cuidado.

En el asunto *sub examine*, se acreditó la falla del servicio de la Administración, en tanto que el menor Arboleda Parra murió cuando se encontraba en un salón de clases del plantel educativo Marco Fidel Suárez al cual ingresaron dos encapuchados, quienes al atacar a la profesora a cargo, dispararon causándole la muerte a aquél. La falta de seguridad y control en las instalaciones educativas permitió que extraños armados entraran e hirieran mortalmente a un estudiante, circunstancia que para la Sala configura un inexcusable descuido de quienes omitieron el deber de vigilancia y cuidado de los estudiantes que se encontraban dentro del Liceo Marco Fidel Suárez.

Si bien es cierto, que el Tribunal de primera instancia consideró que no obraba prueba mediante la cual se demostrara que las directivas del colegio hubieran solicitado protección a efectos de controlar la difícil situación que se vivía en el lugar, la Sala por el contrario considera que esto no es suficiente para exonerar a la institución de los deberes que su posición de garante le imponía respecto de los estudiantes.

¹⁰ "Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho...

"Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 15.567, C.P. Enrique Gil Botero.

Se insiste, no hay duda que la institución educativa era garante de la seguridad del menor Hernán de Jesús Arboleda Parra, de allí que, al obrar con desconocimiento de los deberes que su posición le imponía, le es imputable, a título de falla del servicio, el daño alegado en la demanda.

Ahora bien, comoquiera que se estableció con anterioridad que para la época en que sucedieron los hechos tanto el Ministerio de Educación, como el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín tenían obligaciones y deberes respecto del Colegio Marco Fidel Suárez, será a estas entidades a las que se condenará solidariamente por el daño causado, mientras que a la Policía Nacional se le exonerará de los cargos imputados, toda vez que no existe material probatorio alguno que vincule su responsabilidad.

4. Los demandantes Marina del Socorro Parra y María Cristina Parra Agudelo acreditaron ser madre y abuela de Hernán de Jesús Arboleda Parra conforme a los registros civiles de nacimiento allegados con la demanda (Fol. 3, 4 y 5 cuad. 1).

En relación con la señora María Soledad Diosa Parra quien aduce ser prima del joven Arboleda Parra, se advierte que sólo se allegó su registro civil de nacimiento, del cual se puede deducir que es hija de los señores Antonio Diosa y Margarita María Parra (Fol. 6 cuad. 1), sin embargo, el parentesco de éstos o de aquélla con la madre o abuela del occiso no se encuentra acreditado con ningún medio de prueba.

No obstante lo anterior, de los testimonios recibidos se puede establecer que la señora Diosa Parra era cercana a la familia del occiso y tenía estrechas relaciones con éste. En efecto, la señora Dora Cecilia Zapata de Rendón, manifestó:

“PREGUNTADA: Sírvase manifestar al Despacho, quien sufragaba los gastos de alimentación, vestuario y estudio del joven Hernán?
CONTESTO: Antes de morir el papá, el papá, luego de muerte éste la mamá, la abuela y una prima Soledad le colaboraba con ellos porque era la madrina del niño...Soledad no vivía en la casa pero sí venía varias veces a la casa...ella fue la que le colaboró a Marina.

Ella tiene su trabajo honesto y les ayuda mucho, tiene solvencia económica. Ella trabaja en una oficina, tiene buen cargo...” (Mayúsculas en original) (Fol. 105 y 106 cuad. 1).

Y la señora Marina Présiga Martínez, afirmó:

“Era prima del niño, sobrina de doña Marina y eran como hermanos y tenían una relación muy estrecha y era la madrina del niño y se querían mucho...como el esposo de Marina se había muerto hacía dos años, Ma. Soledad como madrina ahí como que respondió por todo...” (Fol. 107 y 108 cuad. 1).

Para la Sala, la prueba testimonial que se acaba de transcribir, es suficiente para demostrar la calidad de tercera damnificada¹¹, razón por la cual se concederá la indemnización solicitada por perjuicios morales a la señora María Soledad Diosa Parra.

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada¹² 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 madre, abuela y tercera damnificada.

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

¹¹ “Si bien no acreditó la condición de cónyuge de la víctima, pues no aportó la prueba idónea, esto es, el registro civil de matrimonio, sino que sólo se aportó la partida eclesiástica de matrimonio, la cual no tiene la virtualidad de demostrar el vínculo marital, demostró su condición de tercero damnificado en el proceso, por cuanto este documento constituye un indicio de la relación existente entre quienes figuran en la partida eclesiástica como contrayentes, indicio que unido al hecho de que la demandante era la madre de los hijos de la víctima, conforme se acredita con los registros civiles de nacimiento, genera en la Sala la certeza de la existencia de la condición de tercero damnificado de la señora León.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 25 de febrero de 2009, expediente 18.106 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² 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.

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.”¹³

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 grado¹⁴.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia **–acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C**¹⁵– 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 nomaárquica 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.

¹³ ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

¹⁵ 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.

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

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

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

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

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

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

“3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

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

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

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.”¹⁶ (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 ponderación¹⁷, 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 argumentación¹⁸. El

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

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”¹⁹. 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 enfrentados²⁰.

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

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

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

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y

¹⁹Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. *Ibidem* pág. 99.

²⁰*Ibidem*, p. 101 a 103.

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.”²¹

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 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

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”²²

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:

“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

²² ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

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.”²³

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

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y

²³ 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.”

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.”²⁴

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*²⁵:

“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

²⁴ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

²⁵ 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.

la conciencia social no son susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (*Dommages matériels*), ora inmaterial (*Dommages immatériels*), bien patrimonial (*Vermögensschaden*), ya extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

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

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “*que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo*” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral- Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y

exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

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

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

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

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

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “*no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado*” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... *económicamente inasibles ...*” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “*esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium judicis*”, “*tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo*

sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...’ (G. J. Tomo LX, pág. 290)”. (sentencia del 10 de marzo de 1994)” (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

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

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

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

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

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

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

En esa perspectiva, la 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*.”²⁶

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

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y

²⁶ 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.

sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto²⁷.

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 mismo²⁸.

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.

²⁷ 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 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.

²⁸ "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.

La concreción o aplicación de la ponderación generaría los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?

De modo que, la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del *arbitrio juris* y la equidad, de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 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 tansen la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”²⁹
(Se destaca).

El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley³⁰.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

³⁰ “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

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 esencial³¹.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes comoquiera que obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula. En efecto, de estos documentos, se da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su hijo, nieto y primo, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir³² que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que

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.

³¹ "Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas." Plauto.

³² Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: "La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la experiencia y la ciencia. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. **La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...**" (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002) (negrilla de la Sala)

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 moneda³³.

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

³³ 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”.

del oro, empleada con valor, imaginación y argumentos especiosos, en su orden, por la Corte y el Consejo de Estado, para superar la limitación y la exigüidad de la condena por daño moral, atado al art. 95 de dicho código, las jurisdicciones contencioso administrativa y civil no necesitan ni de esas muletas ni de esos circunloquios para administrar justicia en el campo de la responsabilidad por encuentro social ocasional o aun contractual o por incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la fuente de ésta, en lo atañadero al daño moral.

“(…)

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

“(…)

“En fin, el remitirse al oro, directamente o en su valor en moneda nacional, se me antoja caprichoso e infundado económica y políticamente. El oro dejó de ser mucho ha moda (sic) o respaldo de papel moneda. Ya no es siquiera unidad o medida de cuenta. Es una mercancía y una mercancía de 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, etc³⁴.

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.

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.

³⁴ “¿Sabes qué decía mi padre? Él se encoge de hombros. Instintivamente enciendo la grabadora. *Que no es la distancia sino la proximidad lo que nos hace invisibles.*” Efraim Medina.

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.”³⁵ (Se destaca).

En similar sentido, la Corte Constitucional ha señalado en relación con el denominado precedente horizontal, lo siguiente³⁶:

“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.

³⁵ 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.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (E)

“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, 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 si.

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

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

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

“En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad. En este sentido, no debe entenderse que el deber del juez es simplemente el de ofrecer argumentos contrarios al precedente, sino que es su deber probar con argumentos por qué en un caso concreto el precedente puede ser aplicable y en otros no. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso del precedente, - cualquiera que este sea-, de manera intencional, por desconocimiento o por despreocupación, permite que la discrecionalidad del juez en su área pueda llegar a introducir criterios de diferenciación no avalados por la constitución. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho para casos similares, en los estrados judiciales.

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

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

“

“La Corte admite la posibilidad de que los jueces y magistrados no compartan las posiciones definidas en los precedentes. Existe la garantía de la posibilidad de salvar el voto. Sin embargo, el derecho a la igualdad y el sistema de precedente

que de él se desprende, no les autoriza a actuar de manera desleal con el ordenamiento jurídico. Si se ha adoptado una posición determinada, tiene el deber de respetarla hasta que presente argumentos suficientes para cambiarlo. Si ello no fuere posible, está obligado a proyectar respetando el precedente. El juez, aunque sea autónomo, no es una rueda suelta dentro del sistema jurídico, sino que tiene que integrarse a éste y someterse a los lineamientos fijados de manera sistémica.

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

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

“A partir de la referencia al precedente anterior, es posible entrar a ofrecer argumentos suficientes que justifiquen su abandono o revisión. No se trata, en este orden de ideas, simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta indispensable demostrar que los argumentos que soportan el precedente no son válidos, suficientes, correctos, etc. El juez tiene la obligación de motivar sus decisiones. Ello implica el justificar su postura frente a otras consideraciones que han sido base de decisiones anteriores. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho. Sin

dichas razones, el cambio de jurisprudencia será simplemente la introducción de un acto discriminatorio, incompatible con la Constitución. En el fundamento 10 b) de esa sentencia se han presentado razones que hacen válido y admisible el cambio o separación del precedente.”³⁷ (Negrillas adicionales).

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

En efecto, el Tribunal Constitucional ha exigido que la valoración del daño moral se haga de conformidad con la línea jurisprudencial fundada en la sentencia del 6 de septiembre de 2001 –ya mencionada– así como con apoyo en las subreglas desarrolladas en el citado pronunciamiento judicial. En consecuencia, la sentencia fundamente del precedente y los lineamientos o derroteros que han sido expuestos por la Sección Tercera mantienen vigencia, sin que ello suponga irracionalidad.

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

De manera que, se itera, arbitrio iuris no puede ser asimilado a arbitrariedad, por el contrario a partir del arbitrio se aplica una discrecionalidad que exige del

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

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 mismo³⁸.

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 otras³⁹.

Ahora bien, el hecho de que la Corte Constitucional en fallos recientes⁴⁰ haya prohijado la necesidad de que el operador judicial de lo contencioso administrativo aplique los principios de razonabilidad y racionalidad no puede ser entendido –o darle una lectura– en el sentido de que sólo el principio de proporcionalidad es el que garantiza la materialidad de esos postulados; lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestáltica, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los test de igualdad propuestos, ix)

³⁸ “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.

³⁹ “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.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencias T-351 de 2011, T-464 de 2011 y T-212 de 2012.

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 común⁴¹.

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

“En ese orden de ideas, es posible identificar con plena claridad, la existencia de una línea jurisprudencial consolidada en el Consejo de Estado (Sección Tercera) en materia de daño moral y tasación de perjuicios morales. Esa jurisprudencia fue sentada en fallo de 6 de septiembre de 2001⁴² 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:

⁴¹ “VII. Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.” OSORIO, Ángel Ob. Cit. Pág. 336.

⁴² Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(Expedientes 13232-15646).

“La reparación, en efecto, conforme a nuestro sistema legal, sólo debe atender a la entidad del daño mismo; debe repararse todo el daño causado, y sólo el daño causado, independientemente de la culpabilidad de su autor, o de la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, y éste es un principio común a todos los casos, al margen de que la reparación se efectúe en un proceso penal, civil, laboral, contencioso administrativo o de otra índole. Este postulado básico (...) fue consagrado de manera expresa por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos: “Art. 16.- Valoración de los Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. No puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad. No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización. Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones. En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral. Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso

administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.

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

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

“A juicio de la Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales.”⁴³ (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.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-351 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas.

“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. [...]”⁴⁴

“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.⁴⁵ En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales.⁴⁶ 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.⁴⁷

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara).

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)]. Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon.”

⁴⁶ 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.”

⁴⁷ 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

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

“Pero ello, claro está, no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales.⁴⁸ **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*,**

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.”

⁴⁸ 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.”

***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 discriminatorias.**

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

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

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

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

“7.2.1.8.1.3. La diferencia entre *racionalidad* y *razonabilidad* fue explicada de forma magistral en el contexto iberoamericano por el

profesor hispano-guatemalteco Luis Recasén Siches (1903 - 1977), mediante un ejemplo tomado de un gran jurista alemán (Gustav Radbruch) que popularizó en su texto *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* (1956). Dice así:

“[...] En el andén de una estación ferroviaria de Polonia, había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba: ‘se prohíbe el paso al andén con perros’. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de ese modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno a la interpretación de aquel artículo del reglamento.

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

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

determinado fin.”⁴⁹

“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.**⁵⁰

“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

⁴⁹ 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”.

⁵⁰ 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.

la propia norma, por ejemplo, es irrazonable jurídicamente, sin importar cuán racional sean los argumentos que sostengan tal lectura del derecho. Incluso, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, antes del cambio a la Carta Fundamental en el año 1991, el Congreso de la República había excluido de amplias áreas del derecho la centenaria norma de prohibición de interpretación de textos que fueran claros (v. gr., de códigos completos que regían parte importante de la población).⁵¹

“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*.

⁵¹ 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).

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

“(…)”⁵²

0

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

Lo anterior, por cuanto las reglas de la experiencia⁵³, y la práctica científica⁵⁴ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser

⁵² Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2012, M.P. María Victoria Calle.

⁵³ “El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias sociales y económicas (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo.

“La aflicción, al igual que la muerte es una experiencia personal. La investigación actual ha cuestionado las nociones previas de un solo patrón “normal” de aflicción y un programa “normal” de recuperación. El hecho de que una viuda hablara con su difunto marido era considerado como una señal de perturbación emocional, que ahora se reconoce como una conducta común y útil (Luna, 1993b). Aunque algunas personas se recuperan con bastante rapidez después del duelo

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.).

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

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.

⁵⁴ 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.”

“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.”⁵⁵

⁵⁵ DE ASÍS, Rafael “El juez y la motivación en el derecho”, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 114 a 117.

Así las cosas, como en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes, de allí que, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial.

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

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

En consecuencia, conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁵⁶.

De acuerdo con lo expuesto, el daño moral está acreditado, así que se procederá a conceder los perjuicios morales de la siguiente manera:

Marina del Socorro Parra (madre) 100 smlmv

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

Maria Cristina Parra Agudelo (abuela) 100 smlmv

María Soledad Diosa Parra (tercera damnificada) 50 smlmv

Ahora bien, en relación con la indemnización por concepto de lucro cesante, solicitada para la madre, se tiene que obran varios testimonios que señalan que Hernán de Jesús Arboleda Parra trabajaba como acólito de la iglesia pero que no recibía contraprestación por esta actividad (Fol. 105 a 109 cuad. 1), sin embargo, no se puede desconocer que una vez cumpliera la mayoría de edad se presume iniciaría su vida laboral y recibiría como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo anterior, se realizará la liquidación teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente⁵⁷, esto es, \$566.700, adicionado en un 25% (\$708.375) correspondiente al valor de las prestaciones sociales, menos otro 25% relativo a los gastos personales de la víctima, y la suma obtenida corresponde a la renta actualizada, \$531.282.

La indemnización a que tiene derecho comprende solamente un período: el vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha en que el joven fallecido cumpliría la mayoría de edad hasta los 25 años⁵⁸, para un total de 96 meses.

Liquidación de la indemnización debida o consolidada:

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

i

$$S = \$531.282 \frac{(1+0.004867)^{96} - 1}{0.004867}$$

⁵⁷ Se utilizará el salario mínimo legal mensual para el año 2012, toda vez que el vigente para la fecha en que el occiso cumpliría la mayoría de edad -16 de julio de 1998- \$203.826, actualizado a la fecha -\$442.716- es menor que el actual.

⁵⁸ Se indemnizará hasta los 25 años del occiso -16 de julio de 2006-, toda vez que se supone que hasta ese momento se haría cargo económicamente de su madre.

S = \$ 64'815.312

Así las cosas, por concepto de lucro cesante, para la señora Clementina Torres Torres, se obtiene un valor total de \$64'815.312.

Finalmente, respecto al daño emergente solicitado para la señora María Soledad Diosa Parra por concepto de los gastos funerarios efectuados, se tiene que en el expediente obra factura a su nombre por un valor de \$604.000 (Fol. 8 cuad. 1) y una constancia de la Funerario Nazareno en la cual se indica que fue ella la persona encargada de los gastos funerarios de Hernán de Jesús Arboleda Parra (Fol. 78 cuad. 1); por lo tanto, se entiende debidamente acreditado este rubro y se procederá a concederlo una vez se actualice con la siguiente fórmula:

$$\begin{array}{r} \text{Va} = \$604.000 \quad \frac{111.86 \text{ (índice final) (Octubre de 2012)}}{25.76 \text{ (índice inicial) (Noviembre de 1994)}} = \$2'622.804 \end{array}$$

Así las cosas, la indemnización por daño emergente que le corresponde a María Soledad Diosa Parra, es de \$2'611.080.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en 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:

Primero: Revócase la sentencia proferida el 19 de marzo de 2002, por la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Segundo. Declárase a la Nación-Ministerio de Educación-, Departamento de Antioquia y Municipio de Medellín, patrimonialmente y solidariamente responsables por la muerte de Hernán de Jesús Arboleda Parra.

Tercero. Condénase solidariamente a la Nación-Ministerio de Educación-, Departamento de Antioquia y Municipio de Medellín, a pagar, a las personas que a continuación se relacionan, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

Marina del Socorro Parra: 100 smlmv

María Cristina Parra Agudelo: 100 smlmv

María Soledad Diosa Parra: 50 smlmv

Cuarto. Condénase solidariamente a la Nación-Ministerio de Educación-, Departamento de Antioquia y Municipio de Medellín, a pagar, a Marina del Socorro Parra, por concepto de lucro cesante, la suma de sesenta y cuatro millones ochocientos quince mil trescientos doce pesos (\$64'815.312).

Quinto. Condénase solidariamente a la Nación-Ministerio de Educación-, Departamento de Antioquia y Municipio de Medellín a pagar, a María Soledad Diosa Parra, por concepto de daño emergente, la suma de dos millones seiscientos veintidós mil ochocientos cuatro pesos (\$2'622.804).

Sexto. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Octavo. Expídanse las copias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado.

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

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Enrique Gil Botero

Olga Valle de De la Hoz
Presidenta

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

RECONOCIMIENTO DE TERCERO DAMNIFICADO - Direferente a reconocimiento de pariente de la víctima / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA - Violación por reconocimiento de condición no invocada en la demanda / GARANTIA AL DEBIDO PROCESO - Vulneración / PRINCIPIO DE CONTRADICCION - Vulneración / FACULTADA INTERPRETATIVA DE LA DEMANDA - Imposibilidad del Juez de cambiar el petitum o de la causa petendi de la demanda

El fallo vulnera de manera flagrante el principio de la congruencia de la sentencia, por cuanto la condición que fue invocada por la señora Diosa Parra, no fue la de tercero sino la de pariente de la víctima, y fue frente a esta manifestación que tuvo oportunidad de ejercer su derecho de contradicción la parte demandada. Así las cosas, reconocer en la sentencia una condición distinta a la alegada en la demanda, vulnera la garantía del debido proceso de la parte pasiva, toda vez que el juez la sorprende con el reconocimiento de una condición no invocada, y respecto de la cual no tuvo oportunidad de pedir pruebas ni estaba en la obligación de controvertir las que se hubiesen presentado en ese sentido, puesto que las mismas, en relación con el elemento fáctico- causal de la demanda resultaban manifiestamente impertinentes. Y el suscrito magistrado subraya la anterior circunstancia, pues podría pensarse prima facie que, so pretexto de la facultad interpretativa que tiene el juez respecto de la demanda, puede también cambiar la calidad que invoca la parte actora; sin embargo, ello solamente ocurre cuando del petitum o de la causa petendi puede inferirse que el actor también invoca la condición de tercero damnificado, en este caso el juez en su labor hermeneutica del libelo sí puede interpretarlo. A contrario sensu, cuando la literalidad de la demanda no deja espacio para equívocos, como ocurre en el sub iudice, el juzgador no puede, so pretexto de interpretar la demanda, endilgar al demandante una condición que ni por asomo éste invocó. Y lo anterior es así, no por una defensa de la congruencia de la sentencia a ultranza, sino en la aplicación de la garantía fundamental del debido proceso, específicamente del derecho de contradicción de la parte demandada, que diseña su estrategia de defensa sobre la acreditación de la calidad invocada y no puede sorprenderse condenándola a pagar al demandante una indemnización, reconocida en una condición distinta a la alegada por éste, pues esto implicaría que se le ha sido vencido en juicio con base en una causa petendi distinta a la que fue invocada en la demanda que se le notificó y respecto de la cual se pronunció.

TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Falta de motivación / OBLIGACION DEL JUEZ DE MOTIVAR DECISION - Garantía constitucional de acceso a la administración de justicia / MOTIVACION DE LOS PERJUICIOS MORALES - Requisitos

Aclaro el voto en relación con el punto de los perjuicios morales, en el sentido que, aunque estoy de acuerdo con el reconocimiento de los mismos, el monto en que éstos fueron tasados carece de sustento alguno, en desconocimiento del mandato constitucional que toda decisión judicial debe ser motivada. (...) La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. (...) la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio (...) La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado "a su propio derecho" no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda. (...) la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa (...) la motivación o argumentación de los

perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción. 2) Cuando se trata de dosificarlos, en la tasación y liquidación de los perjuicios, el juez puede aplicar diferentes metodología para que con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia determinar el quantum indemnizatorio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-31-000-1996-02223-01(23343)

Actor: MARINA DEL SOCORRO PARRA Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE EDUCACION MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL, - DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, MUNICIPIO DE MEDELLIN Y SECRETARIA DE EDUCACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACION DE VOTO

Con mi habitual respeto por las opiniones de la mayoría, me aparto de la decisión adoptada en sentencia del 19 de noviembre de 2012, salvando el voto parcialmente en relación con el reconocimiento en condición de tercero damnificado que se hizo en el fallo respecto de la señora MARIA SOLEDAD DIOSA PARRA, y aclarando el voto por la falta de motivación en la tasación de los perjuicios morales que fueron reconocidos en el mismo.

1. El reconocimiento del tercero damnificado

En la sentencia de la cual me aparto se expresó:

“En relación con la señora María Soledad Diosa Parra quien aduce ser prima del joven Arboleda Parra, se advierte que sólo se allegó su registro civil de nacimiento, del cual se puede deducir que es hija de los señores Antonio Diosa y Margarita Parra (Fol.6 cuad.1), sin embargo, el parentesco de éstos o de aquélla con la madre o abuela del occiso no se encuentra acreditado con ningún medio de prueba.

No obstante lo anterior, de los testimonios recibidos se puede establecer que la señora Diosa Parra era cercana a la familia del occiso y tenía estrechas relaciones con ésta...”

Y Después de transcribir parcialmente las declaraciones de dos testigos, en el fallo se concluye:

“Para la Sala, la prueba testimonial que se acaba de transcribir, es suficiente para demostrar la calidad de tercera damnificada...”

Lo transcrito pone en evidencia que el fallo vulnera de manera flagrante el principio de la congruencia de la sentencia, por cuanto la condición que fue invocada por la señora Diosa Parra, no fue la de tercero sino la de pariente de la víctima, y fue frente a esta manifestación que tuvo oportunidad de ejercer su derecho de contradicción la parte demandada.

Así las cosas, reconocer en la sentencia una condición distinta a la alegada en la demanda, vulnera la garantía del debido proceso de la parte pasiva, toda vez que el juez la sorprende con el reconocimiento de una condición no invocada, y respecto de la cual no tuvo oportunidad de pedir pruebas ni estaba en la obligación de controvertir las que se hubiesen presentado en ese sentido, puesto que las mismas, en relación con el elemento fáctico- causal de la demanda resultaban manifiestamente impertinentes.

Y el suscrito magistrado subraya la anterior circunstancia, pues podría pensarse *prima facie* que, so pretexto de la facultad interpretativa que tiene el juez respecto de la demanda, puede también cambiar la calidad que invoca la parte actora; sin embargo, ello solamente ocurre cuando del *petitum* o de la *causa petendi* puede

inferirse que el actor también invoca la condición de tercero damnificado, en este caso el juez en su labor hermeneutica del libelo sí puede interpretarlo.

A *contrario sensu*, cuando la literalidad de la demanda no deja espacio para equívocos, como ocurre en el sub iudice, el juzgador no puede, so pretexto de interpretar la demanda, endilgar al demandante una condición que ni por asomo éste invocó. Y lo anterior es así, no por una defensa de la congruencia de la sentencia a ultranza, sino en la aplicación de la garantía fundamental del debido proceso, específicamente del derecho de contradicción de la parte demandada, que diseña su estrategia de defensa sobre la acreditación de la calidad invocada y no puede sorprenderse condenándola a pagar al demandante una indemnización, reconocida en una condición distinta a la alegada por éste, pues esto implicaría que se le ha sido vencido en juicio con base en una causa petendi distinta a la que fue invocada en la demanda que se le notificó y respecto de la cual se pronunció.

2. La falta de motivación en la tasación de los perjuicios morales reconocidos en el fallo

Aclaro el voto en relación con el punto de los perjuicios morales, en el sentido que, aunque estoy de acuerdo con el reconocimiento de los mismos, el monto en que éstos fueron tasados carece de sustento alguno, en desconocimiento del mandato constitucional que toda decisión judicial debe ser motivada.

En efecto, en el fallo se manifiesta que:

“En esta 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....”.

Sin embargo, pese a lo transcrito en precedencia, en el momento de aplicar los anteriores postulados al caso concreto, la sentencia contradictoriamente concluye:

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

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

Lo que se acaba de transcribir evidencia que aunque en un primer momento se admite la necesidad de racionalizar la decisión conforme a las circunstancias del caso concreto, en el momento en que se va a tasar el perjuicio, se obtiene una cifra en aplicación de un fallo anterior de manera automática, sin reflexión ni racionalización alguna; esto es, sin explicar por qué en este caso, el monto reconocido como perjuicio moral es el mismo que en el precedente citado.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012⁵⁹, sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso” (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

A lo que se agregó, en la misma sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que “no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium iudicis*, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez” (subrayado fuera de texto).

⁵⁹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. En la doctrina más reciente se afirma que la “garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la prohibición de la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de jurisdicción, ofrece a estos a cambio la acción, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia del Derecho⁶⁰, y ofrece la acción a través del proceso, del *processus iudicii*, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al giudizio>⁶¹, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero *coram proprio iudice* y, luego, *coram partibus*, cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propio Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho”⁶²

Como puede extraerse, la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de

⁶⁰ “Muy bien expresa este pensamiento el gran procesalista Piero CALAMANDREI, cuando dice que el individuo, privado por el Estado del poder de hacerse justicia a sí mismo tiene, en contrapartida, la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado, porque al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del Derecho, convierta la obligación en sujeción, entendiéndose así la acción como *iure conditio* de la jurisdicción. *Vid.* CALAMANDREI, O., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol.I, trad., esp., SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1962, pp.221 y ss”.

⁶¹ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en *RDProc.*, 1949, pp.165 y ss.

⁶² ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”⁶³.

La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado “a su propio derecho” no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda⁶⁴.

Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa. Como en un ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe hacerlo en esta ocasión, ya que este autor entiende “que el concepto de motivación suficiente se refiere al conjunto de elementos necesariamente presentes en la decisión judicial para que ésta sea válida, mientras que la motivación completa se distinguiría del concepto anterior por referirse ante todo a la corrección de la decisión y no sólo a la validez de la misma. Es decir, al conjunto de elementos que hacen que una decisión válidamente elegida sea también racionalmente correcta”⁶⁵. Desde la perspectiva procesal la “motivación completa alude a una justificación plena de la *facti* como en aquellos otros que integran la *quaestio iuris*. Por el contrario, la motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”⁶⁶.

⁶³ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.139.

⁶⁴ PÉREZ ROYO; Javier. *Curso de derecho constitucional*. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

⁶⁵ ASIS ROIG, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

⁶⁶ “Estamos, en este último caso, ante un concepto jurídicamente indeterminado, que no responde a ningún apriorismo y su formulación exige analizar cada caso en concreto”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.164.

En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las sentencias (de las decisiones judiciales) tiene unos criterios fundamentadores reconocibles: a. cuando se invoca la motivación suficiente se está exigiendo del juez (contencioso administrativo, por ejemplo) que tenga en cuenta en la construcción de su decisión los elementos imprescindibles y necesarios para dotar de validez a la misma; b. cuando se invoca la motivación completa, el juez debe ajustar su decisión a unos mínimos de corrección, y no sólo a la simple validez, que se sustenta en la racionalidad como principio básico; c. la motivación es completa, también, cuando se comprende la justificación de todos los aspectos fácticos y jurídicos integrados en la litis; d. finalmente, la motivación será suficiente, también, cuando el juez realiza un razonamiento justificativo, y no simplemente inductivo, presuntivo o especulativo.

En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior”⁶⁷ (subrayado fuera de texto).

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

Dicho sentido, siguiendo a la jurisprudencia constitucional, debe tener en cuenta, además, que en un “estado democrático de derecho, en tanto garantía ciudadana, la obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional. La necesidad de justificar las decisiones judiciales, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber, garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia”⁶⁸ (subrayado fuera de texto). Lo que implica, que la motivación, más allá del debate dicotómico entre suficiente y completa, se exige como garantía de materialidad del ejercicio del debido proceso, “barrera a la arbitrariedad judicial”, plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

De acuerdo con Taruffo la “motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuación plena al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla”⁶⁹, lo que implica que el “principio de completitud de la motivación garantiza que la cognición judicial se ha desarrollado atendiendo a la ineludible exigencia de juzgar conforme a lo alegado por las partes, que delimitan el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium*⁷⁰. Por eso, bien puede compartirse que la exigencia de completitud de la motivación sea regla general, modulándose su validez en cada caso concreto a tenor de la vieja máxima *exceptio firmat regulam in contrario in casibus non exceptis*”⁷¹.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

⁶⁹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975, pp.450 ss.

⁷⁰ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo>, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p.433.

⁷¹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.169.

Con fundamento en lo anterior, la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción. 2) Cuando se trata de dosificarlos, en la tasación y liquidación de los perjuicios, el juez puede aplicar diferentes metodologías para que con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia determinar el “quantum” indemnizatorio.

En este sentido dejo presentado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA