

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Muerte de recluso en establecimiento
carcelario / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Configuración /
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Elementos**

La responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el daño, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación. (...) Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que “permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el tema de la responsabilidad del Estado, consultar sentencia de 13 de agosto de 2008, Exp. 17042, MP. Enrique Gil Botero y referente a sus elementos, consultar sentencia de 16 de septiembre de 1999, Exp. 10922, MP. Ricardo Hoyos Duque.

DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte por crisis asmática de adulto de cincuenta y seis años recluso en la Cárcel La Picota de Bogotá por delito de homicidio agravado

El señor Abelardo Antonio Serna Gil quien estaba recluso en la cárcel La Picota de la ciudad de Bogotá resultó muerto el día 22 de octubre de 1999, hecho que se prueba con el registro de defunción y el protocolo de necropsia que fueron allegados al proceso.

PRUEBAS TRASLADADAS - Valor probatorio de documentos en investigación penal allegada en copia auténtica

Respecto de la valoración de las pruebas trasladadas, es necesario precisar que al proceso se trajo copia autenticada de la investigación penal adelantada por la muerte del interno Serna Gil, destacándose que la mayoría del acervo probatorio está conformado por documentos y no obran declaraciones que hubieran tenido que ser ratificadas en el sub lite, de modo que esta Sala les otorgará mérito probatorio y efectuará su valoración conjunta con el resto de las pruebas allegadas.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR MUERTE DE RECLUSO - Régimen objetivo

En los eventos en que se produce la muerte de un recluso al interior de un centro carcelario, ha considerado la jurisprudencia, que el análisis de responsabilidad que debe efectuarse es el correspondiente al régimen objetivo, teniendo en cuenta que el sujeto está retenido por orden de autoridad competente y al quedar a

disposición de las autoridades, surge para el individuo una relación especial de sujeción ya que no ingresa voluntariamente al centro de detención, razón por la cual sus derechos sufren importantes limitaciones pero también nace el deber correlativo de la entidad de garantizar su seguridad personal y también otros derechos como el de la salud y en especial el derecho a la vida y la integridad personal, teniendo en cuenta la indefensión a la cual están sometidas las personas privadas de la libertad.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el régimen de responsabilidad objetivo, consultar sentencia de 28 de abril de 2010, Exp. 18271, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

RESPONSABILIDAD DE ESTABLECIMIENTO CARCELARIO - Al ingresar recluso sin realizar examen físico que detectara la patología de asma crónica que padecía / RESPONSABILIDAD DE CENTRO CARCELARIO - Por falta de condiciones en Cárcel La Picota de Bogotá donde se encontraba recluso

El INPEC adujo en su defensa, que la muerte del recluso fue producto de una enfermedad que padecía antes de ingresar al centro carcelario y que en el penal recibió tratamiento adecuado pero falleció por complicaciones propias de su patología. Pues bien, el análisis de la historia clínica allegada al proceso permite establecer que si bien no aparece un examen físico al ingresar, en la primera oportunidad en que es valorado por la sección de sanidad de la cárcel La Picota se consignó que el señor Serna Gil sufría de asma crónica y más adelante se registró que el paciente a menudo presentaba crisis asmáticas fuertes sobre todo por el frío debido a que tenía que dormir en el piso, porque no tenía colchón.

RESPONSABILIDAD DE CENTRO CARCELARIO - Por falta de tratamiento médico integral que controlara evolución de asma crónica que padecía el recluso / RESPONSABILIDAD DE CARCEL LA PICOTA DE BOGOTA - Por omitir traslado de recluso a otra ciudad dado que clínicamente se conocía que el clima era factor de alta incidencia en el manejo de la enfermedad / RESPONSABILIDAD DE ESTABLECIMIENTO CARCELARIO - Por no proveer al preso lo necesario para que no durmiera en el piso y por no suministrarle oxígeno ordenado para su respiración

Consta en la historia clínica que en repetidas oportunidades el señor Serna fue atendido en el centro de reclusión y también hospitalizado varias veces, pero de lo allí consignado no es posible deducir si recibió un tratamiento médico integral, con seguimiento continuo de la enfermedad que le permitiera controlar su evolución o por lo menos morigerar su sintomatología, teniendo en cuenta que la atención médica constituye una obligación a cargo de la administración, de la cual no puede sustraerse, por cuenta de las relaciones especiales de sujeción que gobiernan el vínculo existente entre los reclusos y las autoridades carcelarias. Lo que si resulta evidente es que en el sub judice, la actuación de las autoridades se limitó a prestar el servicio médico (al parecer para solucionar las urgencias en momentos de crisis) pero no se buscaron soluciones adecuadas a su problema, ya que si clínicamente se conocía que el clima era un factor con alta incidencia en el manejo de la enfermedad, ha debido solicitarse su traslado a otra ciudad y en caso de no ser esto posible, implementar medidas alternas –dentro de las limitaciones que se viven al interior de los centros carcelarios- tendientes a aliviar su precaria condición médica, tales como proveerle lo necesario para que no tuviera que dormir en el piso o suministrarle el oxígeno ordenado para mejorar su respiración, pero nada de esto ocurrió, con lo cual se desconocieron las normas del Código

Penitenciario y Carcelario que permiten el traslado del interno y también establecen que la dirección de sanidad debe velar por la salud de los internos.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR MUERTE DE RECLUSO - Se comprobaron los elementos de responsabilidad de los daños causados al recluso

Comprobados los elementos que dan lugar a la aplicación de responsabilidad objetiva, a saber, que se produjo un daño y que éste fue respecto de una persona privada de la libertad y puesta bajo tutela y cuidado del establecimiento carcelario, procede entonces la atribución de responsabilidad a la entidad demandada.

PERJUICIOS MORALES - Acreditación de parentesco / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a familiares de la víctima que probaron parentesco

De tiempo atrás el Consejo de Estado ha establecido que tratándose de los padres, hermanos, hijos y abuelos basta la acreditación del parentesco para que se presuma el perjuicio moral, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que la muerte de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, por las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, surgidas en el ámbito de la familia. En efecto, aunque inicialmente se exigía prueba del perjuicio moral cuando se trataba de hermanos mayores de edad, esta Corporación modificó su posición para extender la presunción hasta los parientes en segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales, señalando que la administración tiene la oportunidad de demostrar el debilitamiento de las relaciones familiares cuando estime que ello es procedente. Por ello, la Corporación ha aceptado que con la simple acreditación de la relación de parentesco existente se presuma el dolor sufrido por los parientes, de modo que al allegarse al proceso las partidas de bautismo en el caso de la madre y una de las hermanas nacida en 1933 y los registros civiles de los hermanos y la hija de la víctima, eso es suficiente para que se ordene el reconocimiento de perjuicios morales. En el sub judice se probó el parentesco existente entre los demandantes y la víctima, y además, los testimonios rendidos en el proceso son contestes en afirmar que existían lazos de cercanía y unión familiar entre ellos y por otra parte, la entidad no desvirtuó la presunción de la aflicción, por lo que se concederán los perjuicios morales solicitados por los hermanos de la víctima, los cuales se fijarán en 100 salarios mínimos mensuales vigentes, para la señoras Rosana Gil de Serna y 100 SMMLV para Noralba Serna Gil y 50 SMMLV, para cada uno de los hermanos.

NOTA DE RELATORIA: Referente a la acreditación de parentesco para reconocimiento de perjuicios morales, consultar sentencia de 30 de agosto de 2007, Exp. 15724, MP. Ramiro Saavedra Becerra.

PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente / DAÑO EMERGENTE - Valoración de prueba documental que acreditó gastos funerarios / DAÑO EMERGENTE - Reconocimiento

En relación con los perjuicios materiales por daño emergente, los cuales fueron solicitados para la señora Noralba Serna Gil, por concepto de gastos funerarios, en prueba de lo cual se aportó la factura correspondiente, documento respecto del cual la entidad demandada no solicitó su ratificación y obrando desde el primer momento en el proceso no fue tachado de falso ni controvertido sino en los

alegatos de conclusión en segunda instancia, por lo tanto puede ser valorado en el presente proceso. En la factura consta que el pago se realizó por valor de \$1.245.000, suma que deberá ser actualizada con la fórmula utilizada por esta Corporación.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Negados por no percibir recluso ningún tipo de ingreso / PERJUICIOS MATERIALES - Niega reconocimiento a madre de recluso

En relación con los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, por la ayuda dejada de percibir, se precisa que ellos fueron solicitados solo para su madre, puesto que al momento de los hechos la hija tenía 35 años, teniendo en cuenta que al momento de su muerte el señor Abelardo Antonio Serna Gil tenía 56 años de edad, pero según las declaraciones obrantes en el proceso antes de ser detenido vivía con ella y le ayudaba a su sostenimiento. No obstante lo anterior, a juicio de la Sala, los perjuicios materiales no pueden ser reconocidos ya que no se probó que al interior del penal el señor Serna Gil percibiera algún tipo de ingreso y no puede aplicarse la presunción de que al salir del sitio de reclusión devengaría al menos un salario mínimo, teniendo en cuenta que fue condenado a pena de prisión de 42 años y tres meses, de los cuales había cumplido solamente dos años puesto que su captura se produjo el 12 de junio de 1997, de manera que al restarle 40 años por cumplir, dicho lapso supera ampliamente la vida probable de la señora Rosana Gil, quien a la fecha de los hechos contaba con 86 años de edad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01156-01(25573)

Actor: ROSANA GIL DE SERNA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca el 9 de julio de 2003, por medio de la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El día 23 de mayo de 2001, los señores Rosana Gil de Serna, Esthercilia Serna Gil, Audelina o Aurelina Serna Gil, Ana Carlina Serna Gil, Libardo Antonio Serna Gil, Isaura Serna Gil y Noralba Serna Gil, mediante apoderado debidamente acreditado, demandaron a La Nación-Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, para que se les reconocieran los perjuicios causados por la muerte del señor Abelardo Antonio Serna Gil.

1.1. Pretensiones Principales:

1.1.1. Declarar que La Nación y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC son responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes por la muerte del señor Abelardo Antonio Serna Gil, ocurrida el 22 de octubre de 1999 mientras se encontraba recluso en la Penitenciaría La Picota de Bogotá.

1.1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, a pagar perjuicios morales, por el equivalente a tres mil gramos oro, para cada demandante.

1.1.3. Se condene a la Nación y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, a pagar perjuicios materiales a la señora Noralba Serna Gil, la suma de \$1.245.000 de pesos por concepto de los gastos de inhumación y honras fúnebres cancelados a la funeraria "Funerales Gámez"

1.1.4. Se condene a la Nación y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario–INPEC, a pagar a la señora Rosana Gil de Serna los perjuicios materiales, en su modalidad de lucro cesante por la ausencia de ayuda económica que le suministraba su hijo, estimada en \$8.473.303, suma que se actualizará con el IPC.

1.1.4. Las entidades darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A., reconociendo los intereses comerciales o moratorios a que haya lugar.

1.2. Los hechos

Los hechos de la demanda se pueden resumir de la siguiente manera:

1.2.1. El señor Abelardo Antonio Serna Gil se encontraba recluido en la Cárcel La Picota de Bogotá y el día 22 de octubre de 1999 murió como consecuencia de la situación de hacinamiento y malas condiciones generales que soportaba en el centro carcelario,

1.2.2. El fallecimiento del señor Serna Gil se produjo por la negligencia, omisión y descuido del INPEC por omisión de sus deberes de cuidado con el recluso.

1.2.3. Al señor Abelardo Antonio Serna Gil le sobreviven su madre Rosana Gil de Serna, sus hermanos y su hija Noralba Serna, con quienes mantenía fuertes lazos de afecto y unión, razón por la cual su muerte les ha causado un profundo dolor y sufrimiento.

1.2.3. A pesar de estar privado de la libertad el señor Serna Gil auxiliaba a su madre con los ingresos que obtenía al interior del penal en la fabricación de artículos artesanales.

2. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de agosto 6 de 2001, y ordenó la notificación a las partes y la fijación en lista (fl. 52, c. ppal.).

Surtidas las notificaciones ordenadas en el proceso, el INPEC contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y manifestó que no está probado que la muerte haya sido por falla del servicio ya que en el protocolo de necropsia se afirma que tenía múltiples hospitalizaciones por crisis asmáticas, y está claro que no falleció por hechos violentos sino por su grave estado de salud (fls. 55 a 57, c. ppal.).

Transcurrido el término de fijación en lista, mediante providencia del 30 de octubre de 2001, se abrió el periodo probatorio, se decretaron las pruebas pedidas por las partes (fl. 68, c. ppal.).

Agotada la etapa probatoria, mediante providencia calendada el 3 de diciembre de 2002, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 78, c. ppal.).

La apoderada del INPEC describió el traslado para alegar de conclusión, mediante memorial en el cual expuso reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda acerca de la inexistencia de falla del servicio porque el interno falleció por causas naturales. Adicionalmente solicitó no conceder los perjuicios morales a los hermanos por no estar acreditados y no otorgar valor probatorio a la factura correspondiente a los gastos funerarios (fls. 79 a 84, c. ppal.).

De igual forma, la parte demandante alegó de conclusión mediante memorial en el cual solicitó condenar al INPEC, ya que el interno falleció por no haber recibido atención médica oportuna, teniendo en cuenta que su muerte se produjo en el sitio de reclusión y no en la enfermería o en un centro hospitalario. En relación con los perjuicios solicitados por los hermanos, manifestó que deben ser concedidos por estar debidamente acreditados

(fls. 91 a 104, c. ppal.).

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 9 de julio de 2003, en la cual negó las pretensiones de la demanda, por considerar que no se acreditó que la muerte se produjo por negligencia, omisión o descuido del INPEC y por el contrario ella se presentó a consecuencia de una dolencia respiratoria que lo aquejaba y de la cual recibió tratamiento médico en las instalaciones del centro carcelario.

A juicio del a-quo, no tenía cabida la responsabilidad objetiva por cuanto ella procede cuando la muerte se produce por hechos atribuibles a la demandada ya que ella se deriva de la obligación de custodia respecto de los internos y aquí lo que hubo fue una muerte natural (fls. 139 a 144, c. ppal.).

4. Recurso de apelación y trámite procesal de segunda instancia.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación por considerar que se realizó una errónea valoración de las pruebas obrantes en el proceso ya que ellas demuestran que a pesar de que el interno registraba múltiples hospitalizaciones por crisis asmáticas y ello era conocido por las autoridades carcelarias no se le prestó la debida asistencia médica y además lo instalaron en un sitio que no era apto para su dolencia respiratoria, lo cual implica una violación del artículo 106 del Código Penitenciario y Carcelario.

Aduce el apelante que el señor Serna Gil había ingresado en condiciones estables de salud al centro carcelario como consta en la copia de su hoja de vida y debía ser devuelto a la sociedad en las mismas condiciones en que ingresó, por tal razón el interno, que tenía 56 años, debió ser protegido por las autoridades

carcelarias prestándoles las atenciones ordinarias de salud que requería dentro del centro de reclusión.

Por otra parte, en cuanto a los perjuicios señaló que están debidamente probados y por ello deben ser concedidos a los demandantes (fls. 148 a 157, c. ppal.).

El recurso fue admitido por esta Corporación mediante auto del 27 de noviembre de 2003 y posteriormente con auto del 30 de enero de 2004, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión en segunda instancia (fls. 164 y 166, c. ppal.).

La parte actora presentó alegatos de conclusión en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls. 167 a 176, c. ppal.).

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado para decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 9 de julio de 2003, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, por razón de la cuantía.¹

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta norma, que se erige como el punto de

¹ La mayor pretensión es de 3000 gramos oro, que para la fecha en que fue presentada la demanda equivalían a \$60.851.940, mientras que según el Decreto 597 de 1988, la mayor cuantía era de \$26.390.000

partida en la estructura de la responsabilidad Estatal en Colombia, afianza sus raíces en los pilares fundamentales de la conformación del Estado Colombiano, contenidos en el artículo 1 superior, a saber, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

La responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el daño, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación².

Verificada la ocurrencia de un daño, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que *“permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”*.³

² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

³ Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 16 de septiembre de 1999; Exp.10922 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

5. Caso concreto

El señor Abelardo Antonio Serna Gil quien estaba recluso en la cárcel La Picota de la ciudad de Bogotá resultó muerto el día 22 de octubre de 1999, hecho que se prueba con el registro de defunción y el protocolo de necropsia que fueron allegados al proceso.

6. Las pruebas obrantes en el proceso.

1. Copia autenticada del Registro Civil de Ana Carlina Serna Gil, Esthercilia Serna Gil, Aurelina Serna Gil, Libardo Antonio Serna Gil, con las cuales se acredita la condición de hermanos de la víctima y registro de Noralba Serna Gil, hija de la víctima (fls.3 a 4, 6 a 8, c. pruebas).

2. Copia de la partida de bautismo de Isaura Serna Gil, nacida el 1 de mayo de 1933, quien también era hermana de la víctima (fl. 8, c. pruebas).

3. Certificación expedida por el Cura Párroco de la Inmaculada de Versalles (Valle), donde consta que se buscó cuidadosamente la partida de bautismo de Rosana Gil Galeano, con resultados negativos y tampoco apareció registrado su nacimiento en la localidad de El Cairo (Valle) y copia de la partida de matrimonio católico de Félix Serna y Rosana Gil, celebrado el 4 de enero de 1932 (fls. 9 y 10, c. pruebas).

4. Copia del Registro Civil de nacimiento y del Registro de Defunción de Abelardo Antonio Serna Gil (fls. 1 a 2 y 11 c. pruebas).

5. Factura a nombre de Funerales Gámez, con fecha noviembre 28 de 1999, por valor de \$1.245.000, en la cual consta que fueron cancelados por la señora Noralba Serna Gil (fl. 13, c. pruebas).

6. Copia del acta de conciliación prejudicial adelantada entre la Procuraduría Sexta Judicial de Bogotá, celebrada el 12 de julio de 2000, la cual fue aplazada (fls. 15 y 16, c. pruebas).

7. Copias autenticadas de la investigación No. 7989-2962 por la muerte del señor Abelardo Antonio Serna Gil, la cual concluyó con resolución inhibitoria por atipicidad, proferida el 22 de marzo de 2000, por la Fiscalía 28 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito (fls. 24 a 62, c. pruebas).

8. Copia autenticada de la historia clínica del interno Abelardo Serna Gil, en la cárcel La Picota, donde se registra la primera consulta el 3 de julio de 1998 y respecto del examen físico se consigna que padece de asma y tiene crisis leves, se le prescriben inhaladores. Luego aparece una anotación el 10 de julio y otro el 16 de julio de 1998, donde se registra que el paciente tiene asma crónica y a menudo sufre crisis fuertes, sobre todo por el frío ya que no tiene colchón y duerme en el piso, se le recetan inhaladores y se hacen micronebulizaciones 3 veces al día.

A partir de ese momento, en la historia clínica aparece que el paciente fue remitido en varias oportunidades al Hospital para ser atendido por especialistas (neumología) e igualmente fue valorado y se le brindó atención médica en la sección de sanidad del establecimiento carcelario en múltiples oportunidades para tratar sus crisis asmáticas.

Llama la atención que el 2 de marzo de 1999, en el Hospital Santa Clara se le prescribe oxígeno domiciliario a necesidad, pero no consta que el paciente haya recibido la medicación (fls. 64 a 144, c. pruebas).

9. Copia del protocolo de Necropsia No. 1999-04890 del señor Abelardo Antonio Serna Gil, en la que se anota como conclusión:

“SE TRATA DE UN HOMBRE ADULTO QUE FALLECE EN LA PENITENCIARIA DE LA PICOTA. COMO ANTECEDENTE DE IMPORTANCIA EL OCCISO TIENE MÚLTIPLES HOSPITALIZACIONES POR CRISIS ASMÁTICA.

A LA AUTOPSIA SE DOCUMENTO CONGESTION VISCERAL GENERALIZADA HIPERINSUFLACIÓN PULMONAR Y TAPONES DE MOCO BRONQUIALES. OTROS HALLAZGOS SON HIPERTROFIA VENTRICULAR SECUNDARIO A UN COR PULMONALE.

LA MANERA DE MUERTE Y LA CAUSA SE ENCUESTRAN EN ESTUDIO HASTA EL RESULTADO HISTOLOGICO, DE ELECTROLITOS Y ESTUPEFACIENTES”

Dicha necropsia fue complementada con exámenes de estupefacientes y análisis microscópico de pulmones y se concluyó:

“CON LOS DATOS DISPONIBLES HASTA EL MOMENTO DE HISTORIA CLINICA Y HALLAZGOS DE AUTOPSIA, LA PROBABLE CAUSA DE MUERTE SERIEA SEGURAMENTE A (SIC) UNA INSUFICIENCIA RESPIRATORIA POR UN STATUS ASMATICO.

PROBABLE MANERA DE MUERTE: NATURAL” (fls. 145 a 150 y 160 a 167, c. pruebas).

10. Informe de novedad, calendado el 22 de octubre de 1999, suscrito por el Dg. Tirado Puentes Luis Alberto, Comandante del Pabellón No. 5, donde se consignó:

“...siendo la 1.30 horas de hoy 22 de octubre del presente año, y encontrándome de servicio en el pabellón NO. 05, en el momento en que me encontra (sic) pasando una revista por los pasillos del mismo pabellón me informó el interno SUÁREZ GUSTAVO que el interno SERNA GIL ABELARDO, se encontraba enfermo por lo tanto yo abrí el colectivo o dormitorio y luego sacado y llevado (sic) a la sección de sanidad para que el médico de turno lo atendiera en compañía del Dg. FLOLRIDO VARGAS MIGUEL, minutos más tarde el médico reportó que éste ya no tenía signos vitales y que no era necesario sacarlo a un centro asistencial. De lo anterior tubo (sic) conocimiento el sr. (sic) oficial de servicio I.J. QUINTERO TORRES JOSE VICENTE quien ordenó pasar el respectivo informe” (fl.153, c. pruebas).

11. Copia de la Cartilla biográfica del señor Abelardo Antonio Serna Gil, donde consta que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá lo condenó a la pena de 42 años y tres meses de prisión por homicidio agravado y fue capturado desde el 12 de junio de 1997, ingresó a la Picota el 3 de junio de 1998 trasladado de Facatativá (fl. 158, c. pruebas).

12. Declaración del señor José Ramírez quien manifestó que el señor Serna Gil le hace falta a su mamá ya que era él quien la sostenía (fls.225 y 226, c. pruebas).

13. Testimonio de los señores Jesús Arbey Narvaez, Nelly Cano de Cardona y Carmen Irene Bedoya quienes fueron contestes en manifestar que la familia se vio

muy afectada por la muerte del señor Serna Gil, ya que ellos eran muy unidos sobre todo la mamá porque ella vivía con él y la sostenía económicamente con lo que ganaba como agricultor (fls. 226 a 230, c. pruebas).

14. Copia de la Inspección de cadáver No 7989-2962, donde se consigna el informe suscrito por el oficial de servicio quien informó que el interno fue trasladado a la sección de sanidad para ser atendido pero llegó allí sin signos vitales; se deja constancia que se solicitó al médico de turno que certificara la muerte del interno pero él alegó que no era su paciente asiduo y que como llegó sin signos vitales no podía establecer qué pasó (fls. 28 a 29, c. pruebas).

Respecto de la valoración de las pruebas trasladadas, es necesario precisar que al proceso se trajo copia autenticada de la investigación penal adelantada por la muerte del interno Serna Gil, destacándose que la mayoría del acervo probatorio está conformado por documentos y no obran declaraciones que hubieran tenido que ser ratificadas en el sub lite, de modo que esta Sala les otorgará mérito probatorio y efectuará su valoración conjunta con el resto de las pruebas allegadas.

7. El daño

En el presente proceso el daño lo constituye la muerte del señor Abelardo Antonio Serna Gil, lo cual se acreditó probatoriamente con el registro civil de defunción y el protocolo de necropsia, todos estos documentos públicos que, valorados conjuntamente, permiten tener por cierta la muerte del señor Serna Gil mientras se encontraba recluido en la Cárcel La Picota de Bogotá, el 22 de octubre de 1999.

8. La imputación

Ahora bien, acreditado el daño, debe abordarse el análisis del otro elemento de la responsabilidad, es decir, desde el plano de la imputación, corresponde determinar si la muerte causada, es atribuible a la entidad demandada.

En los eventos en que se produce la muerte de un recluso al interior de un centro carcelario, ha considerado la jurisprudencia, que el análisis de responsabilidad que debe efectuarse es el correspondiente al régimen objetivo, teniendo en cuenta que el sujeto está retenido por orden de autoridad competente y al quedar a disposición de las autoridades, surge para el individuo una relación especial de sujeción ya que no ingresa voluntariamente al centro de detención, razón por la cual sus derechos sufren importantes limitaciones pero también nace el deber correlativo de la entidad de garantizar su seguridad personal y también otros derechos como el de la salud y en especial el derecho a la vida y la integridad personal, teniendo en cuenta la indefensión a la cual están sometidas las personas privadas de la libertad.

Así lo ha dicho la Sala:

“... razón por la cual la jurisprudencia de la Sala ha considerado que el régimen de responsabilidad que procede es el objetivo, en el cual dicha responsabilidad surge independientemente de la conducta de la entidad demandada, por el solo hecho de que una persona confinada en un establecimiento carcelario por cuenta del Estado, pierda la vida o sufra lesiones en su integridad física, de tal manera que la Administración no podrá eximirse de responsabilidad mediante la aportación de pruebas tendientes a acreditar que cumplió las obligaciones a su cargo y que no incurrió en falla del servicio; sólo podría desvirtuar tal responsabilidad, mediante la comprobación de una causa extraña. No obstante lo anterior, la Sala considera que, además de operar la responsabilidad objetiva como título de imputación general en esta clase de eventos, cuando surja comprobada dentro del proceso una falla del servicio como causante del hecho dañoso por el cual se reclama - lesiones físicas o deceso de una persona detenida o privada de su libertad-, es necesario evidenciarla en la sentencia que profiera esta Jurisdicción, para efectos de que la Administración tome nota de sus falencias y adopte los correctivos que considere necesarios, por cuanto para deducir la responsabilidad de la Administración, basta que el daño se haya producido respecto de una persona privada de la libertad y puesta bajo su tutela y cuidado. Es claro entonces, que mientras en la generalidad de los casos en los que se comprueba la falla del servicio, la Administración puede eximirse de responsabilidad mediante la comprobación, no sólo de una causa extraña, como sería la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero, sino también a través de la prueba de su obrar prudente y diligente en el exacto cumplimiento de las obligaciones y deberes a su cargo, en estos casos específicos de daños a personas privadas de la libertad, por tratarse de eventos de responsabilidad objetiva, la única forma en que la Administración se puede liberar

*de la responsabilidad que surge a su cargo, es precisamente a través de la comprobación de una causa extraña*⁴

La misma Jurisprudencia de la Corporación ha decantado que cuando se aplica la responsabilidad objetiva, la entidad se exonera probando una causa extraña, es decir, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero.

El INPEC adujo en su defensa, que la muerte del recluso fue producto de una enfermedad que padecía antes de ingresar al centro carcelario y que en el penal recibió tratamiento adecuado pero falleció por complicaciones propias de su patología.

Pues bien, el análisis de la historia clínica allegada al proceso permite establecer que si bien no aparece un examen físico al ingresar, en la primera oportunidad en que es valorado por la sección de sanidad de la cárcel La Picota se consignó que el señor Serna Gil sufría de asma crónica y más adelante se registró que el paciente a menudo presentaba crisis asmáticas fuertes sobre todo por el frío debido a que tenía que dormir en el piso, porque no tenía colchón.

De igual manera consta en la historia clínica que en repetidas oportunidades el señor Serna fue atendido en el centro de reclusión y también hospitalizado varias veces, pero de lo allí consignado no es posible deducir si recibió un tratamiento médico integral, con seguimiento continuo de la enfermedad que le permitiera controlar su evolución o por lo menos morigerar su sintomatología, teniendo en cuenta que la atención médica constituye una obligación a cargo de la administración, de la cual no puede sustraerse, por cuenta de las relaciones especiales de sujeción que gobiernan el vínculo existente entre los reclusos y las autoridades carcelarias.

Lo que si resulta evidente es que en el sub judice, la actuación de las autoridades se limitó a prestar el servicio médico (al parecer para solucionar las urgencias en

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 28 de 2010, rad 18271, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

momentos de crisis) pero no se buscaron soluciones adecuadas a su problema, ya que si clínicamente se conocía que el clima era un factor con alta incidencia en el manejo de la enfermedad, ha debido solicitarse su traslado a otra ciudad y en caso de no ser esto posible, implementar medidas alternas –dentro de las limitaciones que se viven al interior de los centros carcelarios- tendientes a aliviar su precaria condición médica, tales como proveerle lo necesario para que no tuviera que dormir en el piso o suministrarle el oxígeno ordenado para mejorar su respiración, pero nada de esto ocurrió, con lo cual se desconocieron las normas del Código Penitenciario y Carcelario que permiten el traslado del interno y también establecen que la dirección de sanidad debe velar por la salud de los internos.

Al respecto en reciente pronunciamiento de esta Sala se afirmó:

“En ese sentido, el Código Penitenciario y Carcelario (ley 65 de 1993), en materia de asistencia médica, establece ciertas obligaciones para los centros de reclusión, como lo son el examen médico de ingreso⁵, el traslado originado en el estado de salud del recluso o ante la falta de elementos para su debido tratamiento⁶, así mismo consagra que es deber del servicio de sanidad velar por la salud de los internos⁷, aspectos que fueron omitidos frente al señor Carlos Mario Gómez.

Por esa misma razón, se equivoca el a quo al señalar que la enfermedad que padecía el recluso la venía sufriendo desde hacía cinco años, lo cual por demás

⁵ “ARTÍCULO 61. EXAMEN DE INGRESO. Al momento de ingresar un sindicado al centro de reclusión, se le abrirá el correspondiente prontuario y deberá ser sometido a examen médico, con el fin de verificar su estado físico para la elaboración de la ficha médica correspondiente. Si el sindicado se encontrare herido o lesionado será informado de este hecho el funcionario de conocimiento. En caso de padecer enfermedad infectocontagiosa será aislado. Cuando se advierta anomalía psíquica se ordenará inmediatamente su ubicación en sitio especial y se comunicará de inmediato, al funcionario de conocimiento, para que ordene el examen por los médicos legistas y se proceda de conformidad.”

⁶ “ARTÍCULO 75. CAUSALES DE TRASLADO. Son causales del traslado, además de las consagradas en el Código de Procedimiento Penal:

“1. Cuando así lo requiera el estado de salud, debidamente comprobado por médico oficial.

“2. Falta de elementos adecuados para el tratamiento médico. (...)”.

⁷ “ARTÍCULO 104. SERVICIO DE SANIDAD. En cada establecimiento se organizará un servicio de sanidad para velar por la salud de los internos, examinarlos obligatoriamente a su ingreso al centro de reclusión y cuando se decrete su libertad; además, adelantará campañas de prevención e higiene, supervisará la alimentación suministrada y las condiciones de higiene laboral y ambiental.

“Los servicios de sanidad y salud podrán prestarse directamente a través del personal de planta o mediante contratos que se celebren con entidades públicas o privadas.”

no está acreditado, pues si bien había sido intervenido en esa pierna ello tuvo un origen diferente⁸, y ese sólo hecho no facultaba al centro carcelario a negar la atención médica requerida, máxime cuando el señor Gómez no podía ni caminar, es decir, la antigüedad de una lesión no es óbice para una debida prestación en materia de salud y por un trato acorde a su condición de ser humano.

Es importante destacar que el señor Carlos Mario Gómez estaba bajo la absoluta seguridad y protección del Inpec, dada la relación de especial sujeción entre el recluso y el Estado⁹.

Así las cosas, comprobados los elementos que dan lugar a la aplicación de responsabilidad objetiva, a saber, que se produjo un daño y que éste fue respecto de una persona privada de la libertad y puesta bajo tutela y cuidado del establecimiento carcelario, procede entonces la atribución de responsabilidad a la entidad demandada.

9. Los Perjuicios

9.1. Perjuicios morales

Se entiende por perjuicio moral la aflicción, dolor, angustia y los otros padecimientos que sufre la persona con ocasión del evento dañoso y que deben ser indemnizados en aplicación del principio general de reparación integral.

De tiempo atrás el Consejo de Estado ha establecido que tratándose de los padres, hermanos, hijos y abuelos basta la acreditación del parentesco para que se presuma el perjuicio moral, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que la muerte de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, por las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, surgidas en el ámbito de la familia.

En efecto, aunque inicialmente se exigía prueba del perjuicio moral cuando se trataba de hermanos mayores de edad, esta Corporación modificó su posición

⁸ De conformidad con la historia clínica fue operado de una lesión vascular con excelentes resultados.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de marzo 14 de 2012, rad 21848, C.P. Enrique Gil Botero.

para extender la presunción hasta los parientes en segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales, señalando que la administración tiene la oportunidad de demostrar el debilitamiento de las relaciones familiares cuando estime que ello es procedente¹⁰.

Por ello, la Corporación ha aceptado que con la simple acreditación de la relación de parentesco existente se presume el dolor sufrido por los parientes¹¹, de modo que al allegarse al proceso las partidas de bautismo en el caso de la madre y una de las hermanas nacida en 1933 y los registros civiles de los hermanos y la hija de la víctima, eso es suficiente para que se ordene el reconocimiento de perjuicios morales.

En el sub judice se probó el parentesco existente entre los demandantes y la víctima, y además, los testimonios rendidos en el proceso son contestes en afirmar que existían lazos de cercanía y unión familiar entre ellos y por otra parte, la entidad no desvirtuó la presunción de la aflicción, por lo que se concederán los perjuicios morales solicitados por los hermanos de la víctima, los cuales se fijarán en 100 salarios mínimos mensuales vigentes, para la señoras Rosana Gil de Serna y 100 SMMLV para Noralba Serna Gil y 50 SMMLV, para cada uno de los hermanos.

9.2. Perjuicios materiales

En relación con los perjuicios materiales por daño emergente, los cuales fueron solicitados para la señora Noralba Serna Gil, por concepto de gastos funerarios, en prueba de lo cual se aportó la factura correspondiente, documento respecto del cual la entidad demandada no solicitó su ratificación y obrando desde el primer momento en el proceso no fue tachado de falso ni controvertido sino en los alegatos de conclusión en segunda instancia, por lo tanto puede ser valorado en el presente proceso.

¹⁰ Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia de 30 de agosto de 2007; rad 15.724, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 25 de 2012, rad 22708; C.P. Olga Valle de De la Hoz.

En la factura consta que el pago se realizó por valor de \$1.245.000, suma que deberá ser actualizada con la fórmula utilizada por esta Corporación, así:

VA Vh I Final

I Inicial

VA = \$1.245.000 111.81 (diciembre 2012)

56.43 (octubre 1999)

VA= \$ 2.466.944

En relación con los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, por la ayuda dejada de percibir, se precisa que ellos fueron solicitados solo para su madre, puesto que al momento de los hechos la hija tenía 35 años, teniendo en cuenta que al momento de su muerte el señor Abelardo Antonio Serna Gil tenía 56 años de edad, pero según las declaraciones obrantes en el proceso antes de ser detenido vivía con ella y le ayudaba a su sostenimiento.

No obstante lo anterior, a juicio de la Sala, los perjuicios materiales no pueden ser reconocidos ya que no se probó que al interior del penal el señor Serna Gil percibiera algún tipo de ingreso y no puede aplicarse la presunción de que al salir del sitio de reclusión devengaría al menos un salario mínimo, teniendo en cuenta que fue condenado a pena de prisión de 42 años y tres meses, de los cuales había cumplido solamente dos años puesto que su captura se produjo el 12 de junio de 1997, de manera que al restarle 40 años por cumplir, dicho lapso supera ampliamente la vida probable de la señora Rosana Gil, quien a la fecha de los hechos contaba con 86 años de edad.

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

FALLA

REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de julio de 2003 y en su lugar se dispone:

PRIMERO Declarar que el INPEC es responsable por la muerte del señor Abelardo Antonio Serna Gil, ocurrida el 22 de octubre de 1999, en la cárcel La Picota de Bogotá.

SEGUNDO Como consecuencia de lo anterior, se ordena que el INPEC pague las siguientes sumas:

- a) Por perjuicios morales, a las señoras Rosana Gil de Serna y Noralba Serna Gil, el equivalente a 100 SMMLV para cada una, y a los señores Esthercilia Serna Gil, Aurelina Serna Gil, Ana Carlina Serna Gil, Libardo Antonio Serna Gil, Isaura Serna Gil, el equivalente a 50 SMMLV, para cada uno.
- b) Por perjuicios materiales en su concepto de daño emergente, a la señora Noralba Serna Gil, la suma de \$ \$ 2.466.944.

TERCERO Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

QUINTO En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

INDEBIDA APLICACIÓN DEL TITULO DE IMPUTACION - Se decidió por responsabilidad objetiva cuando fáctica y jurídicamente era imputable responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario por falla del servicio

La sentencia en cuestión al analizar los títulos de imputación referentes a los daños causados en recluso, bien sea por lesiones o muerte, determinó que el análisis debía circunscribirse en el régimen objetivo, en atención a las relaciones de especial sujeción, por cuanto los derechos de éstos se ven limitados y, debe surgir para la administración, el deber de garantía de seguridad personal y la protección de los derechos como la salud y la vida. (...) En desarrollo de esta consideración, el juez al analizar las circunstancias y aspectos fácticos, así como el acervo probatorio, fundamentará y adoptará las razones jurídicas con las cuales resolverá el caso en cuestión, sin que exista una camisa de fuerza para aplicar, de manera principal, el régimen objetivo y si éste no es aplicable, analizar el caso bajo el régimen subjetivo (falla en el servicio). En el presente asunto, teniendo en cuenta el estado de salud en el que se encontraba el señor Serna Gil, el problema jurídico no radica solamente en determinar si la prestación del servicio médico fue el oportuno y/o adecuado. También es determinante observar que al conocer que el paciente al padecer una enfermedad de base (asma crónica) fue deteriorándose su estado de salud entre otras cosas, por el frío, debido a que tenía que dormir en el piso porque no tenía un "colchón". La sentencia entra en una contradicción al sostener que existió un desconocimiento de las normas del código Penitenciario y carcelario, para luego concluir que se aplicaría la responsabilidad objetiva, en atención a que el señor Serna Gil era un persona privada de la libertad y fue puesta bajo la tutela y cuidado del centro carcelario. (...) contrario a lo sostenido en la sentencia, se observa fehacientemente que le era imputable fáctica y jurídicamente al INPEC por la falla en el servicio, la muerte del señor Serna Gil,

debido a la omisión o incumplimiento de los deberes normativos consagrados en la ley 65 de 1993

FALLA DEL SERVICIO DE ESTABLECIMIENTO CARCELARIO - Por no contar recluso con mínimo de dotación oficial / FALLA DEL SERVICIO DE CENTRO CARCELARIO - Por falta de tratamiento de patología que padecía recluso

El recluso no contaba con el mínimo de dotación en su celda, como una cama, incumplimiento de una regla general, debido a que si bien la persona estaba cumpliendo una pena por el delito de homicidio agravado en el centro carcelario, tal situación no lo hace ajeno a una protección básica y a un reconocimiento indiscutible de la dignidad humana. Así mismo, si bien el recluso tenía una patología o enfermedad que había sido tratada en distintas ocasiones, de conformidad con la copia auténtica de la historia clínica allegada al plenario, lo cierto es que la misma no fue cumplida a cabalidad. No se exige de la entidad penitenciaria en resultado satisfactorio en la mejoría completa del recluso, pero sí un seguimiento constante a su estado de salud, a la utilización de mecanismos alternativos para preservar la integridad física y salud del mismo

AUSENCIA COMPLETA DE MOTIVACION PARA TASACION DE PERJUICIOS MORALES - El juez contencioso administrativo debe motivar su decisión

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 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”

TASACION Y LIQUIDACION DE PERJUICIOS MORALES - El juez contencioso administrativo debe motivar su decisión

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 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”. 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. (...) 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.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS MORALES - Empleando test de proporcionalidad

La liquidación de los perjuicios morales debe sujetarse al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales, las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal. En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad desde la perspectiva del juicio de igualdad, y de la necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad. Luego, ante la potencial desproporción que pueda representarse en la liquidación de los perjuicios morales, atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando un ejercicio exagerado de la mera liberalidad del juez, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia, procede, dentro del arbitrio judicial y en los términos de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente motivación y ponderación. (...) Ahora bien, en cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, éste comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Tasación y liquidación de perjuicios morales

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

frente “a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas, el perjuicio estético causado o el daño a la reputación. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. (...) Luego, teniendo en cuenta la argumentación anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral se sujetará no sólo a ésta, sino a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc.), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) ponderar la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario, cuando se produzca dicha vulneración.

INDEBIDA ACTUALIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente concedidos en la sentencia

La decisión adoptada en sentencia de 30 de enero de 2013 reconoció por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente el valor de \$2.466.944 pesos. Sin embargo, haciendo una estricta revisión del IPC final (diciembre de 2012) que se requiere para actualizar el valor correspondiente al daño emergente, el IPC correcto es de 111,82 de conformidad con el cuadro oficial publicado por el DANE en su página de internet. Por lo tanto, al efectuar la operación de se tiene que: $\$1.245.000 (111,82/56.43) = \$2.467.054,75$. En atención a lo anterior, este debió ser el valor reconocido en favor de los demandantes.

ACLARACIÓN DE VOTO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01156-01(25573)

Actor: ROSANA GIL DE SERNA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Con el respeto y consideración acostumbrada, aunque compartí la decisión adoptada en la sentencia de 30 de enero de 2013, de manera respetuosa me permito aclarar voto en los siguientes aspectos: 1) Indebida aplicación del título de imputación; 2) Ausencia completa de motivación y liquidación de los perjuicios morales concedidos; 3) Indebida actualización de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente concedidos en la sentencia.

1) Indebida aplicación del título de imputación

La sentencia en cuestión al analizar los títulos de imputación referentes a los daños causados en recluso, bien sea por lesiones o muerte, determinó que el análisis debía circunscribirse en el régimen objetivo, en atención a las relaciones de especial sujeción, por cuanto los derechos de éstos se ven limitados y, debe surgir para la administración, el deber de garantía de seguridad personal y la protección de los derechos como la salud y la vida. (Fls. 11 y 12 de la sentencia)

Conforme a las anteriores consideraciones, es importante destacar que con fundamento en la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera el 23 de agosto de 2012,

“(...) la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación. Por ello se concluyó en la mencionada sentencia de la siguiente forma:

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia (...)”¹²¹³. (Subrayado fuera de texto)

En desarrollo de esta consideración, el juez al analizar las circunstancias y aspectos fácticos, así como el acervo probatorio, fundamentará y adoptará las razones jurídicas con las cuales resolverá el caso en cuestión, sin que exista una

¹² Ídem.

¹³ Expediente: 18001-23-31-000-1999-00454-01 (24392)

camisa de fuerza para aplicar, de manera principal, el régimen objetivo y si éste no es aplicable, analizar el caso bajo el régimen subjetivo (falla en el servicio).

En el presente asunto, teniendo en cuenta el estado de salud en el que se encontraba el señor Serna Gil, el problema jurídico no radica solamente en determinar si la prestación del servicio médico fue el oportuno y/o adecuado. También es determinante observar que al conocer que el paciente al padecer una enfermedad de base (asma crónica) fue deteriorándose su estado de salud entre otras cosas, por el frío, debido a que tenía que dormir en el piso porque no tenía un "colchón".

La sentencia entra en una contradicción al sostener que existió un desconocimiento de las normas del código Penitenciario y carcelario, para luego concluir que se aplicaría la responsabilidad objetiva, en atención a que el señor Serna Gil era un persona privada de la libertad y fue puesta bajo la tutela y cuidado del centro carcelario. (Fls. 13 y 14 sentencia)

Bajo los anteriores presupuestos, se observa de manera patente que la entidad demandada desconoció efectivamente las normas contenidas en la ley 65 de 1993, especialmente los artículos 52¹⁴, 54¹⁵ y 104¹⁶ y 106¹⁷.

¹⁴ ARTÍCULO 52. REGLAMENTO GENERAL. El INPEC expedirá el reglamento general, al cual se sujetarán los respectivos reglamentos internos de los diferentes establecimientos de reclusión. Este reglamento contendrá los principios contenidos en este Código, en los convenios y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia.

Establecerá, así mismo, por lo menos, las normas aplicables en materia de clasificación de internos por categorías, consejos de disciplina, comités de internos, juntas para distribución y adjudicación de patios y celdas, visitas, "la orden del día" y de servicios, locales destinados a los reclusos, higiene personal, vestuario, camas, elementos de dotación de celdas, alimentación, ejercicios físicos, servicios de salud, disciplina y sanciones, medios de coerción, contacto con el mundo exterior, trabajo, educación y recreación de los reclusos, deber de pasarse lista por lo menos dos veces al día en formación ordenada. Uso y respeto de los símbolos penitenciarios.

¹⁵ ARTÍCULO 64. CELDAS Y DORMITORIOS. Las celdas y dormitorios permanecerán en estado de limpieza y de aireación. Estarán amoblados con lo estrictamente indispensable, permitiéndose solamente los elementos señalados en el reglamento general (...).

¹⁶ ARTÍCULO 104. SERVICIO DE SANIDAD. En cada establecimiento se organizará un servicio de sanidad para velar por la salud de los internos, examinarlos obligatoriamente a su ingreso al centro de reclusión y cuando se decrete su libertad; además, adelantará campañas de prevención e higiene, supervisará la alimentación suministrada y las condiciones de higiene laboral y ambiental. Los servicios de sanidad y salud podrán prestarse directamente a través del personal de planta o mediante contratos que se celebren con entidades públicas o privadas.

¹⁷ ARTÍCULO 106. ASISTENCIA MEDICA. Todo interno en un establecimiento de reclusión debe recibir asistencia médica en la forma y condiciones previstas por el reglamento. Se podrá permitir la atención por médicos particulares en casos excepcionales y cuando el establecimiento no esté en capacidad de prestar el servicio (...) El Director del establecimiento de reclusión queda autorizado, previo concepto del médico de planta, a ordenar el traslado de un interno a un centro hospitalario en los casos de enfermedad grave o intervención quirúrgica, bajo las medidas de seguridad que cada caso amerite.

Por una parte, el recluso no contaba con el mínimo de dotación en su celda, como una cama, incumplimiento de una regla general, debido a que si bien la persona estaba cumpliendo una pena por el delito de homicidio agravado en el centro carcelario, tal situación no lo hace ajeno a una protección básica y a un reconocimiento indiscutible de la dignidad humana. Así mismo, si bien el recluso tenía una patología o enfermedad que había sido tratada en distintas ocasiones, de conformidad con la copia auténtica de la historia clínica allegada al plenario, lo cierto es que la misma no fue cumplida a cabalidad. No se exige de la entidad penitenciaria un resultado satisfactorio en la mejoría completa del recluso, pero sí un seguimiento constante a su estado de salud, a la utilización de mecanismos alternativos para preservar la integridad física y salud del mismo.

Por lo tanto, contrario a lo sostenido en la sentencia, se observa fehacientemente que le era imputable fáctica y jurídicamente al INPEC por la falla en el servicio, la muerte del señor Serna Gil, debido a la omisión o incumplimiento de los deberes normativos consagrados en la ley 65 de 1993.

2) Ausencia completa de motivación y liquidación de los perjuicios morales concedidos.

En la providencia en comento, la posición mayoritaria de la Subsección consideró que como estaba establecido el parentesco, se presumía el dolor sufrido por los parientes, por cuanto al allegarse al plenario las partidas de bautismo en el caso de la madre y una de las hermanas y, por otro lado, con los registros civiles de los hermanos e hija de la víctima, era suficiente para ordenar el reconocimiento de los perjuicios morales, condenando a 100 smlmv para la madre y 100 smlmv para hija del causante; y por otro lado, 50 para cada uno de los hermanos. Sobre este aspecto, considero que no existe una base sólida para motivar el quantum indemnizatorio con base en los siguientes argumentos:

2.1 Para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, el juez contencioso administrativo debe motivar su decisión.

2.1.1 Motivación para la tasación de los perjuicios morales.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, 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, 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 la 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).

En la misma línea esta Sub-sección desde junio de 2011 viene afirmando la necesidad de motivar razonadamente la tasación de los perjuicios morales, con fundamento no solamente en la presunción de aflicción derivada de la mera constatación del parentesco, sino considerando de las pruebas allegadas, una serie de criterios o referentes objetivos que permitan la cuantificación del perjuicio moral de una manera razonada, proporcional y, especialmente ponderada, en consideración a cada caso, y no como una regla en abstracto.

La unificación sostenida en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 exige, además, que la Sub-sección advierta la necesidad de

estudiar, analizar y leer juiciosamente la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expediente 13232-15646), para extraer los argumentos que pueden servir de sustento al sentido correcto de la tasación de los perjuicios morales, en concordancia con la sentencia de 23 de agosto de 2012 (sin olvidar que en la misma, la Sala Plena de la Sección Tercera resolvió un caso en materia de accidente de tránsito):

a) El planteamiento inicial de la Sección Tercera es que demostradas “las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexó afectivo importante (...) 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” (subrayado fuera de texto); b) “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” (subrayado fuera de texto); c) luego, bastaría “entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes” (subrayado fuera de texto); d) de acuerdo con la sentencia de 21 de julio de 1922, de la Corte Suprema de Justicia, el quantum indemnizatorio del perjuicio moral cabe “fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir qué derechos de alta importancia quedan desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapa a la acción de las leyes (...) podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta dos mil pesos” (subrayado fuera de texto); e) a su vez, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la sentencia de 27 de septiembre de 1974 consideró que “teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido en una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad” (subrayado fuera de texto), de tal manera que “cuando el perjuicio pudiera ser de grado inferior, por cualquier causa, como cuando es más lejano el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, debía fijarse una suma prudencialmente menor” (subrayado fuera de texto); f) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta 2001 argumentó que “las sumas fijadas no tienen el carácter de topes obligatorios para los falladores de las instancias, dado que a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil; constituyen, simplemente, una guía para los jueces inferiores, que deben ceñirse a

su prudente juicio, al tasar los perjuicios morales (subrayado fuera de texto); g) de acuerdo con la Aclaración de Voto de Fernando Hinestrosa a la sentencia del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1982: “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” (subrayado fuera de texto); h) así mismo, “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” (subrayado fuera de texto); i) 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” (subrayado fuera de texto); j) “la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia” (subrayado fuera de texto); k) 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” (subrayado fuera de texto); l) 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” (subrayado fuera de texto); ll) la jurisdicción contencioso administrativa debe sujetarse a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998; y, m) 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” (subrayado fuera de texto).

De los anteriores argumentos no cabe la menor duda que la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 ha venido siendo deformada, de tal manera que en la actualidad sólo interesa citar aquellos apartes en los que el sustento del *arbitrium judicis* aparece descontextualizado de todo el elemento argumentativo completo que utilizó la Sala en dicha providencia, lo que

plantea una seria preocupación no sólo frente al respeto del principio de igualdad, sino del debido proceso y del efectivo acceso a la administración de justicia.

Cabe resaltar que la sentencia de 6 de septiembre de 2001 establece como obligación del juez contencioso administrativo la necesidad de motivar razonada, proporcional y ponderadamente la tasación de los perjuicios morales, sin fijar límite alguno en cuanto al método a utilizar. En ese sentido, y ya valorada correctamente dicha providencia se puede considerar: a) la distinción que hace entre reconocer, tasar y liquidar el perjuicio moral; b) ciertos criterios en los que el juez puede apoyarse al momento de tasar y liquidarlo: reglas de la experiencia; nexo afectivo importante; relación hijo y progenitora; cercanía o lejanía del vínculo de parentesco; circunstancias de las víctimas directas e indirectas frente al padecimiento (por muerte o lesiones); discrecionalidad razonada y fundada en las pruebas allegadas al proceso; debe compararse la situación debatida con otras ya decididas (afirmación jurídicamente correcta del precedente horizontal); analizar los diferentes aspectos que comparativamente determinen cada una de las situaciones, tener en cuenta el “valor real de la indemnización”; y, determinar la intensidad y sufrimiento de gran profundidad “superior a muchos de los pesares imaginables”; c) además, la sentencia de 6 de septiembre de 2001 si bien no fija método o forma de tasar y liquidar el perjuicio moral, señala claramente que “con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias” (subrayado fuera de texto), con lo que una alternativa puede ser la metodología del “test de proporcionalidad”, o cualquier otra que se elabore, ya sea por cada Sub-sección, o por la Sala Plena de la Sección Tercera.

Por este motivo, es necesario que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, atienda la observación coincidente de esta Sala, de las aclaraciones de voto y de los usuarios que plantean tutelas con argumentos similares, de examinar el alcance que se le ha dado a la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expedientes 13232-15646), y de su ajuste a la más reciente jurisprudencia constitucional e interamericana de derechos humanos, en aras de preservar las garantías fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la reparación integral. Lo anterior, y dando continuidad a la argumentación de la mencionada sentencia, para que se entienda que “la afirmación de la independencia del juez implica la asunción, por parte de éste, de

una responsabilidad mayor. Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables” (subrayado fuera de texto).

Para la tasación de los perjuicios morales, además, cabe estudiar la más reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional que por vía de tutela REVOCÓ varias providencias de la jurisdicción contencioso administrativa, que sustentadas en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001, no cumplieron con las garantías constitucionales al tasar y liquidar los perjuicios morales a los que estaba llamada a pagar la administración pública, fijando sumas sin la razonabilidad, proporcionalidad y ponderación exigible.

De acuerdo con lo argumentado en la sentencia T-351, de 5 de mayo de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca), cabe extraer: siguiendo la sentencia de 6 de septiembre de 2001 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Corte Constitucional considera: a) “el daño moral puede probarse por cualquier medio probatorio”; b) “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)”; c) 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”; d) 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”; e) “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”; y, f) lo “que la alta Corporación ha sentado es una presunción (por cierto desvirtuable), de que la muerte de un ser querido causa profunda aflicción y, en consecuencia, procede el pago del monto más alto de perjuicios morales como compensación por la *intensidad* de la aflicción. Lo que indica esta aclaración es que el monto máximo no está ligado inescindiblemente a la muerte de un ser querido, pues por las razones expuestas, no se “paga” a ese ser humano. Ese monto está ligado a la consideración de que, en el caso concreto, se presenta una *grave aflicción*, conclusión a la que puede llegar el juez mediante cualquier tipo de argumento práctico racional que se enmarque en parámetros de equidad y razonabilidad, como presupuesto de la vigencia del principio de igualdad de trato a los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales”.

Ahora bien, en la sentencia T-464 de 9 de junio de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, la Corte Constitucional consideró: a) “ante tal valoración, no se haya justificado por qué el incremento de los perjuicios causados se estimó en el máximo que ha definido la jurisprudencia. De hecho, la Sala echa de menos que a pesar de que explícitamente se consideró el daño ocasionado por la muerte de un ser querido, estimándolo como más intenso, no se haya justificado por qué la cuantificación de la frustración por no obtener el título de abogado por tres años iguala tal situación”; b) sin “perjuicio del arbitrio citado, para cuantificar el daño el Tribunal se encontraba obligado a atender los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y los criterios adscritos a los conceptos de “reparación integral” y de “equidad” consignados en el artículo 16 de la Ley 446 de

1998. Como se advirtió, la amplitud de la citada disposición, no constituye carta abierta para que se definan cantidades dinerarias arbitrarias. Por el contrario, es absolutamente necesario atender las particularidades del caso y definir, por lo menos, qué aspectos hacen equiparable el caso con la pérdida definitiva de un ser querido”; y, c) “la ausencia de argumentos que expliquen por qué a la acción de reparación directa invocada (...) le es aplicable el monto máximo del perjuicio moral, llevan a que la Sala considere tal determinación como arbitraria y, por tanto, vulneradora de los derechos a la igualdad y al debido proceso” (subrayado fuera de texto).

Finalmente, en la más reciente sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (acción de tutela del ICFES contra las sentencias del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca) la Corte Constitucional planteó la siguiente argumentación que debe observar el juez contencioso administrativo, desde la perspectiva de las garantías a la igualdad y al debido proceso: a) de acuerdo con la jurisprudencia “sobre perjuicios morales del Consejo de Estado, para que haya lugar a la reparación (i) basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. En segundo lugar se indica que (ii) corresponde al juez ‘tasar discrecionalmente’ la cuantía de su reparación”; b) a su vez, dicha jurisprudencia “da tres elementos de juicio para poder esclarecer qué implica el término “discrecionalmente” a saber: (1) la manera como el criterio fue aplicado al caso concreto; (2) los criterios que añade el Consejo de Estado y, finalmente (3) la cita al pie de página que fundamenta la posición de la sentencia”; c) los “criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) tener en cuenta “*la gravedad objetiva de la lesión*”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos”; d) “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”; e) 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. En tal medida, por ejemplo, demostrar

detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales. 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”; f) “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”; y, g) “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. Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminadoras”.

Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la Sala no puede llamarse a lecturas parciales, acomodadas y dirigidas a justificar forzosamente el arbitrio iudicium (*arbitrium iudicis*), sino a ejercer con plena objetividad la labor de análisis que demanda el respeto por las garantías constitucionales que merecen, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En ese sentido, considero después de un estudio y análisis objetivo e imparcial de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de septiembre de 2009 (expediente 20001-3103-005-2005-00406-01, caso de muerte por electrocución), que en sede de la jurisdicción civil ordinaria, la tasación y liquidación de los perjuicios morales atiende a los siguientes criterios: a) la “cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya

valoración se efectúa ex post sin permitir la absoluta reconstrucción del status quo ante (subrayado fuera de texto); b) de acuerdo con la dilatada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de 10 de marzo de 1994; de 5 de mayo de 1999 –expediente 4978-; de 25 de noviembre de 1999 –expediente 3382-; de 13 de diciembre de 2002 –expediente 7692-; y, de 15 de octubre de 2004 –expediente 6199-), “es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada” (subrayado fuera de texto); c) “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” (subrayado fuera de texto); d) para la valoración del quantum (tasación y liquidación) de los perjuicios morales fija una serie de criterios: “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” (subrayado fuera de texto); e) contrario a la regla general que propone la Sala dar continuidad, la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada considera que la valoración del quantum “es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción” (subrayado fuera de texto), esto es, que debe atender a cada caso y no como resultado de la aplicación de reglas generales que si se convierten en “tabla de punto” o, en criterio objetivo encubierto; f) “se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos” (subrayado fuera de texto); y, finalmente, g) “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” (subrayado fuera de texto).

En tanto que estudiada objetiva e imparcialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considero relevante destacar los siguientes criterios para la tasación y liquidación de los perjuicios morales: a) “a Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, e impotencia”; b) en “Mack Chang v. Guatemala, por ejemplo, la Corte ponderó las graves circunstancias del caso, así como el agudo sufrimiento de la víctima y sus familiares”; c) en el caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, la Corte consideró que “es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el desconocimiento de lo sucedido a un hijo o hermano, máxime cuando se ve agravado por la impotencia ante la falta de las autoridades estatales de emprender una investigación diligente sobre lo sucedido”; finalmente, en los caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, y Aleboetoe contra Suriname, la Corte se apoyó en pruebas psicológicas para poder liquidar el perjuicio moral.

Para el caso específico la motivación de la decisión judicial por medio de la que se ordena reconocer, tasar los perjuicios morales puede encontrar sustento en la

teoría de la argumentación jurídica entre cuyos postulados se encuentra:

“(...) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos.

2. Estos argumentos han de tener tres propiedades que podemos denominar formales: no deben contener inferencias erróneas, no deben ser incompletos, en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explicitadas, y han de ser pertinentes, es decir, tienen que versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar.

3. Estos argumentos debe ser convincentes o, si se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por cualquier observador imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica. Este requisito plantea la necesidad de que, como mínimo, dichos argumentos sean admisibles, y que lo sean por estar anclados en o ser reconducibles a algún valor esencial y definitorio del sistema jurídico propio de un Estado constitucional de derecho.

La satisfacción de esas exigencias es condición de que la decisión judicial merezca el calificativo de racional conforme a los parámetros mínimos de la teoría de la argumentación. Con ello se comprueba que la racionalidad argumentativa de una sentencia no depende del contenido del fallo, sino de la adecuada justificación de sus premisas”.

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 Derecho, 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 guidizio>, 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”

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 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”.

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.

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”. 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”.

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 porque 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” (subrayado fuera de texto).

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” (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”, 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*. 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*”.

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 cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a los bienes muebles o inmuebles que resulten afectados; 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodología para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el “quantum” indemnizatorio.

Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles). Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes, sino que debe considerarse las circunstancias de cada caso en concreto, las singularidades de los sujetos, de

los grupos familiares y la aplicación de los anteriores criterios. Sin embargo, una vez definidos los criterios o referentes objetivos (como lo señala la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 23492), cabe determinar el “quantum” indemnizatorio, para lo que cada juez en el ejercicio de su razonado arbitrio puede emplear el método, o metodología, que permita una ponderada dosificación, siendo para este caso procedente la aplicación de la metodología del “test de proporcionalidad”, como expresión de la debida continuidad de las sentencias de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 y de 23 de agosto de 2012.

2.1.2 Liquidación de los perjuicios morales empleando el test de proporcionalidad como expresión del arbitrium iudicis.

La más reciente sentencia de la Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 23492), no limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en ejercicio de su “arbitrium iudicis” determinara el “quantum” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del “test de proporcionalidad”, ya que, se reitera la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena, se “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” (negrita y subrayado fuera de texto).

La premisa inicial que plantea la Sala es que la discrecionalidad que el legislador le otorgó al juez, en el marco del artículo 16 de la ley 446 de 1998, en materia de tasación y liquidación de los perjuicios morales no está sujeto a imposiciones jurisprudenciales, ni a limitaciones conceptuales, menos a aquellas con las que pueda socavarse no sólo su libre ejercicio por el juez, sino que se condicione de tal manera que se convierta una construcción jurisprudencial en precedente

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

De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa, ni en tabla de punto al ser aplicable sólo al caso en concreto) la metodología del test de proporcionalidad, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, teniendo en cuenta los mínimos criterios objetivos empleados para la tasación (una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces”), de tal manera que al indemnizar los perjuicios morales como materialización del derecho a la reparación integral, ésta no sea absoluta, sino ponderadamente se corresponda con la afectación en la esfera moral, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la verificación de los criterios objetivos, permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral (porque así como la “intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”, también cabe afirmarlo del perjuicio moral indemnizable que no puede ser desproporcionado en relación

con la afectación que se produce en cada caso y atendiendo a los criterios objetivos) que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y su imputación.

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

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad desde la perspectiva del juicio de igualdad, y de la necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial desproporción que pueda representarse en la liquidación de los perjuicios morales, atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando un ejercicio exagerado de la mera liberalidad del juez, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia, procede, dentro del arbitrio judicial y en los términos de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente motivación y ponderación. En cuanto a esto, en la jurisprudencia constitucional se sostiene que “el análisis de proporcionalidad del límite de cien salarios mínimos legales, se hará

de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala que frente “a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas, el perjuicio estético causado o el daño a la reputación. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva. Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro”.

Ahora bien, en cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, éste comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares que padecen un sufrimiento o aflicción. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de acuerdo a) con las circunstancias de cada caso (cuando de se trata de muerte: violenta, debida a la actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución, por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de lesiones: de acto violento, debida a actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de tortura; cuando se trata de desplazamiento forzado: donde cabe tener en cuenta la pertenencia a una comunidad étnica, campesina o de especial protección; cuando se trata de acto sexual; cuando se trata de la privación de la libertad; cuando afecta el honor y la honra; cuando afecta bienes -muebles o inmuebles- fruto de actos violentos, etc.); b) con la consideración según la cual la medida de la compensación debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental, apego, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales) y los que se citan en la sentencia de la Sala

Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, amor y solidaridad; c) finalmente, con la exigencia según la cual quien afirma la existencia del perjuicio moral tiene una mínima carga para su cuantificación, ya que de sólo de contarse con la presunción de aflicción como criterio, la determinación de su “quantum” obedecerá a los mínimos a reconocer en atención a las circunstancias de cada caso y a los mencionados criterios mínimos objetivos que generalmente sean aplicables, teniendo en cuenta, además, como criterios adicionales para ponderar la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada), o la limitación al ejercicio del derecho a la libertad, al honor, o cuando se trata de la pérdida de muebles o inmuebles.

Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios deben obrar en función de la necesaria ponderación; y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos a la vida e integridad personal.

De los anteriores sub principios, el que adquiere relevancia es el de “proporcionalidad en sentido estricto”, ya que es en él donde la necesaria ponderación de los perjuicios morales opera para tasarlos y liquidarlos razonable y racionalmente. Pero se advierte, la ponderación se sujetará a un doble nivel: a) a criterios mínimos objetivos, que son de general aplicación; y, b) a la tasación teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto.

Luego, teniendo en cuenta la argumentación anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral se sujetará no sólo a ésta, sino a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc.), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) el grado de

afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) ponderar la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario, cuando se produzca dicha vulneración.

3) Indebida actualización de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente concedidos en la sentencia.

La decisión adoptada en sentencia de 30 de enero de 2013 reconoció por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente el valor de \$2.466.944 pesos. Sin embargo, haciendo una estricta revisión del IPC final (diciembre de 2012) que se requiere para actualizar el valor correspondiente al daño emergente, el IPC correcto es de 111,82 de conformidad con el cuadro oficial publicado por el DANE en su página de internet.

Por lo tanto, al efectuar la operación de se tiene que: \$1.245.000 (**111,82/56.43**) = **\$2.467.054,75**. En atención a lo anterior, este debió ser el valor reconocido en favor de los demandantes.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA