

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Uso de arma de fuego por grupo paramilitar y miembros del ejército / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - No se realizó pronunciamiento por el ad quem dado que no fue objeto de impugnación la decisión del tribunal / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - No se acreditó que compañera permanente sufriera perjuicios como tercera damnificada

De conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala no se pronunciará en relación con la excepción de falta de legitimación en la causa por activa frente a la señora Patricia Tarazona declarada probada por el Tribunal de instancia puesto que este punto no fue objeto de la apelación interpuesta por la parte actora y el otro recurrente, Ministerio Público, manifestó estar de acuerdo con esta decisión. (...) la Sala pone de presente que en el sub judice no hay prueba alguna que conduzca a establecer que la señora Sandra Patricia Tarazona era la compañera permanente de la víctima o que sufriera algún tipo de perjuicios en calidad de tercera damnificada

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357

FALTA DE PERSONERIA ADJETIVA - Excepción resuelta por el a-quo no recurrida para pronunciamiento por juez de segunda instancia

En cuanto a la excepción de “falta de personería adjetiva para demandar en representación de las menores Leidy Adriana y Diana Lizeth Contreras Tarazona”, la misma se declaró no probada por el a quo y no fue objeto de apelación, en consecuencia, la Sala no hará pronunciamiento alguno al respecto.

DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte de conductor del Cuerpo Técnico de Investigación, por grupo paramilitar, Teniente y Soldado del ejército con arma de fuego en hechos ocurridos en el Tablazo Municipio de Betulia Santander, quien en cumplimiento de su deber desplazaba personal de la Fiscalía General de la Nación para dar captura a un investigado

En el sub judice se encuentra demostrado el daño antijurídico sufrido por la parte actora, esto es la muerte del señor Antonio Contreras Calderón, en hechos ocurridos el 22 de junio de 1994, en la vereda El Tablazo del Municipio de Betulia, Santander, como consecuencia de las heridas que le fueron propinadas con un arma de fuego, conforme se hace constar en el registro civil de defunción, cuando se encontraba cumpliendo una comisión de servicios como conductor del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Bucaramanga. En el proceso se demostró que el señor Contreras se había desplazado hasta el lugar de los hechos junto con un agente del CTI, para dar cumplimiento a una orden de captura contra el señor Orlando Vesga Cobos. (...) se encuentra probado a través de las sentencias penales allegadas en debida forma al expediente, que una vez los funcionarios de la Fiscalía llegaron a la zona donde se encontraba el sujeto a capturar, fueron retenidos y posteriormente asesinados por tres miembros del Ejército Nacional, el Teniente Carlos Alberto Acosta Tarazona, los Cabos Primeros Hernando Enrique Villamil Castellanos y Tulio Jiménez y el Soldado Fabio Poveda Meneses.(...) se acreditó que dichos militares no sólo eran aliados de grupos paramilitares de esa región sino que hacían parte de los mismos y asesinaron de manera premeditada a los agentes estatales para evitar que cumplieran con su deber de materializar la captura de Vesga Cobos.

FALLA DEL SERVICIO POR MIEMBROS ACTIVOS DEL EJERCITO - Al retener y dar muerte a empleado público desconociendo sus derechos constitucionales y legales en franca convivencia con grupos al margen de la ley

Para la Sala no existe duda que la muerte del señor Antonio Contreras Calderón es imputable a la entidad demandada, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a título de falla del servicio, puesto que sus miembros en servicio activo, en un claro desconocimiento de sus deberes constitucionales y legales en franca connivencia con grupos al margen de la ley, dieron muerte a unos funcionarios públicos, que en desarrollo de sus obligaciones pretendían dar captura a una persona requerida por la autoridad. La Sala recalca que es deber del Estado salvaguardar la vida e integridad de sus ciudadanos, lo que torna inconcebible y execrable que sus propios funcionarios, abusando de su fuerza y condición, asesinen a otros para respaldar a grupos ilegales

NOTA DE RELATORIA: Referente a la relación de la fuerza pública con grupos paramilitares, consultar sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proferida dentro del proceso con radicación 087-DH por la muerte de trece comerciantes.

RESPONSABILIDAD DE MIEMBROS DEL EJERCITO - Por nexos con grupos paramilitares con quienes causaron la muerte de empleado del Cuerpo Técnico de Investigación

La Sala considera sin hesitación alguna que los perjuicios sufridos por Leidy Adriana y Diana Lizeth Contreras Tarazona como consecuencia del homicidio de su padre es imputable a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por haber sido perpetrado por cuatro miembros de la institución, cuando se encontraban en servicio sin que sea procedente señalar la falta personal de los agentes estatales, tal como lo excepcionó la entidad demandada, puesto que, su actuación obedeció a los nexos que tuvieron con grupos ilegales, presentes en la zona de ocurrencia de los hechos, lo que claramente representa una falla del servicio, puesto que es inconcebible a la luz de un Estado Social de Derecho, que los integrantes de la fuerza pública tengan alianzas con organizaciones armadas ilegales para perpetrar actos delincuenciales, incluso frente a funcionarios públicos que pretendían, ellos sí, cumplir sus obligaciones legales.

PERJUICIOS MORALES: Reconocimiento por acreditarse parentesco de hijas / PERJUICIOS MORALES - Quantum de la condena se reconoció en salario mínimo legal mensual vigente

Respecto de la indemnización de perjuicios, se tiene que el señor Antonio Contreras Calderón era el padre de Leidy Adriana y Diana Lizeth, conforme a los registros civiles obrantes en el expediente. Establecido el parentesco y afinidad entre las demandantes y la víctima, la Sala tiene por probado el perjuicio moral sufrido por la parte actora con ocasión de la muerte de su padre, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el deceso de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en tanto las relaciones de cercanía, amor y afecto que las personas tienen con su entorno familiar. En cuanto a la tasación del perjuicio aludido, la Sala dará aplicación al reiterado precedente jurisprudencial aplicado mayoritariamente por la Sección en cuanto al empleo del arbitrio iudice para su determinación y de conformidad a lo establecido en la sentencia del seis de septiembre de 2001, mediante la cual se abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente

la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral y argumentó que la valoración de dicho perjuicio debía ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio sugiriendo la imposición de condenas por una suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado, como en los eventos de muerte de familiares cercanos. “Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el quantum de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...)”.

FUENTE FORMAL: CODIGO PENAL DE 1980 - ARTICULO 106 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 178

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Se determinó partiendo de la edad de las hijas de la víctima / LUCRO CESANTE CONSOLIDADO - Comprende desde la ocurrencia de los hechos a la fecha de la sentencia proferida por juez contencioso de segunda instancia / LUCRO CESANTE FUTURO - Indemnización desde el día siguiente a la decisión hasta el día que cumplan veinticinco años de edad las hijas de la víctima

En cuanto a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante solicitados por la parte actora, debe precisarse que los factores a tener en cuenta para su determinación son la edad de las hijas de la víctima directa al momento de su fallecimiento y su ingreso mensual que a junio de 1994 correspondía a \$359.375, valor que actualizado corresponde a \$1'648.421,53, al que se sumará un 25% correspondiente a prestaciones sociales y se restará un 25% correspondiente a los gastos de subsistencia, cuyo resultado final asciende a la suma de \$1'545.395. (...) Lucro cesante consolidado: Comprende desde la fecha de los hechos (22 de junio de 1994) hasta la fecha de la presente sentencia (27 de febrero 2013) (...) Lucro cesante futuro: Comprende desde el día siguiente a la decisión (28 de febrero de 2013) hasta el día en que cumpliría 25 años de edad (23 de octubre de 2013). (...) Lucro cesante consolidado: Comprende desde la fecha de los hechos (22 de junio de 1994) hasta la fecha de la presente sentencia (27 de febrero 2013)

MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Por la grave falla del servicio al atentar contra la vida de funcionario público para evitar que cumpliera captura de presunto delincuente / MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Para restablecer la dimensión objetiva del derecho vulnerado / MEDIDA DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Como garantía de no repetición de conductas reprochables y execrables / MEDIDA DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Se ordenó al Ministerio de Defensa Ejército ofrecer disculpas a hijas de la víctima / MEDIDA DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Se ordenó publicar sentencia de juez de segunda instancia en todas las brigadas de la institución

En el caso concreto, la Sala advierte que la muerte del señor Antonio Contreras Calderón, a manos de miembros del Ejército Nacional, constituye una grave falla del servicio puesto que se atentó contra la vida de un funcionario público para evitar que cumpliera con un deber legal de dar captura a un presunto delincuente,

por tanto, se hace necesaria la adopción de medidas de justicia restaurativa, no sólo para restablecer la dimensión objetiva del derecho vulnerado sino como garantía de no repetición de estas conductas absolutamente reprochables y execrables, que constituyen una grave violación de derechos humanos, toda vez que los hechos en que se produjo el daño fueron producto de una connivencia entre miembros de fuerzas públicas estatales y grupos armados ilegales. (...) En virtud de lo anterior, y con fundamento en el principio de reparación integral – artículo 16 de la Ley 446 de 1998 – la Sala ordenará que el Ministro de Defensa y el Comandante del Ejército Nacional ofrezcan disculpas públicas a las hijas del señor Antonio Contreras Calderón, en un acto que tendrá lugar en la Quinta Brigada del Ejército, con sede en la ciudad de Bucaramanga; igualmente, se ordenará la publicación de esta sentencia en todas las brigadas de la mencionada institución, en todo el país. La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de todo lo ordenado como medidas de satisfacción y garantías de no repetición a este Despacho, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

FUENTE FORMAL : LEY 446 - ARTICULO 16

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 68001-23-15-000-1996-01698-01(21541)

Actor: SANDRA PATRICIA TARAZONA

Demandado: NACION- MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el Ministerio Público contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y César el 30 de enero de 2001, por medio de la cual se decidió:

“PRIMERO.- DECLARESE probada la excepción de FALTA DE LEGITIMIDAD POR ACTIVA, respecto de SANDRA PATRICIA TARAZONA, de acuerdo a las consideraciones expuestas sobre el particular en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- DECLARANSE no probadas las excepciones de FALTA PERSONAL DE LOS AGENTES y la de FALTA DE PERSONERÍA ADJETIVA PARA

DEMANDAR EN REPRESENTACIÓN DE LAS MENORES LEIDY ADRIANA Y DIANA LIZETH CONTRERAS TARAZONA, propuestas por la parte demandada.

TERCERO.- DENIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA”.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

El 11 de abril de 1996, la señora Sandra Patricia Tarazona, en su propio nombre y en el de sus menores hijas Leidy Adriana y Diana Lizeth Contreras Tarazona, mediante apoderado judicial, presentaron demanda de reparación directa contra la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, para que se le declare patrimonialmente responsable por la muerte de su compañero y padre el señor Antonio Contreras Calderón, en hechos ocurridos en el mes de junio de 1994.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara al ente demandado a pagar mil gramos oro para cada una de las demandantes por concepto de perjuicios morales; a título de lucro cesante, \$37.357.031 para la señora Sandra Patricia Tarazona y \$43.583.002,95 a favor de cada una de sus hijas, Leidy Adriana y Diana Lizeth Contreras Tarazona.

2. Hechos

En la demanda se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

- 2.1. El señor Antonio Contreras Calderón se desempeñaba como conductor de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de la Fiscalía General de la Nación en Bucaramanga y devengaba un salario mensual de \$359.375.
- 2.2. Antonio Contreras Calderón convivía con la señora Sandra Patricia Tarazona desde el año de 1986, de cuya unión nacieron dos hijas, Leidy Adriana y Diana Lizeth.
- 2.3. El 22 de junio de 1994, el señor Contreras debió transportar a investigadores del CTI hasta la vereda “El Tablazo” del municipio de Betulia (Santander), en procura de la captura de un integrante de un grupo paramilitar, para ello contaban con la colaboración de un menor de edad.
- 2.4. Al llegar a la mencionada vereda, fueron capturados por un grupo de hombres armados que portaban uniformes y prendas militares, quienes los internaron en una zona boscosa y, posteriormente, los asesinaron.
- 2.5. El cadáver del señor Antonio Contreras fue encontrado flotando en aguas del río Suárez, cerca al Tablazo.
- 2.6. Las investigaciones adelantadas por el CTI y la Fiscalía determinaron que como autores, cómplices y partícipes del homicidio se encontraban el Teniente del

Ejército Nacional Carlos Alberto Acosta Tarazona y los Cabos Primeros Hernando Villamil Castellanos y Tulio Jiménez.

3. Trámite en primera instancia

Por auto de 5 de septiembre de 1996, se admitió la demanda (Fl. 23, Cdno. 1) y se ordenó notificar a la parte demandada y al Ministerio Público.

La Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, mediante apoderado judicial, contestó la demanda (Fls. 27 a 32, Cdno. 1), se opuso a las pretensiones de la misma y presentó las siguientes excepciones:

- Falta personal de los agentes: la actuación de los miembros del Ejército no se produjo en desarrollo de una actividad militar puesto que no medió orden de operaciones y el móvil de su conducta fue evitar la captura de un individuo, "máxime que los hechos fueron realizados en connivencia con personas al margen de la ley, integrantes de grupos paramilitares". Aunado a lo anterior, la investigación penal la lleva a cabo la justicia ordinaria porque no comportó una actividad militar.
- Falta de legitimación en la causa por activa: la señora Sandra Patricia Tarazona no se encontraba legitimada para demandar porque no demostró ser la compañera permanente del señor Contreras Calderón.
- Falta de personería adjetiva para demandar en representación de las menores Leidy Adriana y Diana Lizeth Contreras Tarazona: el poder otorgado por la señora Sandra Patricia Tarazona es para "obtener mediante sentencia condenatoria el pago de los perjuicios que se causaron con ocasión de la muerte de mi esposo ANTONIO CONTRERAS CALDERÓN ocurrida a manos de integrantes del Ejército Nacional en el mes de junio de 1994".

Mediante auto de 6 de febrero de 1997 (Fl. 55, Cdno 1), se abrió a pruebas el proceso.

Por decisión del 29 de octubre de 1997, se citó a las partes a audiencia de conciliación, la cual resultó fallida (Fls. 85, 87 y 88, Cdno. 1).

A través de proveído de 15 de septiembre de 1998 (Fl. 151, Cdno 1), se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes. La parte actora puso de presente que el Juzgado Regional de Cúcuta profirió sentencia condenatoria contra miembros del Ejército Nacional, señalados en la demanda como autores del homicidio de Antonio Contreras Calderón, quienes al momento de los hechos se encontraban en servicio activo. Agregó que la circunstancia de que se haya radicado la competencia de esa investigación en la jurisdicción penal ordinaria, carece de incidencia frente a la responsabilidad estatal puesto que está demostrado el comportamiento irregular de los uniformados lo que denota errores y fallas en la escogencia y vigilancia de los agentes.

La entidad demandada insistió en la configuración de la falta de legitimación en la causa por activa ya que no se demostró la calidad de compañera permanente de la actora ni se trabó la relación procesal con sus hijas.

El Ministerio Público, al rendir concepto, puso de presente que en el expediente obraba suficiente evidencia probatoria para avalar las súplicas de la demanda. En cuanto a la excepción de culpa personal del agente alegada por la entidad demandada, consideró claro que los miembros del Ejército se encontraban en servicio y haciendo uso de sus armas de dotación oficial al momento de atentar contra los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante decisión del 30 de enero de 2001, el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar – Sala de Descongestión – declaró probada la falta de legitimación en la causa por activa de Sandra Patricia Tarazona, consideró no probadas las demás excepciones propuestas y denegó las pretensiones de la demanda.

Señaló que el fallo penal condenatorio contra los miembros del Ejército que obra en el expediente no podía ser valorado toda vez que fue allegado de forma extemporánea, tal como lo puso de presente el Tribunal de Santander mediante auto de 21 de abril de 1998.

Puso de presente que en el plenario no se acreditó que la señora Sandra Patricia Tarazona fuera la compañera permanente del señor Antonio Contreras Calderón. Sin embargo, consideró que podía otorgar poder en nombre de sus hijas menores, al ser la representante legal de las mismas.

Finalmente, sostuvo que, ante la carencia total de pruebas, no se pudo establecer a plenitud los hechos que fundamentaron las pretensiones.

5. Recurso de apelación

Dentro del término legal, la apoderada de la parte demandante y el Ministerio Público interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (Fl. 181, Cdo. Ppal).

El Procurador Judicial 16 de Asuntos Administrativos sustentó el recurso al interponerlo. En primer lugar, compartió la decisión del Tribunal de declarar probada la falta de legitimación en la causa por activa de la señora Sandra Patricia Tarazona.

Arguyó que la prueba del proceso penal seguida contra los militares fue solicitada en la demanda y decretada por el Tribunal, por tanto, la misma fue desestimada sin razón, siendo que de esta se derivaba gran parte de la responsabilidad del Estado. Agregó que en estos casos debe prevalecer el derecho sustancial.

Para el Ministerio Público no existe duda de la responsabilidad de los agentes del Ejército en el homicidio del señor Contreras Calderón, quienes se encontraban en servicio activo y cumpliendo funciones propias de sus cargos. Puso de presente que el hecho de que hubiesen sido juzgados por la justicia ordinaria no exime de

responsabilidad al Estado porque se comprobó que los actores del hecho, aprovechándose de la investidura de sus cargos realizaron un acto ilegal, injusto, inhumano y reprochable, lo que constituyó una falla del servicio.

La parte actora sustentó el recurso de apelación aduciendo que se quebrantaron los mandatos de los artículos 228 de la Constitución Política y 4º del CPC porque se desconoció la prevalencia del derecho sustancial. Recalcó que las pruebas solicitadas del proceso penal fueron remitidas al Tribunal donde se extraviaron, por lo tanto no podía atribuirse tal responsabilidad a los demandantes. Adujo que, pese a lo anterior, al proceso se allegó copia simple de la sentencia condenatoria.

Señaló que el Tribunal de Santander, en otro proceso, condenó a la Nación, Ministerio de Defensa por la muerte del señor Contreras.

El recurso fue concedido por el *a quo* mediante decisión de 31 de mayo de 2001 (Fl. 191, Cdo. Ppal.).

6. Trámite en segunda instancia

Por auto de 2 de noviembre de 2001 (Fl. 200, Cdo. Ppal.), se admitió el recurso de apelación; a través de proveído del 23 de noviembre del mismo año, se ordenó correr traslado para alegatos de conclusión a las partes y al Ministerio Público (Fl. 202, Cdo. Ppal.).

La Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional consideró que la decisión de primera instancia era justa y ajustada a derecho, por tanto debía ser confirmada.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

Mediante providencia de 1º de febrero de 2012, la Sala, con fundamento en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, solicitó copia auténtica del proceso penal identificado con radicado 1893. (Fls. 231 a 234, Cdo. Ppal.). Frente a dicha solicitud, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot, mediante Oficio C-2012-1276 allegó copia auténtica de los fallos de 30 de octubre de 1997, 13 de marzo de 1998 y 21 de agosto de 2001.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos con los trámites propios de esta instancia y sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a pronunciarse sobre el asunto de la referencia para lo cual abordará los siguientes puntos: 1) competencia, 2) acervo

probatorio, 3) análisis del caso concreto, 4) liquidación de perjuicios, 5) condena en costas.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer los recursos de apelación comoquiera que la pretensión mayor individualmente considerada, es de \$43.583.002,95 por concepto de lucro cesante, monto que supera la cuantía establecida para que un proceso iniciado en el año 1996, tuviera vocación de doble instancia, esto es, \$13'460.000,00.

2. Acervo probatorio

Del material probatorio allegado al expediente, se destaca:

- 2.1. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Leidy Adriana Contreras Tarazona, del que se desprende que nació el 26 de octubre de 1988 y es hija de los señores Sandra Patricia Tarazona Flórez y Antonio Contreras Calderón (Fl. 3, Cdo. 1).
- 2.2. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Diana Lizeth Contreras Tarazona donde se hizo constar que nació el 19 de mayo de 1991 y sus progenitores son los señores Sandra Patricia Tarazona Flórez y Antonio Contreras Calderón (Fl. 4, Cdo. 1).
- 2.3. Copia auténtica del registro civil de defunción del señor Antonio Contreras Calderón. En el documento consta que falleció el 22 de junio de 1994, a causa de anemia aguda, lesión miocárdica y pulmonar y herida con arma de fuego en tórax (Fl. 5, Cdo. 1).
- 2.4. Certificado de la Dirección de Tesorería-Pagaduría de la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Bucaramanga, donde se hizo constar que el señor Antonio Contreras Calderón se desempeñaba como conductor del Cuerpo Técnico de esa ciudad, con un salario mensual de \$359.375,00 (Fl. 6, Cdo. 1).
- 2.5. Copia simple del auto de 1º de febrero de 1996, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se resolvió un conflicto de competencias en el proceso penal seguido contra unos miembros del Ejército Nacional, asignando el conocimiento a la Fiscalía Regional de Cúcuta (Fls. 37 a 48, Cdo. 1).
- 2.6. Oficio 000153 de 18 de marzo de 1997, del Director Seccional del CTI Seccional Bucaramanga, en el que manifestó:
“(…) Comedidamente me permito certificar a esa Corporación, que el señor ANTONIO CONTRERAS CALDERÓN, se desempeñaba en esta Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación como Conductor II, adscrito a la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación de Bucaramanga, Grupo de Capturas y como bien lo señala en la copia del denuncia que anexo, formulada por el entonces Jefe de Unidad, Doctor WALTER ALBERTO ORDOÑEZ ORDOÑEZ, quien reseña diciendo en su diligencia judicial, que para el día 22 de junio de 1994 como lo consignaron en el libro de minuta, se desplazaron en el vehículo trooper de placa FLE-828, el Investigador Judicial I, ALIRIO ACHIPIZ ACHIPIZ y el Conductor II, ANTONIO CONTRERAS

CALDERÓN, al municipio de Lebrija y la Esperanza del Municipio de San Vicente de Chucurí a cumplir misión propias (sic) del cargo” (Fl. 61, Cdn. 1).

- 2.7. Certificado de la Jefe de Sección II de Desarrollo Humano de la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Bucaramanga, con constancia del tiempo servido a la entidad (Fl. 64, Cdn. 1).
- 2.8. Extracto de hojas de vida de los militares Carlos Alberto Acosta Tarazona, Tulio Jiménez y Hernando Villamil Castellano (Fls. 70 a 73, 75 a 76 y 78 a 79 Cdn. 1).
- 2.9. Mediante oficios de 7 y 11 de marzo de 1997, el Jefe de Sección de Hojas de Vida del Ejército Nacional certificó que para el mes de junio de 1994, los señores Carlos Alberto Tarazona Acosta, Tulio Jiménez y Hernando Villamil Castellano se encontraban en servicio activo y pertenecían al Batallón de Infantería N. 40 Luciano D´Elhuyar con sede en San Vicente de Chucurí (Fl. 74, 77 y 80 Cdn. 1).
- 2.10. Oficio 301 de 27 de marzo de 1997, en el que el Comandante de la Quinta Brigada del Ejército Nacional informó que no se adelantó investigación disciplinaria contra el señor Teniente Carlos Alberto Acosta Tarazona y los Cabos Primeros Hernando Villamil Castellanos y Tulio Jiménez por los hechos sucedidos el 22 de junio de 1994, en la vereda El Tablazo del municipio de Betulia (Fl. 81, Cdn. 1).
- 2.11. Copia auténtica de la sentencia de 30 de octubre de 1997 proferida por el Juzgado Regional de Cúcuta en la que se resolvió condenar a Carlos Alberto Acosta Tarazona, Hernando Enrique Villamil Castellanos, Fabio Poveda Meneses y Tulio Jiménez a 58 años de prisión y multa de \$9´870.000 como coautores responsables del homicidio agravado y homogéneo en Antonio Contreras Calderón, Alirio Achipiz Achipiz y Roberto Quiñones Molina. De la decisión se resalta:

“(…) Al plenario milita prueba suficiente, que nos conlleva a predicar sin hesitación alguna, que los miembros del C.T.I., Seccional de Bucaramanga, el día 22 de junio de 1994, en cumplimiento de su labor arribaron a la vereda la Plazuela, Jurisdicción de San Vicente de Chucurí, con el fin de cumplir la orden de captura en contra de ORLANDO VESGA COBOS, captura impartida por el Juzgado Promiscuo de Lebrija, con el fin de poner a buen recaudo a éste sujeto pues se le seguía un proceso por el injusto de lesiones personales. Los funcionarios del Cuerpo Investigador, no muy conocedores de la región acudieron a solicitarle el favor a un menor habitante de la región, para que les indicara el lugar de ubicación de Orlando Vesga Cobos, menor que se llamó Roberto Quiñones Molina, quien también corrió la misma suerte de los funcionarios de la Fiscalía, es decir fueron ultimados. Una vez este señor enterado de la misión que cumplirían los señores de la Fiscalía, **acudió a la colaboración del Teniente Carlos Alberto Acosta, orgánico del Batallón Luciano D´El Huyar y la de su hermano Carlos Orlando Vesga, quienes impidieron materializar la orden de captura de Orlando Vesga. Para lograr este objetivo fueron retenidos los funcionarios y el menor, siendo llevados cerca al puente el Tablazo, siendo asesinados y luego arrojados al río Sogamoso (...).**

Ahora analizaremos la responsabilidad que le recae a los acusados, en lo relacionado con la occisión de CONTRERAS, ACHIPIZ y QUIÑONES, se predica de las testificaciones certeras hechas por los testigos que reservaron su identidad, entre ellos Clave Rosa y el vertido por el Soldado del Batallón D´El Huyar, EDWIN DOMINGO VALDIVIESO AVILA, testimonios que analizados de conformidad con los principios de la sana crítica merecen toda clase de credibilidad, los que se hacen suficientes para predicar que el Teniente del Ejército CARLOS ALBERTO ACOSTA TARAZONA, los cabos HERNANDO ENRIQUE VILLAMIL CASTELLANOS y TULIO JIMÉNEZ, el soldado FABIO POVEDA MENESES y el particular ORLANDO VESGA COBOS, son los autores de la occisión de ANTONIO CONTRERAS CALDERÓN, ALIRIO ACHIPIZ ACHIPIZ Y ROBERTO QUIÑONES MOLINA. En el presente caso sus comportamientos se enmarcan

dentro de la figura jurídica de la coautoría impropia, es decir existió la unidad de designio criminoso.

En lo relacionado con la infracción a los artículos 1º y 2º del Decreto 1194 de 1989, existe prueba suficiente para predicar la existencia en el Municipio de San Vicente de Chucurí, más exactamente en el sector denominado la Plazuela, de un grupo paramilitar, conocido con el nombre de Campesinos Patrulleros de el Carmen, o "Masetos" y que **el Teniente Acosta Tarazona y los Cabos Villamil y Jiménez, al igual que el soldado Fabio Poveda Meneses, era uno de los auspiciadores de estos grupos al margen de la ley, les suministraban armas y los acompañaba a patrullar**, al igual estos grupos paramilitares, para su financiamiento obligaban a los habitantes de la región a entregar contribuciones mensuales, también obligaron a quienes tenían expendio de cerveza, deberían entregar la suma de diez pesos por botella de cerveza que se vendiera, estos injustos se predicen de las atestaciones hechas por Edwin Domingo Valdivieso, Clave Rosa, Jaiter Fernando Rodríguez Lozano, Sara Lozano Mesías y Alberto Granados Afanador" (Fis. 3 a 46, Cdo. 3). (Subrayados fuera del texto original)

- 2.12. Copia auténtica de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional el 13 de marzo de 1998, en que se modificó la condena reseñada en 56 años de prisión y multa equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales. De esta providencia se destaca:

"(...) La sindicación unívoca que se lanza del oficial, los suboficiales y el soldado demuestran la veracidad que acompaña la referencia sobre su participación en las actividades el (sic) grupo ilegalmente armado.

Es que asaz relevante se presenta el hecho de que ya no pueda ensayarse argumento alguno que desdibuje el contenido de la declaración de Sara Lozano Macías o su hijo, pues su relato se vierte mucho antes de que Valdivieso o la persona con nombre clave "Rosa" hicieran lo propio y de aquéllos que no puede advertirse relación alguna de enemistad con los militares o de motivación diferente para decir que pretendían por una particular razón desviar el rumbo de la investigación. Ello por cuanto son personas que directamente anuncian haber sufrido los rigores y también "beneficios" que en la región se percibían derivados de la "familiaridad" existente entre miembros del grupo ilegalmente armado y los efectivos del Ejército nacional mencionados.

Lo cierto es que es mucho más que una simple "familiaridad". Va mucho más allá porque ya no se trata de personas (militares y los ilegalmente armados) con las que se tenga relación expresada en términos de un cordial y amistoso trato con residentes del sector. **En el presente evento la misma no puede expresarse en términos diferentes que los de considerar también a los efectivos del Ejército acusados como responsables de pertenecer al grupo ilegalmente armado comandado por "Roque", pues con ellos cumplían entrenamiento y alentaban a la comunidad para que se les colaborara en lo pertinente a fin de mantener un clima de permanente reacción en contra de grupos subversivos.**

(...)

En condición de coautores impropios se observan desarrollados cada uno de los actos en los que participan los miembros de la Fuerza Armada que culminan con el desaparecimiento violento de quienes en el proceso figuran como víctimas.

(...)

Del teniente ACOSTA TARAZONA se pregona su participación en términos de ser determinante de los homicidios, porque de los dos testimonios que lo incriminan se obtiene la referencia que no concurrió al lugar en donde se materializó el triple homicidio. (...)

De los demás sin dificultad puede pregonarse que asumen como suyas las tareas de ideación, preparación, dirección y consumación de los referidos hechos en

tanto cumplieron al interior de esa comunidad delincencial. Tiénese que ocurridos los hechos como se tiene dicho, cada uno de los participantes de la empresa dirigió su voluntad de forma inequívoca a la consecución del fin perseguido.

(...)

Por ello es que se tiene como adecuadamente elegido el camino del juez de primera instancia en cuanto decide elevar juicio de reproche en contra de los militares acusados por el triple homicidio en los términos al los cuales se refiere la Fiscalía en la resolución acusatoria". (Fls. 47 a 117, Cdo. 3) (Subrayados fuera del texto original)

- 2.13. Copia auténtica de la providencia de 21 de agosto de 2001, del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado que modificó la pena impuesta por el juez regional en el sentido de reducirla a 40 años de prisión (Fls. 49 a 51, Cdo. 3).

3. Análisis del caso concreto

En primer lugar, debe la Sala puntualizar que el objeto de instancia se contrae a determinar si existió o no responsabilidad del Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, en la muerte del ex funcionario del CTI Antonio Contreras Calderón.

De conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala no se pronunciará en relación con la excepción de falta de legitimación en la causa por activa frente a la señora Patricia Tarazona declarada probada por el Tribunal de instancia puesto que este punto no fue objeto de la apelación interpuesta por la parte actora y el otro recurrente, Ministerio Público, manifestó estar de acuerdo con esta decisión.

En todo caso, la Sala pone de presente que en el *sub judice* no hay prueba alguna que conduzca a establecer que la señora Sandra Patricia Tarazona era la compañera permanente de la víctima o que sufriera algún tipo de perjuicios en calidad de tercera damnificada.

En cuanto a la excepción de "falta de personería adjetiva para demandar en representación de las menores Leidy Adriana y Diana Lizeth Contreras Tarazona", la misma se declaró no probada por el *a quo* y no fue objeto de apelación, en consecuencia, la Sala no hará pronunciamiento alguno al respecto.

Ahora bien, en el *sub judice* se encuentra demostrado el daño antijurídico sufrido por la parte actora¹, esto es la muerte del señor Antonio Contreras Calderón, en hechos ocurridos el 22 de junio de 1994, en la vereda El Tablazo del Municipio de Betulia, Santander, como consecuencia de las heridas que le fueron propinadas con un arma de fuego, conforme se hace constar en el registro civil de defunción, cuando se encontraba cumpliendo una comisión de servicios como conductor del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Bucaramanga.

¹ Conforme a copia auténtica del registro civil de defunción obrante a folio 5 del cuaderno 1.

En el proceso se demostró que el señor Contreras se había desplazado hasta el lugar de los hechos junto con un agente del CTI, para dar cumplimiento a una orden de captura contra el señor Orlando Vesga Cobos.

Asimismo, se encuentra probado a través de las sentencias penales allegadas en debida forma al expediente, que una vez los funcionarios de la Fiscalía llegaron a la zona donde se encontraba el sujeto a capturar, fueron retenidos y posteriormente asesinados por tres miembros del Ejército Nacional, el Teniente Carlos Alberto Acosta Tarazona, los Cabos Primeros Hernando Enrique Villamil Castellanos y Tulio Jiménez y el Soldado Fabio Poveda Meneses.

En el plenario se acreditó que dichos militares no sólo eran aliados de grupos paramilitares de esa región sino que hacían parte de los mismos y asesinaron de manera premeditada a los agentes estatales para evitar que cumplieran con su deber de materializar la captura de Vesga Cobos. Por tal razón fueron condenados a pena privativa de la libertad por el Juzgado Regional de Cúcuta, decisión que fue confirmada por el Tribunal Nacional, en dicha decisión se determinó que el Teniente Acosta Tarazona participó como determinador y los demás miembros de la fuerza pública fueron los encargados de la consumación del hecho punible.

De modo que, para la Sala no existe duda que la muerte del señor Antonio Contreras Calderón es imputable a la entidad demandada, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a título de falla del servicio, puesto que sus miembros en servicio activo, en un claro desconocimiento de sus deberes constitucionales y legales en franca connivencia con grupos al margen de la ley, dieron muerte a unos funcionarios públicos, que en desarrollo de sus obligaciones pretendían dar captura a una persona requerida por la autoridad.

La Sala recalca que es deber del Estado salvaguardar la vida e integridad de sus ciudadanos, lo que torna inconcebible y execrable que sus propios funcionarios, abusando de su fuerza y condición, asesinen a otros para respaldar a grupos ilegales

Sobre la relación de las fuerza pública con grupos paramilitares, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de los 19 comerciantes, puntualizó:

“86. Relación entre el grupo ”paramilitar” y las fuerzas de seguridad

86.a) Las investigaciones realizadas por el Poder Judicial y la Procuraduría General de la Nación han demostrado, en un número significativo de casos, la participación activa de miembros de las fuerzas de seguridad en los llamados grupos “paramilitares”. En diversas oportunidades el Estado ha aplicado sanciones administrativas y penales a miembros de la Fuerza Pública por su vinculación con

grupos “paramilitares”².

86.b) En la época de los hechos de este caso, el referido grupo “paramilitar” que operaba en la región del Magdalena Medio actuaba con la colaboración y apoyo de diversas autoridades militares de los Batallones de dicha zona. Los “paramilitares” contaron con el apoyo de los altos mandos militares en los actos que antecedieron a la detención de las presuntas víctimas y en la comisión de los delitos en perjuicio de éstas³.

86.c) A pesar de que en la época de los hechos las autoridades de la Fuerza Pública de Puerto Boyacá tenían conocimiento de que el grupo “paramilitar” que operaba en esa zona tenía gran control sobre ésta y actuaba en contravención de la ley, “les dejaron [tomar] ventaja y descuidaron su control y vigilancia”⁴.

² Cfr. copia del expediente ante la Fiscalía de la Unidad Nacional de Derechos Humanos en la causa contra Jairo Iván Galvis Brochero, Robinson Gutiérrez de la Cruz, Waldo Patiño García y otros por los delitos de “secuestro extorsivo, homicidio agravado [...]” en perjuicio de “Alvaro Lobo Pacheco y 18 comerciantes más”, radicado 087-DH (prueba para mejor resolver presentada por el Estado el 26 de mayo de 2004, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte –párrafo 68 de la demanda); copia del expediente ante el Juzgado Regional de Cúcuta en la causa No. 1728 contra Alonso de Jesús Baquero Agudelo por los delitos de secuestro extorsivo y homicidio agravado en perjuicio de “Alvaro Pacheco y 18 comerciantes más”, “Radicado Fiscalía Regional 087-DH” (prueba para mejor resolver presentada por el Estado el 26 de mayo de 2004, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte -párrafo 68 de la demanda); e informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989, E/CN.4/1990/22/Add.1 de 24 de enero de 1990 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo B9, folios 968 y 991).

³ Cfr. sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el 19 de octubre de 2001; sentencia emitida por el Juez Único Especializado de San Gil el 23 de marzo de 2001; sentencia emitida por el Juez Regional de Cúcuta el 28 de mayo de 1997 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte -párrafo 68 de la demanda-, tomo I, anexos 2, 3 y 4, folios folio 1045, 1142 y 1203); sentencia emitida por el Tribunal Nacional el 14 de abril de 1998; sentencia emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte –párrafo 68 de la demanda-, tomo II, anexos 5 y 9, folios 1264, 1276, 1279 y 1465 a 1468); resolución emitida por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación el 29 de mayo de 1996; resolución emitida por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación el 8 de agosto de 1996; resolución emitida por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación el 13 de septiembre de 1996 (expediente de prueba aportada por la Comisión Interamericana durante la audiencia pública sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas el 22 de abril de 2004, tomo II, anexos 45, 47 y 51, folios 2681, 2683, 2710, 2773 y 2775); testimonio del señor Salomón Flórez Contreras rendido ante la Corte el 21 de abril de 2004; testimonio del señor Jorge Corzo Vargas rendido ante la Corte el 21 de abril de 2004; informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989, E/CN.4/1990/22/Add.1 de 24 de enero de 1990 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo B9, folios 968 y 992); informe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) de 15 de marzo de 1989; e informe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) de 13 de febrero de 1990 titulado “Información adicional sobre la masacre de 19 comerciantes en jurisdicción de Puerto Boyacá” (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexos B3 y B4, folios 667 y 688).

⁴ Cfr. sentencia emitida por el Juzgado Militar de Primera Instancia el 18 de junio de 1997 (prueba para mejor resolver presentada por el Estado el 26 de mayo de 2004, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte –párrafo 68 de la demanda-); y sentencia

Así las cosas, la Sala considera sin hesitación alguna que los perjuicios sufridos por Leidy Adriana y Diana Lizeth Contreras Tarazona como consecuencia del homicidio de su padre es imputable a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por haber sido perpetrado por cuatro miembros de la institución, cuando se encontraban en servicio sin que sea procedente señalar la falta personal de los agentes estatales, tal como lo excepcionó la entidad demandada, puesto que, su actuación obedeció a los nexos que tuvieron con grupos ilegales, presentes en la zona de ocurrencia de los hechos, lo que claramente representa una falla del servicio, puesto que es inconcebible a la luz de un Estado Social de Derecho, que los integrantes de la fuerza pública tengan alianzas con organizaciones armadas ilegales para perpetrar actos delincuenciales, incluso frente a funcionarios públicos que pretendían, ellos sí, cumplir sus obligaciones legales.

En una reciente decisión, la Sala se pronunció sobre la responsabilidad del Estado cuando sus agentes actúan de forma ilegítima y usando de manera desproporcionada e injustificada la fuerza, así:

“El material probatorio valorado muestra que la muerte de José David Negrete Seña, obedeció al actuar ilegítimo de los agentes de policía, quienes sin justificación alguna agredieron a los retenidos, sin que se encuentre acreditado que la víctima o sus acompañantes hubiese agredido a los agentes estatales, y que éstos no hubiesen tenido alternativa distinta que hacer uso de su arma de dotación para defenderse del ataque y para proteger la vida de las personas que se encontraban en el lugar.

En el caso concreto, se insiste, la evidencia pone de manifiesto que los agentes de policía le dispararon a José David Negrete Seña haciendo un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza, lo que configuró una falla del servicio, como quiera que se vulneró su derecho a la vida, que sólo puede ceder en estas situaciones o circunstancias, cuando se demuestre una legítima defensa o un estado de necesidad, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango, es decir, otra vida humana en términos de inminencia y urgencia.

Las circunstancias señaladas ponen de presente, sin duda alguna, que se le debe imputar a título de falla del servicio a la entidad demandada el daño antijurídico y por lo tanto, debe responder patrimonialmente”⁵.

En virtud de lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia y declarará responsable a la entidad demandada por los perjuicios causados a la

emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte -párrafo 68 de la demanda-, tomo II, anexo 9, folios 1425, 1428 y 1429).

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de septiembre de 2012, Rad. 24.729, MP. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

parte actora como consecuencia de la muerte del señor Antonio Contreras Calderón.

4. Indemnización de perjuicios

Respecto de la indemnización de perjuicios, se tiene que el señor Antonio Contreras Calderón era el padre de Leidy Adriana y Diana Lizeth, conforme a los registros civiles obrantes en el expediente.

Establecido el parentesco y afinidad entre las demandantes y la víctima, la Sala tiene por probado el perjuicio moral sufrido por la parte actora con ocasión de la muerte de su padre, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el deceso de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en tanto las relaciones de cercanía, amor y afecto que las personas tienen con su entorno familiar.

En cuanto a la tasación del perjuicio aludido, la Sala dará aplicación al reiterado precedente jurisprudencial aplicado mayoritariamente por la Sección en cuanto al empleo del *arbitrio iudice* para su determinación y de conformidad a lo establecido en la sentencia del seis de septiembre de 2001, mediante la cual se abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral y argumentó que la valoración de dicho perjuicio debía ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio sugiriendo la imposición de condenas por una suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado, como en los eventos de muerte de familiares cercanos⁶.

De acuerdo con lo anterior, se condenará a la demandada a pagar a las hijas de Antonio Contreras Calderón, el equivalente en pesos a 100 salarios mínimos legales mensuales, para cada una de ellas y no lo hará en gramos oro como se solicitó en la demanda, conforme a lo establecido por la sentencia antes citada, que al respecto estableció:

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...)”⁷.

En cuanto a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante solicitados por la parte actora, debe precisarse que los factores a tener en cuenta para su determinación son la edad de las hijas de la víctima directa al momento de su fallecimiento⁸ y su ingreso mensual que a junio de 1994 correspondía a \$359.375⁹,

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, Rads. 13232 y 15.646.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Conforme al registro civil de nacimiento Leidy Adriana Contreras nació el 26 de octubre de 1988 y Diana Lizeth el 19 de mayo de 1991.

⁹ Folio 6 del cuaderno 1.

valor que actualizado corresponde a \$1'648.421,53¹⁰, al que se sumará un 25% correspondiente a prestaciones sociales y se restará un 25% correspondiente a los gastos de subsistencia, cuyo resultado final asciende a la suma de \$1'545.395.

El monto que resulte será distribuido entre sus hijas, correspondiéndole a cada una la suma de \$772.697.

A Leidy Adriana Contreras se le liquidará el lucro cesante consolidado y futuro, así:

- a) **Lucro cesante consolidado:** Comprende desde la fecha de los hechos (22 de junio de 1994) hasta la fecha de la presente sentencia (27 de febrero 2013)

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

Donde,

Ra - Ingreso o renta mensual

i - Interés puro o técnico del 0,004867 % mensual

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar (224,5)

$$S = 772.697 \frac{(1+0,004867)^{224,5} - 1}{0,004867}$$

$$S = 313'436.474$$

- b) **Lucro cesante futuro:** Comprende desde el día siguiente a la decisión (28 de febrero de 2013) hasta el día en que cumpliría 25 años de edad (23 de octubre de 2013).

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

Donde,

Ra - Ingreso o renta mensual

i - Interés puro o técnico del 0,004867 % mensual

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar (7,25)

$$S = 772.697 \frac{(1+0,004867)^{7,25} - 1}{0,004867}$$

$$S = 5'687.986.$$

$$^{10} Vr = Vh \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

Donde Vr corresponde al valor real

Vh corresponde al valor histórico (359.375)

IPC final para el mes de enero de 2013 corresponde a 112,15

IPC inicial para el mes de junio de 1994 corresponde a 24,45

Lucro cesante consolidado y futuro a favor de Leidy Adriana Contreras:
\$319'124.460.

A Diana Lizeth Contreras se le liquidará el lucro cesante consolidado y futuro, así:

- a) **Lucro cesante consolidado:** Comprende desde la fecha de los hechos (22 de junio de 1994) hasta la fecha de la presente sentencia (27 de febrero 2013)

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

Donde,

Ra - Ingreso o renta mensual

i - Interés puro o técnico del 0,004867 % mensual

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar (224,5)

$$S = 772.697 \frac{(1+0,004867)^{224,5} - 1}{0,004867}$$

$$S = 313'436.474$$

- b) **Lucro cesante futuro:** Comprende desde el día siguiente a la decisión (28 de febrero de 2013) hasta el día en que cumpliría 25 años de edad (19 de mayo de 2016).

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

Donde,

Ra - Ingreso o renta mensual

i - Interés puro o técnico del 0,004867 % mensual

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar (38,27)

$$S = 772.697 \frac{(1+0,004867)^{38,27} - 1}{0,004867}$$

$$S = 32.352.966$$

Lucro cesante consolidado y futuro a favor de Diana Lizeth Contreras:
\$345'789.440.

5. Medidas de justicia restaurativa

En el caso concreto, la Sala advierte que la muerte del señor Antonio Contreras Calderón, a manos de miembros del Ejército Nacional, constituye una grave falla del servicio puesto que se atentó contra la vida de un funcionario público para evitar que cumpliera con un deber legal de dar captura a un presunto delincuente, por tanto, se hace necesaria la adopción de medidas de justicia restaurativa, no sólo para restablecer la dimensión objetiva del derecho vulnerado sino como

garantía de no repetición de estas conductas absolutamente reprochables y execrables, que constituyen una grave violación de derechos humanos, toda vez que los hechos en que se produjo el daño fueron producto de una connivencia entre miembros de fuerzas públicas estatales y grupos armados ilegales.

Sobre la adopción de este tipo de medidas, la Sala ha considerado:

“En el caso concreto la Sala advierte que el acceso carnal y posterior muerte de la menor Sandra Catalina Vásquez Guzmán, ocurrida el 28 de febrero de 1993 al interior de las instalaciones de la Estación Tercera de la Policía de Santafé de Bogotá, se erige en una evidente y grave vulneración, de gran significado negativo en la esfera de los derechos fundamentales del niño, razón por la cual en el presente caso es imperativo la adopción de medidas de justicia restaurativa que restablezcan el núcleo de las garantías esenciales a favor de aquellas personas que padecieron el daño antijurídico, así como la dimensión objetiva del derecho fundamental a la vida de los niños, niñas y adolescentes en Colombia.

Sobre el particular, la Sala reitera su jurisprudencia contenida en una reciente providencia en la que se puntualizó¹¹:

“En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea restablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la no reformatio in pejus, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.

“Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado.

“Al respecto, en reciente pronunciamiento de la Sección se precisó¹²:

“i) En todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, será posible deprecar medidas de reparación integral, con miras a que se restablezca el statu quo preexistente a la producción del daño.

“En consecuencia, siempre será posible que en las demandas de reparación directa los demandantes formulen pretensiones dirigidas o encaminadas a la

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

reparación in integrum del perjuicio, incluso reparaciones in natura. No obstante, en estos supuestos, el juez estará siempre vinculado por el principio de congruencia procesal y de la no reformatio in pejus.

“ii) Cuando se trate de graves violaciones a derechos humanos, el juez cuenta con la facultad de decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa (correctiva), encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados. Así las cosas, en estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo no puede estar limitado, en modo alguno, por los principios procesales antes mencionados, puesto que constituye un imperativo categórico que prevalece sobre las citadas garantías, el hecho de garantizar una reparación integral del perjuicio.

“Este importante avance de la jurisprudencia nacional, ha sido reconocido expresamente en un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al puntualizar:

“(…) El Tribunal reconoce tales esfuerzos efectuados por Colombia en cuanto a su deber de reparar y los valora positivamente. Asimismo, el Tribunal valora lo señalado por el perito Alier Hernández en la audiencia pública, en el sentido de que el Consejo de Estado ha señalado desde el 2007 que “el resarcimiento económico no es suficiente, [lo cual] abre la posibilidad para las víctimas en sus demandas [en procesos contencioso administrativos] formulen unas peticiones de reparación distintas del simple resarcimiento económico. La Corte considera que de darse dicho desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana, podría llegar a complementar las otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno con el propósito de obtener, en su conjunto, la reparación integral de violaciones de derechos humanos. Al respecto, el Tribunal reitera que una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición...

“203. Asimismo, la Corte Observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contencioso administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, “a condición de que lo resuelto en esos proceso haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.”¹³¹⁴

De los hechos que dieron lugar a la presente demanda se concluye que en el presente caso se configuró una vulneración grave de la dimensión objetiva del derecho a la vida de la niña Sandra Catalina Vásquez Guzmán como quiera que las actuaciones surtidas por el agente Diego Fernando Valencia Blandón al interior de una estación de policía, son hechos reprochables y violatorios desde toda óptica de los derechos humanos en especial los de la niñez.

Por lo tanto, con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 ley 446 de 1998), la Sala decretará medidas de satisfacción así como garantías de no

¹³ CIDH, caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 21, párr. 214. En igual sentido, Caso de la Masacre de La Rochela, supra nota 21, párr. 219 a 222.

¹⁴ CIDH, caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203.

repetición con la finalidad de restablecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales lesionados y con el propósito de que una situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir, para lo cual ordenará que la Policía Nacional a través de medios de comunicación masivo ofrezca disculpas públicamente a los familiares de la menor Sandra Catalina Vásquez Guzmán, por los hechos ocurridos el 28 de febrero de 1993 al interior de las instalaciones de la Estación Tercera de la Policía en la cual falleció la menor en manos de un oficial de dicha institución; así mismo deberá publicar la parte resolutive de esta providencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional del país y darse difusión en un medio de circulación informativa del mismo”¹⁵.

En virtud de lo anterior, y con fundamento en el principio de reparación integral – artículo 16 de la Ley 446 de 1998 – la Sala ordenará que el Ministro de Defensa y el Comandante del Ejército Nacional ofrezcan disculpas públicas a las hijas del señor Antonio Contreras Calderón, en un acto que tendrá lugar en la Quinta Brigada del Ejército, con sede en la ciudad de Bucaramanga; igualmente, se ordenará la publicación de esta sentencia en todas las brigadas de la mencionada institución, en todo el país.

La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de todo lo ordenado como medidas de satisfacción y garantías de no repetición a este Despacho, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

6. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no se efectuará condena en costas alguna.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia del 20 de enero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y César – Sala de Descongestión, la cual quedará así: .

SEGUNDO: Declarar probada la falta de legitimación en la causa por activa de la señora Sandra Patricia Tarazona.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012, Rad. 20.880, MP. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

TERCERO: Declarar no probadas las excepciones de falta personal de los agentes y falta de personería adjetiva para demandar en representación de las menores Leidy Adriana y Diana Lizeth Contreras Tarazona.

CUARTO: Declarar administrativamente responsable a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional por los perjuicios causados a Leidy Adriana Contreras Tarazona y Diana Lizeth Contreras Tarazona.

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional deberá reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero.

- a) Por perjuicios morales a Leidy Adriana Contreras Tarazona y Diana Lizeth Contreras Tarazona, el equivalente a cien salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno.
- b) Por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de Leidy Adriana Contreras Tarazona, la suma de \$319´124.460.
- c) Por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de Diana Lizeth Contreras Tarazona, la suma de \$345´789.440.

SEXTO: Condenar a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional a cumplir con las siguientes medidas de satisfacción y garantías de no repetición:

1. El Ministro de Defensa y el Comandante del Ejército Nacional ofrecerán disculpas públicas a las hijas del señor Antonio Contreras Calderón, en un acto que tendrá lugar en la Quinta Brigada del Ejército, con sede en la ciudad de Bucaramanga.
2. Se deberá publicar la sentencia en todas las brigadas del país.

La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de todo lo ordenado como medidas de satisfacción y garantías de no repetición a este Despacho, dentro de los cuarenta y cinco (45) siguientes a la ejecutoria de este fallo.

SÉPTIMO: Niéguese las demás súplicas de la demanda.

OCTAVO: Sin condena en costas

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, **Devuelvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sub-sección C en la sentencia de 27 de febrero de 2013, me permito aclarar el voto en los siguientes aspectos: 1) no se pronunció acerca de la apelación presentada por el Ministerio Público; 2) no se pronunció acerca de la prueba trasladada; y, 3) falta e indebida motivación y justificación en la tasación y liquidación de los perjuicios morales reconocidos en la sentencia.

RECURSO DE APELACION DEL MINISTERIO PUBLICO - Procedente por tener interés jurídico para recurrir las decisiones del juez. La Sala de Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado debió considerarlo / MINISTERIO PUBLICO - Por tener el deber de control de legalidad material no está limitado para recurrir las decisiones judiciales

Se consideró que existen unos supuestos para la procedencia o admisibilidad de los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público, cuando: "i) el interés del Ministerio Público está delimitado por el contenido del artículo 127 del Decreto 01 de 1984 –C.C.A.–, ii) ese "interés" se concreta como regla general en la emisión del concepto a que se refieren los artículos 210 y 212 ibídem, iii) no le compete al Ministerio Público, en principio, la interposición de recursos, puesto que ello podría significar que se desplazara o se coadyuvara el interés de uno de los restantes sujetos procesales –demandante o demandado–, iv) la participación del Ministerio Público adquiere relevancia en los procesos contencioso objetivos – o de pura legalidad– y en las acciones populares, puesto que en los mismos se encuentra de por medio el interés público, y v) la lectura del artículo 277 de la Constitución Política debe efectuarse a la luz del principio de defensa del "interés público" so pena de que, se insiste, el Ministerio Público troque su actuación con la de otro sujeto procesal que tiene un interés particular, bien se trate del demandante o del demandado". Como puede verse, la Sala debía pronunciarse acerca del recurso de apelación presentado por el Ministerio Público dentro del proceso de la referencia, dando continuidad a la posición que la Sección Tercera y las Sub-secciones vienen manteniendo en su jurisprudencia.

JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SEGUNDA INSTANCIA - Sala de Subsección C tenía el deber de pronunciarse frente a la prueba trasladada / PRUEBA TRASLADADA - Debió valorarse por el ad quem

La Sala de Sub-sección C (...), desestimó también hacerlo respecto a la prueba trasladada cuando había lugar ya que tanto en la determinación del daño antijurídico, como de la imputación la Sala utiliza la prueba recaudada en la instancia penal para elaborar el razonamiento y el raciocinio respectivo. De las pruebas allegadas se relacionó: a) la copia "auténtica de la sentencia de 30 de octubre de 1997 proferida por el Juzgado Regional de Cúcuta"; b) copia "auténtica

de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional el 13 de marzo de 1998"; y, c) copia "auténtica de la providencia de 21 de agosto de 2001, del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado".

PRUEBA TRASLADADA - Es eficaz su valor probatorio a instancias del proceso contencioso administrativo / PRUEBA TRASLADADA - Criterios para su valoración

Cabe valorar dicha prueba a instancias del proceso contencioso administrativo siempre que se cumpla con los presupuestos normativos del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el (los) proceso (s) del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así mismo, debe tenerse en cuenta lo consagrado por el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), especialmente cuando establece que en "los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración".

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168

NOTA DE RELATORIA: Referente a la apreciación de la prueba trasladada, consultar sentencia de 14 de febrero de 2013, Exp. 25160. Y en relación con la eficacia probatoria, consultar sentencia de 9 de mayo de 2012, Exp.20334. Y sobre el principio de la sana crítica aludido en ordenamiento internacional, consultar

PERJUICIOS MORALES - Deber del juez de motivar y justificarlos para determinarlos / DECISIONES JUDICIALES - Deber de motivarlas y justificarlas para no vulnerar el debido proceso de una de los extremos de la litis De lo contrario se aparta del precedente jurisprudencial

La Sala determinó que la determinación de los perjuicios morales debe ser motivada y justificada, ya que en caso contrario podría vulnerarse el derecho al debido proceso de uno de los extremos de la litis (como lo ha sostenido la amplia y reciente jurisprudencia constitucional).

NOTA DE RELATORIA: En relación con la motivación y justificación para determinar los perjuicios morales consultar sentencia de 23 de agosto de 2012 Exp.24392

FALTA DE VALORACION PROBATORIA - Para delimitar los perjuicios morales para tasarlos

Mi desacuerdo respetuoso radica en la inexistente valoración probatoria y determinación para el caso en concreto de los criterios con base en los cuales se delimita la intensidad de los perjuicios morales al momento de tasarlos y liquidarlos a favor de los demandantes, concediendo a las hijas 100 smlmv sin haber motivado y justificado debida y suficientemente. (...) la Sala de Subsección C contradice la sentencia T-212 de 2012, en la que precisamente por motivación insuficiente como (...) la Sala de Sub-sección C adopta como único criterio en materia de privación injusta para tasar y liquidar los perjuicios morales

el tiempo de permanencia en la situación de privación de la libertad, lo que implica desconocer otros criterios necesarios para establecer ponderada y razonadamente los mismos. Y, en tercer lugar, no estudia, revisa, ni considera si en el acervo probatorio existe medio alguno (por ejemplo, testimonio) con el que se pueda establecer los criterios que permitan apreciar la intensidad del perjuicio moral convirtiendo a la presunción de aflicción, que es de homine, en una presunción *de iure*, lo que no es cierto y crea confusión para la jurisprudencia y para los usuarios. (...) sin mayor esfuerzo se puede encontrar cómo la Sala de Sub-sección C habría podido determinar con fundamentos razonados y valorando las pruebas que existan para determinar el perjuicio moral de cada uno de los demandantes, porque de esta manera persiste el ejercicio ilimitado del denominado "arbitrio judicial"

NOTA DE RELATORIA: En relación con los fundamentos para determinar perjuicios morales, consultar sentencia de 23 de agosto de 2012 , Exp.24392

IMPERATIVO CONSTITUCIONAL - Motivar y justificar las decisiones judiciales

La motivación y justificación de las decisiones judiciales no sólo obra por mandato constitucional (artículos 29 y 230), sino también con fundamento en el control convencional (material) al que está llamado el juez contencioso administrativo y que se impone en virtud del artículo 93 de la Carta Política, y de los artículos 1.1, 8, 25 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.(...) La motivación y justificación de las decisiones judiciales no se limita sólo a garantizar la eficacia de la tutela judicial efectiva en cabeza de toda víctima, sino que permite materializar el derecho constitucional fundamental al debido proceso de toda entidad demandada, sin que pueda exponerse a ninguno de los sujetos procesales a construcciones pretorianas ajenas al razonamiento debido, so pretexto de amparar un desmedido arbitrio judicial, que como toda herramienta de discrecionalidad no es absoluta y se limita, especialmente, a los mandatos constitucionales, convencionales y de protección eficaz de los derechos en los dos extremos de la litis. La premisa final, pues, se encamina a considerar a la motivación como garantía constitucional propiamente y como herramienta para alcanzar la legitimidad democrática de la que debe estar provista toda decisión judicial.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 93 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ARTICULO 1.1. / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ARTICULO 63.1

ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Garantía constitucional se concreta en la motivación y justificación del juez

La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación y justificación 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29

24 Como puede extraerse, la motivación y justificación 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”¹⁶.

25 La motivación y justificación 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 duda¹⁷.

26 Así mismo, la motivación y justificación 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”¹⁸. 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

¹⁶ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.139.

¹⁷ PÉREZ ROYO; Javier. Curso de derecho constitucional. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

¹⁸ ASIS ROIG, Rafael de. El juez y la motivación en el Derecho. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”¹⁹.

27 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.

28 En la jurisprudencia constitucional la motivación y justificación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior”²⁰ (subrayado fuera de texto).

¹⁹ “Estamos, en este último caso, ante un concepto jurídicamente indeterminado, que no responde a ningún apriorismo y su formulación exige analizar cada caso en concreto”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.164.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

29 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”²¹ (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.

30 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”²², 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*”²³. 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*”²⁴.

31 Luego, la motivación y justificación en la tasación y liquidación 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

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

²² TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975, pp.450 ss.

²³ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del proceso>, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p.433.

²⁴ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*,. ob., cit., p.169.

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.

32 Con fundamento en los anteriores argumentos es que me aparto de la decisión de la Sala, ya que no motivó suficiente y razonadamente la decisión de tasar los perjuicios morales en el caso concreto, siendo necesario exponer las líneas generales de la motivación que de existir para reconocer y tasar los perjuicios morales, y su aplicación al caso en concreto.

3.2. Líneas generales para la motivación de la decisión judicial que reconoce y tasa los perjuicios morales en un caso en concreto.

33 El reconocimiento y tasación de los perjuicios morales no puede realizarse como una simple operación de inferencia²⁵ lógica (esto es, servirse sólo de las presunciones judiciales²⁶), sino que debe estar en concordancia con la debida, razonada y completa motivación, y que debe encaminarse, como lo argumenta la Corte Constitucional en su sentencia T-736 de 2012, a que el operador judicial

²⁵ Es necesario aclarar este concepto: “(...) Cuando razonamos haciendo uso de inferencias inductivas, partimos de la observación de la realidad y gracias a los datos recibidos llegamos a conclusiones generales, a generalizaciones, a través de un proceso lógico, que podemos dividir en diversos pasos: a) recepción de los hechos que brinda la experiencia; b) elaboración de un análisis de esos hechos para determinar aquellos que son esenciales de los meramente accidentales. Posteriormente, c) búsqueda de aquel principio, regla, o convención general y pacíficamente aceptada que pueda explicar los datos experimentales, que los ponga en relación convincente. Es decir, búsqueda de la hipótesis. Y, por último, d) comprobación de la validez o corrección de aquel principio, o regla que utilizamos en la hipótesis. Si es un principio válido o correcto tenemos la tesis de razonamiento, es decir, la conclusión fundada en el razonamiento (...) En todo caso, cualquier argumento erigido gracias a la inferencia inductiva, ya sea completa o incompleta, puede refutarse presentando excepciones que no permitan sostener la validez de la regla general (...) La inducción en razonamiento judicial es un excelente instrumento lógico para la averiguación de los hechos susceptibles de enjuiciamiento. Sin embargo, nótese que para estimar la corrección de la inferencia inductiva debe probarse que los hechos que fundan la inducción son ciertos, suficientes y representativos del conjunto (...) En términos lógicos estaremos ante una incorrección de la inferencia inductiva cuando generalicemos a partir de casos insuficientes o poco representativos entre los que no existe identidad de razón, cuando a partir de datos ciertos la inducción arroje una conclusión que va más allá de lo que estos datos autorizan, cuando aplicamos una regla general sin tener presente los casos atípicos en los que su aplicación no puede llevarse a cabo por constituir una excepción” (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.278 a 280.

²⁶ “Como sostiene GASCÓN ABELLÁN, entendemos que la presunción judicial no es un medio de prueba *stricto sensu* sino un procedimiento probatorio de naturaleza indiciaria y, por ello, fundado en la inferencia que el juez realiza tomando como premisas de su razonamiento un hecho o conjunto de hechos probados (indicios) y una máxima de experiencia. Los indicios y la máxima de experiencia permiten formar la convicción judicial sobre un hecho desconocido, susceptible de conocimiento sólo si la inferencia entre los indicios y la máxima de la experiencia se ha realizado de forma correcta. Tradicionalmente, la doctrina jurisprudencial ha evidenciado su preferencia por las pruebas directas o históricas frente a las pruebas indirectas o fundamentadas en *praesumptionis hominis seu iudicis*, alegando el mayor grado de certeza sobre la existencia de los hechos que ofrece la prueba directa frente a la indirecta (...) En todo caso, al igual que en las pruebas directas o históricas, lo más importante es que la prueba indiciaria arroje un resultado probatorio correctamente inferido que permita fundamentar la convicción judicial (...) En este ámbito, acaso como en ningún otro del fenómeno de la valoración probatoria, campa a sus anchas el arbitrio judicial. De ahí la necesidad de control efectivo de la racionalidad judicial indiciaria a través de la garantía de motivación (...) la prueba indiciaria, acaso como en ningún otro lugar de la probática, es el campo por excelencia de las inferencias hipotéticas, cuya corrección lógica es *conditio sine qua non* para su estimación como elemento probatorio por el tribunal. Así las cosas sólo cuando exista certeza moral sobre los enunciados factuales contruidos en función de inferencias impecables, fundamentalmente abductivas (sic), el razonamiento indiciario podrá integrar lícitamente la motivación *coram proprio iudice*, satisfaciendo la lógica propia del “contexto de descubrimiento” que conduciría posteriormente al “contexto de justificación” expresado en la motivación *coram partibus*”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.344, 345, 347 y 348.

realice **“un análisis de las condiciones fácticas de cada uno de los demandantes para soportar la grave aflicción a ellos ocasionada”** (subrayado y negrilla fuera de texto), a presentar los **“argumentos fundados que permitieran considerar que el precedente del Consejo de Estado sobre la tasación de perjuicios morales no era aplicable a ellos, por ser contrarios a la Carta Política, existir diferencias fácticas entre el precedente y los casos analizados, o considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera, en aras de la protección de los derechos fundamentales”**.

34 Es sustancial resaltar que la afirmación como precedente horizontal de la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expedientes 13232-15646) no puede convertirse en regla de petrificación jurisprudencial²⁷, ya que en la mencionada sentencia de la Corte Constitucional (T-736 de 2012) expresamente se considera que el operador judicial, más aún una Sub-sección de la Sección Tercera del propio Consejo de Estado, puede apartarse del (equivocadamente concebido) precedente si **existen diferencias fácticas entre este y el caso en concreto objeto de decisión por la Sala**, o si en determinado evento la decisión de reconocer, tasar y liquidar los perjuicios morales debe hacerse de manera diferente para proteger los derechos fundamentales de la víctima.

²⁷ “Ahora bien, si nos ponemos en la posición del juez que debe resolver un determinado caso concreto, nos damos cuenta de que pueden existir muchas clases de precedentes. El juez puede estar obligado simplemente a tener en cuenta la decisión anterior como parte del material en el que puede basar su decisión en el caso presente; o por el contrario, puede estar obligado a resolver el caso de la misma manera en que fue decidido el caso anterior salvo que tenga razones válidas para no hacerlo. O puede incluso estar obligado a resolverlo de la misma manera en que se decidió el caso anterior, a pesar de tener buenas razones para no hacerlo”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W., *El precedente en el derecho inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.24. “El precedente, conforme lo anterior, se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema del common law, como una fuente formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la mismas – *ratio decidendi* -, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad- *stare decisis* -, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica. La doctrina del precedente en este sentido se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la predica según la cual, los fallos anteriores, por lo menos una parte de los mismos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al derecho de creación judicial, a partir de una profunda aceptación a la individualidad y personalidad judicial, previo el agotamiento de las reglas que el sistema ha desarrollado para estos efectos, que en líneas generales y en relación con una visión formal del mismo, se resumen en la concurrencia de dos claros elementos configurativos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. La *ratio decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares (...) la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento de la *ratio decidendi*, “... depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación” (subrayado fuera de texto). SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*, Ponencia: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010.

35 En la construcción de esa motivación y justificación debe distinguirse entre el reconocimiento que de los perjuicios morales procede y la tasación de los mismos, como pasa a exponerse *in extenso*.

3.3. Alcance conceptual del perjuicio moral.

36 Antes de reconocerlo es necesario exponer, en unas breves líneas, el alcance conceptual del perjuicio moral. De acuerdo con Baudry-Lacantiniere y Barde se trata de todo “perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo”, que “comprende: la desconsideración que significa para la persona atacada el resultado del ataque, el dolor causado por la pérdida de una persona querida, los sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son, a veces, la consecuencia del hecho dañoso”²⁸.

37 En clave filosófica el perjuicio moral puede encontrar fundamento en lo expuesto por Rudolph von Ihering según el cual la “jurisprudencia romana llegó en esto (daño moral) a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que lo proteja el derecho”²⁹.

38 Se trata de un perjuicio que “no está circunscrito a los casos de sufrimiento generado por las lesiones físicas o la muerte. Su campo es tan amplio que basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda. El daño es entonces el dolor, la congoja, el sufrimiento y la aflicción compensables con una suma de dinero o mediante otra forma decidida por el juez”³⁰.

²⁸ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2ª ed, T.III, París, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1905, pp.1099 y 1100. Para Carbonnier el “daño moral es el que no produce detrimento patrimonial alguno”. CARBONIER, Jean, *Droit Civil*, París, PUF, 1978, p.84. En tanto que Von Thur considera que los daños morales son “los quebrantos y dolores físicos o de orden moral que se le producen al hombre cuando ilícitamente se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus personales intereses”. THUR, A. Von, *Tratado de las obligaciones*, T.I, Reus, Madrid, 1934, p.88. “B. WINDSCHEID dice, de forma muy categórica, que en caso de lesión de un hombre libre, además del resarcimiento del interés patrimonial, se podía reclamar la llamada indemnización del dolor o dinero del dolor (Schmerzensgeld). Según el autor citado, la máxima recogida de una llamada “*Constitutio carolina*” se fundaba en la práctica y había encontrado un punto de apoyo en una ordenanza judicial, donde se decía que el juez que había aplicado tortura a algún sospechoso, pero sin indicios suficientes, estaba obligado a resarcirle convenientemente por el desdoro, por los dolores, por los gastos y por los daños. WINDSCHEID recuerda que en parecido sentido habían decidido la cuestión en Alemania los tribunales de Oldenburgo, Munich, Kassel, Jena y Rostock. Según WINDSCHEID, la indemnización del dinero del dolor no se otorgaba a título de pena, sino de resarcimiento y respondía, en este sentido, al esquema de una *utilis actio legis aquiliae*. DIÉZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, T.V, 1ª ed, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2011, pp.356 y 347.

²⁹ Citado en MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. Délictuelle et contractuelle*, T.I, 4ème ed, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1947, p.321.

³⁰ “El fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 para el derecho colombiano (Corte Suprema de justicia, Sala Civil, 21 de julio de 1922. M.P. Tancredo Nannetti), y el fallo Letisserand (Consejo de Estado francés, 24 de noviembre de 1961), son

39 El reconocimiento y tasación de los perjuicios en la actualidad ha dejado de lado el cuestionamiento planteado en la teoría clásica de la responsabilidad extracontractual, en la que se preguntaba: “Cómo los jueces fijarán la suma a pagar a la víctima? Sobre cuáles elementos se basarían? El quantum de los daños-intereses debe mensurarse conforme con el perjuicio sufrido; pero, como este es extra-pecuniario, el daño moral no es susceptible de evaluación. Entonces, necesariamente, los jueces tendrán en cuenta la importancia de la culpa cometida: a mayor culpa resulta un más grave perjuicio, más elevada será la cifra de los daños-intereses”³¹.

40 Después de aportar unos mínimos criterios conceptuales del perjuicio moral, se debe estudiar cómo se estructura la motivación para su reconocimiento y tasación.

3.4. La estructuración de la motivación para el reconocimiento y tasación de los perjuicios morales.

41 Desde junio de 2011 la Subsección C de la Sección Tercera viene aceptando (y no puede afirmarse que sea una posición minoritaria) la necesidad de motivar las decisiones en las que se reconoce, tasa y liquida los perjuicios morales, discrepando la misma Sala con el suscrito respecto a la metodología que puede emplearse para la liquidación y que se funda en la aplicación del principio de proporcionalidad.

42 Hasta la fecha la Sala en diferentes oportunidades ha venido expresando una serie de argumentos respecto de los cuales, respetuosamente, plantearé mi posición y los errores y equívocos conceptuales en los que incurre, para lo cual se transcribe el aparte de la sentencia y luego su valoración.

los fallos de principio que según la doctrina, reconocen por primera vez de manera explícita la indemnización del perjuicio moral. En efecto, el fallo colombiano citado, al resolver un caso de perjuicio causado a un viudo por la extracción ilícita de la fosa de los restos de su mujer, considera que “al demandante Villaveces, por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil” (...). A su turno, el fallo Letisserand, al considerar que “el dolor moral que resulta para esta última (la madre) de la desaparición prematura de su hijo es por sí mismo indemnizable”, revolucionó la concepción del Consejo de Estado francés que negaba dicha reparación al apoyarse sobre la célebre frase <las lágrimas no se monedean>”. HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, a1 ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.233.

³¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. Délictuelle et contractuelle*, T.I, ob., cit., p.328. “La tradición de la indemnizabilidad (sic) de un daño moral fue tempranamente recibida en el Derecho (sic) francés. Entre las más antiguas sentencias se suelen citar la de 13 de febrero de 1923, que consideró como daño moral el dolor experimentado por los hijos de la víctima de un accidente mortal, que es suficiente, según dicha sentencia, a falta de cualquier otro perjuicio de carácter material, para que sea admisible la acción de indemnización de daños y perjuicios”. DIÉZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.347.

43 Sin duda alguna la utilización de criterios objetivos tiene la finalidad de contribuir a la transparencia, a la imparcialidad y a la corrección, y no a mantener privilegios ilimitados como el arbitrio iuris, el que sin la debida limitación puede representar, para cualquiera de los extremos de la litis, el mantenimiento de una posición privilegiada que crea mayor desconfianza en el juez contencioso administrativo por la tendencia a comprender caprichosamente dicho arbitrio. La afirmación de criterios se encuadra, además, en la exigencia de la denominada “zona de razonabilidad” del juez³², y se integra (en este sentido y no como se señala por la Sala) en la “nomoárquica jurídica”, ya que tales criterios se sustentan en la vigencia de un modelo de derecho sustentado en los “principios”³³.

La consideración de “criterios objetivos” procura que el juez contencioso administrativo no desborde su arbitrio judicial y especialmente exceda la idea de un profundo pragmatismo, pues ésta “deja poco espacio a la “teoría”, si hemos de entender ésta como una labor que puede, y debe, explicitarse no sólo para que aquélla deje de ser un mero “actuar automático”, sino para que, consciente de sus legítimas bases, pueda considerársela una “práctica responsable” frente a un componente social que no puede reducirse a sus <resultados efectivos>”³⁴. Por el contrario, la afirmación de los “criterios objetivos” permite al juez contencioso administrativo retornar a la dogmática jurídica, entendida como aquella que “aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad. El método de la dogmática jurídica no es el de la explicación causal, sino el de la comprensión del sentido, ya que solo así puede ser entendida una estructura de sentido como lo es un sistema jurídico”³⁵. Comprensión que se ofrece no por un falso ejercicio del “arbitrio iuris”, sino sustentado en el reconocimiento de mínimos criterios objetivos con base en los cuales el raciocinio del juez contencioso administrativo cumpla

³² POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, ob., cit., pp.104 y 105.

³³ VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Nomoárquica, principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, Comlibros, Medellín, 2007.

³⁴ BEDOYA GIRALDO, Hubed de Jesús, “Reseña de <Nomoárquica, principalística o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho de Hernán Valencia Restrepo>”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, V.37, No.107, julio-diciembre, 2007, p.572.

³⁵ La dogmática es la “*explicación sistemática* de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., <autonomía privada> <propiedad privada>, <culpa y pena>, <principio de escuchar a las dos partes>, <pluralismo de partidos> <Estado de Derecho>, etc. Estos principios jurídicos descansan [como el principio de proporcionalidad] en últimos (sic), originarios <proyectos de sentido> para la conformación de la vida social de un pueblo en un momento determinado”. WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Aguilar, Madrid, 1977, p.193.

debidamente con el deber de administrar justicia y respete el derecho eficaz al acceso a la administración de justicia.

44 Finalmente, debo reafirmar la consideración de “criterios objetivos” obedece a un principio general de justicia orientado a sostener que “los individuos tiene derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que distribuir cargas o beneficios; también es algo que debe ser restablecido cuando ha sido alterado”³⁶, lo que no puede resolverse con un ejercicio desbordado del arbitrio judicial con el que posiblemente el juez contencioso no cumpla con el principio de justicia, bien porque atiende a presupuestos eminentemente subjetivos, o porque no ofrece razonadamente criterios objetivos con los que pueda atenderse a un verdadero equilibrio o proporción³⁷, sin que implique desconocer el mandato de indemnizar a la víctima cuando se produce una afectación en su esfera moral, sino por el contrario buscando garantizar que no se convierta en “regla judicial” un arbitrio sustentado en una posición jurisprudencial, puesto que en la indemnización o compensación de los perjuicios morales es “concebible, por otra parte, que pueda haber un enfoque moral que no coloque a los individuos en un pie de igualdad recíproca en estas cuestiones”³⁸, por lo que dentro de tal enfoque la consideración de “criterios objetivos” permite afirmar que el “derecho sólo sería justo si reflejara estas diferencias y tratara en forma diversa los casos diferentes”³⁹.

45 Ahora bien, ¿no pueden ser objeto de ponderación los perjuicios morales? Cuando la Sala afirma esto ¿se promueve la ausencia de motivación, justificación o razonamiento de la decisión judicial? Si esto es así, la Sala contradice hasta aquellos en los que dogmáticamente puede apoyarse, que afirman que “lo único que podemos hacer es exigirle al juez que justifique exigentemente, mediante razones los más convincentes y compartibles que sea posible, sus opciones y las valoraciones en que se basan, pero tales razones con que el juez motiva su

³⁶ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p.198.

³⁷ “Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene y restablece un *equilibrio o proporción*, y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: “tratar los casos semejantes de la misma manera”; aunque es necesario añadir “y tratar los casos diferentes de diferente manera” (...) Hay por lo tanto una cierta complejidad en la estructura de la idea de justicia. Podemos decir que consiste en dos partes: una nota uniforme o constante resumida en el precepto “tratar los casos semejantes de la misma manera”, y un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes. En este aspecto la justicia es como las nociones de lo que es genuino, o alto, o caluroso, que contienen una referencia implícita a un criterio que varía según la clasificación de la cosa a la que esas palabras se aplican” (subrayado fuera de texto). HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, ob., cit., p.199.

³⁸ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, ob., cit., p.206.

³⁹ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, ob., cit., p.206.

decisión en los casos difíciles no serán nunca razones puramente demostrativas, jamás podrán ser prueba plena de que dio con la única respuesta correcta, sencillamente porque un caso no tiene una única respuesta correcta cuando las palabras de la ley permiten varias⁴⁰. Por esto, cuando la Sala concibe que no puede ponderarse los perjuicios morales niega que pueda razonadamente motivarse (con base en criterios objetivos) y cabe preguntar: ¿cómo se llega a la conclusión de fijar un determinado “quantum indemnizatorio”?

46 La Sala reconoce que ante la imposibilidad de definir “el grado de afectación interior” debe el juez acudir en su decisión a la equidad. Con esta afirmación incurre en varias equivocaciones: 1) desconoce el material probatorio que ordinariamente se allega a todo proceso y que permite, especialmente la prueba testimonial, determinar si la presunción de aflicción de la que se parte en el reconocimiento de los perjuicios morales se encuentra constatada o no; 2) acudir a la equidad no resuelve el problema de la falta de motivación entendida como “justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa”⁴¹; 3) finalmente, no puede confundir el grado de afectación del daño antijurídico porque en su materialidad quedó definido, luego es contradictorio que demostrándose dicho daño, se afirme la negación de su naturaleza fenomenológica de la que cabe extraer un primer elemento objetivo, ya que no es lo mismo el padecimiento, el sufrimiento y la aflicción que se produce con ocasión de una muerte (que a su vez obedece a su fenomenología, violenta, accidental, traumática, etc.), de una lesión (que puede llevar a una invalidez total, por ejemplo), de la afectación al honor o a la honra, al buen nombre, a los derechos fundamentales o humanos violados.

47 Debe la Sala orientar adecuadamente su posición porque en la construcción de la motivación y justificación para el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios morales no se atiende sólo a un criterio como el de la convivencia, sino que operan diferentes criterios objetivos que se extraen de la concepción constitucional de la familia que existe en la jurisprudencia constitucional, y cuya aplicación obra con base en la prueba (testimonial especialmente) con la que pueda constatarse la presunción de aflicción de la que parte el reconocimiento de los perjuicios morales.

⁴⁰ GARCIA AMADO, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica* 1a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p.105.

⁴¹ PERELMAN, Charles, *Éthique et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp.213-214.

48 Pero no sería suficiente la motivación anterior sin exponer la postura que la Subsección C de la Sección Tercera ha aceptado desde junio de 2011, sea o no posición minoritaria o mayoritaria, en los siguientes apartados.

3.5. Motivación racional para la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

3.5.1. El reconocimiento de los perjuicios morales. Prueba del parentesco, reglas de la experiencia y presunción de aflicción.

49 La premisa es, en mi criterio, que la sentencia de la Sala no estructuró ninguna motivación y justificación para reconocer y tasar los perjuicios morales, sino que acoge de manera irreflexiva y mecánica su existencia, tasando sin tener en cuenta un mínimo razonamiento y desprovista de toda argumentación jurídica⁴².

50 En ese sentido, la reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012⁴³ señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

⁴² “(...) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos. 2. Esos 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. Esos argumentos deben 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. Podría añadirse un cuarto requisito: que ni las premisas empleadas y justificadas ni el fallo vulneren los contenidos de las normas jurídicas, al menos en lo que tales contenidos sean claros. Esta exigencia se desdobra, a su vez, en dos: a. que los elementos con que el juez compone su razonamiento decisorio no rebasen los límites marcados por las normas procesales; b que el fallo no contradiga el derecho sustantivo” (subrayado fuera de texto). GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “La argumentación y sus lugares en el razonamiento judicial sobre los hechos”, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p.49.

⁴³ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

51 Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas (por muerte o lesiones) produce como consecuencia de los daños antijurídicos en virtud de los hechos como los ocurridos en los que se produjo la desaparición de Fabián Alonso Salazar Cardona como consecuencia, no puede reducir su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que comprende la consideración, el respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se ven vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

52 Como premisa se tiene la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la afectación a su lugar de vivienda o habitación. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que se produce entre la esfera moral de cada individuo y la eficacia de los derechos humanos a este reconocidos.

Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación integral consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la *restitutio in integrum*, que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁴.

Precisamente, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de mayo de 2007, relativa a la masacre de la “Rochela”, se sostuvo “que en el ámbito interno no se dispuso una indemnización por el sufrimiento propio de las víctimas fallecidas, por lo que corresponde determinar la indemnización pertinente”. Se trata, por lo tanto, de reconocer que con ocasión de la afectación de la lesión a la vida, a la integridad personal, o al ejercicio de la libertad, por ejemplo, de las víctimas y sus familiares se produjo, como se puede constatar con los medios probatorios que obran en el expediente (en especial la prueba testimonial), toda una serie de padecimientos, sufrimientos y temores que se reflejan en lo más íntimo y personal de cada uno, ponderado en función a su posterior tasación y liquidación, que de no reconocerse, para este tipo de casos específicamente y con la mayor cantidad de medios probatorios permita arrojar la certeza, o inducir con certeza la existencia de tales perjuicios en cabeza de todos

⁴⁴ PINTO, Mónica. “La réparation dans le système interaméricain des droits de l’homme. A propos de l’arrêt Aloeboetoe”, en *Annuaire Français de Droit International*. T.XLII, 1996, pp.733 a 747.

y cada uno de los actores, podría socavar el derecho a la reparación integral reconocido constitucional y legalmente.

53 La fundamentación anterior trasladada al caso concreto, y como parte de la motivación, exige la constatación y acreditación debida y legalmente del parentesco, para lo que procede el examen de los registros civiles (de nacimiento, de matrimonio y, en dado caso, de las partidas de bautismo⁴⁵), de manera que pueda reconocerse los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares.

54 Dicho reconocimiento se encuentra acompañado, en el raciocinio del juez contencioso administrativo, por la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, la vulneración del honor, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia⁴⁶ como espacio básico de toda sociedad⁴⁷ (el segundo criterio

⁴⁵ En aplicación de la Ley 92 de 1938 y del Decreto 1260 de 1970 (artículos 105 y 106).

⁴⁶ “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992¹ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto). “La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: “En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: “1º. Los descendientes legítimos; “2º. Los ascendientes legítimos; “3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º; “5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º; “6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. “Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”. “También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el

con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales

hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”⁴⁷ (Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

⁴⁷ “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que “[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- cómo estaba conformada la familia?; - qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres – hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?), y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental⁴⁸.

55 Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que el reconocimiento de la existencia de los perjuicios morales con base en las reglas de la experiencia lleva a presumir que en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos, debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, pero teniendo en cuenta también su desdoblamiento en el libre desarrollo de la personalidad y en la participación de todo individuo como miembro de una familia, espacio básico de toda sociedad⁴⁹. Y se afirma que debe tratarse de parientes inmediatos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política⁵⁰.

⁴⁸ “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

⁴⁹ Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, expedientes: 32651 y 18569.

⁵⁰ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: “En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727.

56 No se pudo conocer en la sentencia de la Sala si para el caso concreto obraban tanto pruebas acerca del parentesco para su reconocimiento inicial, como pruebas testimoniales en las que se reflejara el alcance de la aflicción o dolor padecido por los familiares de Esther Vásquez de Gómez.

57 Ahora bien, probado el reconocimiento de los perjuicios morales, el juez contencioso administrativo debe examinar si encuentra que las entidades demandadas, precisamente, desvirtuaron la presunción de aflicción causada a los demandantes por, lo que lleva a concretar la existencia y reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares. En el proceso las entidades demandadas no desvirtuaron en ningún momento el parentesco o las relaciones propias a este, lo que lleva a concretar el reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos, sin perjuicio de lo sostenido por la Sala respecto de aquellos que no se acreditó su legitimación, y aquellos que no acudieron al proceso debidamente representados, y quienes en la demanda no invocaron la calidad de terceros damnificados, lo que impide que haya lugar a modificar la causa petendi.

58 Ahora bien, acreditado el reconocimiento de los perjuicios morales, la Sala debe examinar la tasación y liquidación de los perjuicios para lo que, en principio, sí cabe exigir una mínima carga probatoria a los demandantes que permitan al juez, dentro de su arbitrio judicial, determinar la cuantía a indemnizar.

3.5.2. La indiscutible motivación para la tasación de los perjuicios morales.

59 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012⁵¹, 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**

⁵¹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

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).

60 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, ponderadamente en consideración a cada caso, y no como una regla en abstracto.

61 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 nexo 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 que 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).

62 De los anteriores argumentos no hay 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 arbitrio judicium (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.

63 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.

64 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).

65 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.

66 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”.

67 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 jurisprudencia⁵². 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

⁵² La Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo del 6 de septiembre de 2001 argumentó lo siguiente: “Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción”. (negrilla fuera de texto original).

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).

68 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 administrativa, 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”⁵³; 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”⁵⁴; c) los “criterios

⁵³ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁵⁴ “En el caso concreto considera la Sala que no hay lugar a condenar a la Nación por los perjuicios morales reclamados por el actor porque las molestias aducidas no alcanzan la connotación de daño moral, entendido este concepto en sentido amplio para abarcar no sólo el dolor moral sino otra serie de perjuicios no afectivos que inciden en el ámbito de la esfera espiritual. No hay duda de que el actor padeció las molestias e incomodidades inherentes al racionamiento de energía y al cambio de la hora legal, pues las mismas fueron sufridas por toda la población, como consecuencia de una medida que hubo necesidad de adoptar con el fin de conjurar una crisis que de prolongarse habría tenido consecuencias muy graves para la economía del país. Sin embargo, tales molestias no alcanzaron a juicio de la Sala y según la prueba que obra en el proceso a producirle al demandante un grave sufrimiento, susceptible de reparación, de la naturaleza de aquel que se padece por la pérdida de un ser querido o el agravio que se infiere al cuerpo o a los sentimientos o a los derechos fundamentales de las personas con una lesión o una injuria, sino tan solo incomodidades menores que si bien afectaron su vida cotidiana no incidieron seriamente en su espiritualidad. El demandante afirma que las limitaciones a que se vio sometido durante las horas de racionamiento le causaron aflicción, frustración, desesperación, desolación. Sin embargo, no demostró haber padecido realmente trastorno emocional significativo durante esa época. Si bien el sufrimiento moral se padece interiormente, son sus manifestaciones externas las que permiten su afirmación. Por lo tanto, no basta con asignar calificativos a los hechos, es necesario demostrar su existencia. En consecuencia, no hay lugar a declarar la

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 mismos⁵⁵; 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 1995⁵⁶; 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 contratiempo⁵⁷. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales⁵⁸. 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 considerados⁵⁹”; f) “cuando la jurisprudencia contencioso administrativa

responsabilidad del Estado en el caso concreto porque el demandante no acreditó el primer elemento de la reparación cual es el daño”. Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁵⁵ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁵⁶ “Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades. Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. [...]”. Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)]. Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon.”

⁵⁸ Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 (CP Hernán Andrade Rincón) [Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109)]. Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: ‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’ (fl. 48 C. 2). || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes trascrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse,

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 iguales⁶⁰. 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 discriminatorias”.

69 Ahora bien, 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 *judicium* (arbitrio *judicis*), sino a ejercer con plena objetividad la labor de análisis que demanda el respeto por las garantías constitucionales que merecen respeto según la jurisprudencia de la

los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos. || De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso.”

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de marzo 7 de 2002 (CP Jesús María Carrillo Ballesteros) [Rad. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807)]. La sentencia sostiene al respecto lo siguiente: “Tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de la indemnización del perjuicio moral no es reparadora ni restitutoria, sino compensatoria. En este sentido, asiste razón al apelante cuando afirma que todo el oro del mundo es insuficiente para compensar la pérdida que causa la muerte de un inocente niño. || Y es, precisamente, sobre la anterior premisa que la jurisprudencia ha construido su criterio para la valoración e indemnización del perjuicio, en el que reconoce discrecionalidad al juzgador y apela a su buen juicio, pero que exige del mismo la observancia de principios tales como la equidad y la igualdad, en aras de los cuales, y sin que ello implique desconocer las circunstancias propias de cada caso, al entrar a fijar la indemnización debe concederla en un monto similar al reconocido frente a hechos similares. || Aunque por mandato Constitucional los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, la misma Carta reconoce los criterios auxiliares que para la actividad judicial representan los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina. || Bajo este universo, para la Sala es claro que, en tanto no contravengan ni el texto ni el espíritu de la ley, las directrices jurisprudenciales constituyen un importante instrumento para quien administra Justicia, además de brindar seguridad a los asociados sobre las pautas que regirán la resolución de sus conflictos”.

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 inconmensurable, 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 retrotraible 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 *arbitrium 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).

70 De otra parte, 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,

ansiedad⁶¹, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad⁶², inseguridad, frustración, e impotencia⁶³⁶⁴; 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”⁶⁵; 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”⁶⁶; 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”⁶⁷.
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”⁶⁸.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, en la que se consideró para tasar el perjuicio moral el impacto que causó en la familia la desaparición de la víctima.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, se consideró también la frustración e impotencia como factores a tener en cuenta en la tasación del perjuicio moral, consecuencia de la abstención de las autoridades de investigar los hechos.

⁶⁴ ROJAS BAEZ, Julio José. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, en [www.corteidh.org.cr/tablas/R22050.pdf].

⁶⁵ “(…) resulta evidente que [la víctima] experimentó dolores corporales y sufrimiento antes de su muerte, lo que se vio agravado por el ambiente de hostigamiento que vivía en esa época”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Mack Chang contra Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005.

⁶⁷ “(…) a la teoría de la argumentación le compete poner de manifiesto que las cosas de los jueces no son ni tan claras ni tan oscuras, que, entre el noble sueño y la pesadilla, en términos de HART, cabe el camino intermedio de una posible racionalidad argumentativa, de un concepto débil, pero no inútil, de racionalidad. Ni es la práctica del derecho conocimiento puro, sin margen para la discrecionalidad judicial, ni es, por necesidad, extrema la discrecionalidad, transmutada en arbitrariedad irremediable. Los jueces deciden porque valoran, pero esas valoraciones son susceptibles de análisis y calificación en términos de su mayor o menor razonabilidad: en términos de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que en la motivación de las sentencias vengan justificadas”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.52.

⁶⁸ “Las teorías de la argumentación jurídica acostumbran a diferenciar la justificación externa y la justificación interna de las decisiones. La justificación externa se refiere a la razonabilidad o aceptabilidad de las premisas, a las razones que amparan la elección de las premisas de las que la decisión se deriva. La justificación interna alude a la corrección de tal derivación, a la validez, lógica en mano, de la inferencia mediante la que de aquellas premisas se saca la resolución a modo de conclusión (…). La decisión final, la que se contiene en el fallo de la sentencia, es el producto lógicamente resultante de una serie de decisiones previas, las decisiones que configuran las premisas, que les dan su contenido. Esas previas decisiones son propiamente tales, lo que quiere decir que encierran la opción entre distintas alternativas posibles. Y por ser, así, decisiones, elecciones que el juez, hace, han de estar justificadas. La justificación externa es justificación de la elección de las premisas. Son las premisas las que sostienen directamente el fallo, pues éste, por así decir, se justifica solo, en cuanto que es o pretende ser mera conclusión inferida con necesidad lógica de esas premisas. Aquí viene ahora a cuento lo que podríamos denominar la regla de exhaustividad de la argumentación, regla argumentativa que se puede

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, 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 derecho⁶⁹. 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 premisas⁷⁰ (subrayado fuera de texto).

71 ¿Cómo argumentar y lograr la motivación y justificación racional en la tasación y liquidación de los perjuicios morales? Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala:

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material⁷¹.”

72 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

enunciar así: toda afirmación relevante para la configuración de una premisa de la decisión final y cuyo contenido no sea perfectamente evidente debe estar basada en razones explícitas, tantas y tan convincentes como sea posible. En otros términos, el razonamiento judicial mostrado en la motivación no debe ser entimemático en nada que no sea evidente, no puede haber premisas o subpremisas ocultas” (subrayado fuera de texto). GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., p.63.

⁶⁹ De manera crítica se argumenta: “En su estado actual, la llamada teoría de la argumentación jurídica tiene dos carencias principales. Una, que no ha sido capaz de proporcionar apenas herramientas manejables y suficientemente precisas para el análisis de los argumentos en las sentencias. Falta una buena taxonomía de los argumentos habituales y falta desarrollar las reglas del correcto uso de esos argumentos. Esto parece consecuencia de la deriva que la teoría de la argumentación ha tomado hacia las cuestiones de justicia material y de la síntesis dominante entre teoría de la argumentación y iusmoralismo. Por esa vía acaba importando más el contenido del fallo y el modo en que se discute su justicia o injusticia, su coherencia mayor o menor con los valores morales que se dicen constitucionalizados y que se piensa que son el auténtico sustrato material del derecho que el modo mejor o peor como se argumente la interpretación de la norma aplicable o la valoración de las pruebas. La teoría de la argumentación ha ido abandonando la racionalidad argumentativa para echarse cada vez más en brazos de las viejas doctrinas que opinan que hablar es perder el tiempo cuando no sirve para llegar a la conclusión a la que se tiene que llegar”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., pp.69 y 70.

⁷⁰ “Podría añadirse un cuarto requisito: que ni las premisas empleadas y justificadas ni el fallo vulneren los contenidos de las normas jurídicas, al menos en lo que tales contenidos sean claros. Esta exigencia se desdobra, a su vez, en dos: a. que los elementos con que el juez compone su razonamiento decisorio no rebasen los límites marcados por las normas procesales; b. que el fallo no contradiga el derecho sustantivo”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., p.49.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente 1995-10351.

(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 experiencia⁷² como si se tratara de variables unívocas y uniformes⁷³, 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.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

XXXXX

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

⁷² ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.341 a 348.

⁷³ “¿Es posible, o mejor dicho, tiene sentido definir o analizar lo que llamamos <sentimientos> en toda su generalidad? Al fin y al cabo, nunca nos encontramos ante el <sentimiento> ni en nuestra existencia cotidiana ni en las actividades y objetivaciones que se elevan por encima de la vida diaria. Nos vemos confrontados a una diversidad de sentimientos cuyas funciones concretas no parecen tener nada en común. El sentimiento de ser descubierto, de gozar del sol, de hambre, de desprecio por algo o alguien, todos esos sentimientos juegan en mi vida papeles tan distintos que hacen por lo menos dudoso el que tenga derecho metodológicamente a empezar mi análisis antropológico partiendo del <sentimiento general>”. HELLER, Ágnes. *Teoría de los sentimientos*. 1ª reimp. México, Coyoacán, 2004, p.15.

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 68001-23-15-000-1996-01698-01(21541)

Actor: SANDRA PATRICIA TARAZONA

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACLARACION DE VOTO - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sub-sección C en la sentencia de 27 de febrero de 2013, me permito aclarar el voto en los siguientes aspectos: 1) no se pronunció acerca de la apelación presentada por el Ministerio Público; 2) no se pronunció acerca de la prueba trasladada; y, 3) falta e indebida motivación y justificación en la tasación y liquidación de los perjuicios morales reconocidos en la sentencia.

1. No se pronunció acerca de la apelación presentada por el Ministerio Público.

1 La Sala de Sub-sección C no se pronunció acerca de la apelación presentada por el Ministerio Público, aspecto en el que hay tanto jurisprudencia de la Sección Tercera, como de la propia Sala y reciente que en mi criterio debió considerarse.

2 En ese sentido, para determinar si en el *sub lite* es admisible la procedencia del recurso interpuesto por el Ministerio Público, debemos considerarse la jurisprudencia de la Sección Tercera, como por ejemplo en la sentencia de 25 de septiembre de 2005⁷⁴ donde se argumentó que “cuando se trata del agente del Ministerio Público, este podrá recurrir, siempre y cuando tenga interés jurídico para hacerlo porque la decisión del juez implique un detrimento al patrimonio público, a los derechos fundamentales o a una trasgresión al ordenamiento jurídico”.

⁷⁴ Sección Tercera, sentencia de 25 de septiembre de 2005, expediente 29677.

3 En efecto, se reconoce la posibilidad del Ministerio Público para interponer los recursos legales contra providencias judiciales, pero solo si este se subsume a tres situaciones: *i)* cuando haya un eventual detrimento del patrimonio público, *ii)* cuando se presente una vulneración a derechos fundamentales, y por último *iii)* si hay una trasgresión visible al ordenamiento jurídico, toda vez que debe ejercer un control de legalidad material.

4 Ahora bien, la Sub-sección A de la Sección Tercera en la sentencia de 7 de abril de 2011 consideró:

“Todo lo anterior conduce a que, cuando el Ministerio Público actúa, no como parte en sentido material, sino como sujeto procesal interviniente por virtud de la ley, no pueda hacer uso indiscriminado de los instrumentos procesales con miras a obtener la protección de los derechos individuales de las partes en contienda [en sentido material] de los cuales son titulares exclusivamente éstas, porque ello implicaría que asumiera la posición de coadyuvante en el proceso para defender un interés individual con miras a “sostener las razones de un derecho ajeno”⁷⁵, o suplir la negligencia de las partes demandante o demandada en el plano estrictamente procesal, lo cual, de contera, los ubicaría en un plano de desigualdad.

“Corolario de lo anterior, todas las actuaciones del Ministerio Público en el marco de los procesos contencioso – administrativos y en el trámite de aprobación o improbación (sic) de las conciliaciones judiciales y extrajudiciales debe estar determinada por la protección de los intereses señalados en el artículo 127 del C.C.A., de lo contrario, la actuación se tornará ineficaz.

“(…) Reitera la Sala que la forma idónea de “intervenir” en defensa del orden jurídico en las acciones indemnizatorias es a través del concepto que emite al amparo de los dispuesto por los artículos 210 y 212 del C.C.A., mas no, por regla general a través de la interposición de los recursos, salvo que con la decisión recurrida se afecte el orden jurídico en cuestiones consideradas de interés público.

“Lo anterior explica por qué el Ministerio Público no se halla limitado para recurrir las decisiones del Juez en las acciones públicas, pero sí lo está en los contenciosos subjetivos.

“Obsérvese que, concordante con lo anterior, la norma impone el deber de intervenir en defensa del patrimonio público, el cual, a términos del artículo 88 de la Constitución Política, tiene naturaleza de derecho colectivo y, por ende, tiene una indiscutible connotación de interés público.

“La protección a la cual se refiere la norma, significa que debe intervenir para mantener la integridad de su contenido, a efectos de que se prevenga e impida el detrimento injustificado cuando con la actuación se pretenda dar apariencia regular a operaciones no autorizadas por el ordenamiento jurídico⁷⁶, que estén dirigidas a lesionar este bien jurídico; de tal supuesto se puede inferir sin hesitación alguna que la protección obedece a razones de interés público.

“Finalmente, el precepto constitucional contenido en el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución y el mandato legal del artículo 127 del C.C.A., imponen el deber de intervenir en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, lo cual no amerita mayor análisis. Cuando en el curso del proceso se advierta la vulneración de este tipo de

⁷⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, parte General, Pág. 304 y ss, citando a Carnelutti y a Chiovenda.

⁷⁶ Sección Tercera, sentencia de 4 de noviembre de 2004, expediente AP-2305.

derechos, el Ministerio Público está en la obligación de desplegar las conductas orientadas a obtener la protección real y efectiva de los mismos.

“En consecuencia, los agentes y delegados del Ministerio Público, además de las atribuciones especiales señaladas en el artículo 127 del C.C.A., pueden desplegar las actuaciones procesales orientadas a proteger los intereses que deben salvaguardar, los cuales son los que inducen su intervención.

“Particularmente, cuando se trata de la impugnación de las providencias, la protección de los intereses públicos, es lo que determina, de manera general, el interés para recurrir por parte del Ministerio Público.

“En efecto, genéricamente todos los sujetos que intervienen en el proceso tiene la posibilidad de hacer uso de los recursos dispuestos por el ordenamiento procesal contra las providencias del juez, con miras a obtener la corrección de los errores, exclusivamente en cuanto éstos afecten sus intereses⁷⁷.

“A título de ejemplo, el demandado que ha sido absuelto de las pretensiones de la demanda en primera instancia, carecerá de interés para recurrir la sentencia que le ha sido favorable a sus intereses.

“Igual sucede con el Ministerio Público. Carecerá de interés para recurrir las decisiones del juez cuando éstas no soslayan el orden jurídico dentro de la acepción expuesta líneas atrás: el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales de las partes, es decir, cuando no medien razones jurídicas de interés público que ameriten su intervención como representante de los intereses de la sociedad en el proceso. (...)”⁷⁸ (subrayado fuera de texto).

5 De igual forma, fueron reiterados por la Sub-sección A en la sentencia de 23 de febrero de 2012 para decidir el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira:

“Como se aprecia, la forma tradicional de intervención del Ministerio Público se concreta al momento de emitir el concepto de que tratan los artículos 210 y 212 del C.C.A., pues la posibilidad de interponer los recursos contra las providencias proferidas a lo largo de la actuación se encuentra supeditada a que exista un verdadero interés jurídico del órgano de control para controvertir la decisión en tanto medie la protección del interés general o del orden jurídico, pues si la discrepancia se contrae o limita a una determinada hermenéutica que no se comparte y que afecta a una de las partes del proceso –demandante o demandada– el interés para recurrir o para impugnar sólo será de dicha parte afectada, puesto que de avalar o permitir esa específica circunstancia se estaría desvirtuando la verdadera función que desempeñan los Procuradores Judiciales en el proceso.

La anterior conclusión guarda consonancia con las labores asignadas al Ministerio Público en la Carta Política de 1991, comoquiera que en el texto constitucional vigente se suprimió la función que le asignaba la derogada Constitución Nacional de 1886 consistente en defender los intereses de la Nación⁷⁹. En ese orden de ideas, bajo la antigua normativa resultaba válido y admisible permitir que el órgano de control actuara a favor de los intereses de la Administración Pública, inclusive en aquellos eventos en los cuales la propia Nación se abstenía de recurrir la providencia que la afectaba.

Así las cosas, la Sala no estudiará el recurso formulado en esta ocasión por el señor Agente del Ministerio Público, toda vez que en el caso concreto no le asiste interés jurídico para impugnar la decisión de primera instancia, pues resulta evidente que la apelación va dirigida o encaminada a proteger los intereses de la entidad demandada,

⁷⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo 1, Sexta Edición, Editorial A B C Bogotá, 1978, pág. 506.

⁷⁸ Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2011, expediente 20481.

⁷⁹ En efecto, señalaba el artículo 143 de la Constitución Nacional de 1886: “Corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos; y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social”.

postura que, según los lineamientos antes trazados, resulta inadmisibleso pena de transgredir el principio de igualdad que rige el proceso, pues el interés que se pretende defender en el caso concreto es de carácter individual y tanto su titularidad como su defensa le corresponden, de forma exclusiva, a la entidad demandada⁸⁰.

Lo anterior resulta más evidente aún si se tiene presente que tanto en la sustentación de su recurso como al reiterar su argumentación mediante la emisión de concepto en esta instancia, el Ministerio Público no encaminó la impugnación a defender el ordenamiento jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales, por lo cual ni siquiera hizo mención a uno sólo de esos objetivos como constitutivos o fundantes de la finalidad del recurso en referencia⁸¹.

6 En la misma línea se encuentra la posición de la Sub-sección C, dado que en el auto de 27 de septiembre de 2012⁸² se consideró que existen unos supuestos para la procedencia o admisibilidad de los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público, cuando: “i) el interés del Ministerio Público está delimitado por el contenido del artículo 127 del Decreto 01 de 1984 –C.C.A.–, ii) ese “interés” se concreta como regla general en la emisión del concepto a que se refieren los artículos 210 y 212 ibídem, iii) no le compete al Ministerio Público, en principio, la interposición de recursos, puesto que ello podría significar que se desplazara o se coadyuvara el interés de uno de los restantes sujetos procesales –demandante o demandado–, iv) la participación del Ministerio Público adquiere relevancia en los procesos contencioso objetivos –o de pura legalidad– y en las acciones populares, puesto que en los mismos se encuentra de por medio el interés público, y v) la lectura del artículo 277 de la Constitución Política debe efectuarse a la luz del principio de defensa del “interés público” so pena de que, se insiste, el Ministerio Público troque su actuación con la de otro sujeto procesal que tiene un interés particular, bien se trate del demandante o del demandado”.

7 Como puede verse, la Sala debía pronunciarse acerca del recurso de apelación presentado por el Ministerio Público dentro del proceso de la referencia, dando continuidad a la posición que la Sección Tercera y las Sub-secciones vienen manteniendo en su jurisprudencia.

8 Expuestos los argumentos por los que aclaro mi voto en este primer aspecto, planteó ahora la discrepancia respetuosa frente a la prueba trasladada.

2. No se pronunció acerca de la prueba trasladada.

⁸⁰ Al respecto, se puede consultar: Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 18800.

⁸¹ Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de febrero de 2012, expediente 22726.

⁸² Sección Tercera, Subsección C, auto de 27 de septiembre de 2012, expediente 44541.

9 Como la Sala de Sub-sección C no se pronunció acerca del recurso de apelación presentado por el Ministerio Público, desestimó también hacerlo respecto a la prueba trasladada cuando había lugar ya que tanto en la determinación del daño antijurídico, como de la imputación la Sala utiliza la prueba recaudada en la instancia penal para elaborar el razonamiento y el raciocinio respectivo. De las pruebas allegadas se relacionó: a) la copia “auténtica de la sentencia de 30 de octubre de 1997 proferida por el Juzgado Regional de Cúcuta”; b) copia “auténtica de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional el 13 de marzo de 1998”; y, c) copia “auténtica de la providencia de 21 de agosto de 2001, del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado”.

10 Los criterios para apreciar la prueba trasladada han tenido una continuidad en la más reciente jurisprudencia de la Sub-sección C (sentencia de 14 de febrero de 2013, expediente 25160), razón que exigía valorar la prueba trasladada con base en alguno de tales criterios.

11 En relación con la eficacia probatoria de la prueba trasladada la Sala da continuidad a la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera (ver por ejemplo sentencias de 9 de mayo de 2012, expediente 20334; de 22 de octubre de 2012, expediente 24070), según la cual cabe valorar dicha prueba a instancias del proceso contencioso administrativo siempre que se cumpla con los presupuestos normativos del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el (los) proceso (s) del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia⁸³, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así mismo, debe tenerse en cuenta lo consagrado por el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo⁸⁴ (Decreto 01 de 1984), especialmente cuando establece que en “los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento

⁸³ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

⁸⁴ El artículo 211 de la ley 1437 de 2011 reza lo siguiente: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”. En tanto que el artículo 214 de la ley 1437 de 2011 establece: “Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas. La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla”.

Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”.

12 En su dilatada jurisprudencia la Sección Tercera se plantean una serie de criterios con base en los cuales puede tenerse, valorarse y apreciarse la prueba trasladada: 1) criterios genéricos: en “punto a la posibilidad de trasladar las pruebas, cualesquiera que sean, practicadas en otro proceso, la misma se encuentra autorizada por el artículo 185 del Estatuto Procesal Civil, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: - Que hayan sido válidamente practicadas. - Que se trasladen en copia auténtica. - Que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”⁸⁵; puede valorarse la prueba trasladada cuando la parte demandada se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por la parte demandante en la demanda; 2) criterios aplicables a la prueba que procede de procesos penales: i) la prueba trasladada del proceso penal ordinario a petición únicamente de la parte demandante no puede ser valorada⁸⁶; ii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración⁸⁷; iii) se puede valorar como indicio la prueba trasladada del proceso penal; iv) las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”⁸⁸; 3) criterios aplicables a la prueba que procede de procedimientos disciplinarios: i) las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea el caso, dentro del proceso de responsabilidad”⁸⁹; ii) la prueba trasladada del proceso penal militar y de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-Policía Nacional⁹⁰;

⁸⁵ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

⁸⁶ Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, expediente 14951.

⁸⁷ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

⁸⁸ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁸⁹ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁹⁰ Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004, expediente 15650. Las “pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por la misma,

iii) en cuanto a los testimonios que obran en proceso o investigaciones disciplinarias se sostiene: a) que “no necesitan ratificación, pero esto hay que entenderlo, como es obvio, frente a las personas que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación); b) las declaraciones, para hacerlas oponibles, debieron ratificarse en la forma prevista en el artículo 229 del C. de P. C.”⁹¹; 4) criterio aplicable a la prueba testimonial practicada ante la jurisdicción ordinaria: i) la prueba testimonial rendida ante la jurisdicción ordinaria y trasladada no puede valorarse si no es ratificada y no es peticionada de común acuerdo⁹²; ii) “la Sala, en aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquél, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (art. 185 C.P.C)”⁹³; 5) criterios aplicables a la prueba documental trasladada desde diferentes procesos o procedimientos: i) en “relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos

pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen”. Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente 16741.

⁹¹ Sección Tercera, sentencia de 16 de noviembre de 1993, expediente 8059.

⁹² Sección Tercera, sentencias de 14 de abril de 2004, expediente 15630; de 22 de abril de 2004, expediente 14877; de 5 de diciembre de 2005, expediente 15914. “(...) El artículo 229 del mismo código dispone: “Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos: “Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior. “Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299. “Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria. “Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”. “Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados, en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente (se subraya). “En relación con la indagatoria de un agente estatal, practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio” (subrayado fuera de texto). Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898.

⁹³ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Si la prueba testimonial trasladada no cumple las condiciones del artículo 185 del CPC está obligada a ser ratificada “salvo que la parte contra la cual se aducen la acepte o acuda a ella para analizar el problema jurídico debatido en las oportunidades de intervención procesal que la ley le otorga (art.229 numeral 1º)”. Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 15284.

pueden ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil; ii) sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito⁹⁴; iii) la prueba documental puede valorarse “toda vez que ésta estuvo (sic) en el expediente a disposición de la parte demandada, quien tuvo la oportunidad de controvertirla”⁹⁵; iv) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por autoridad pública aportado e invocado por la parte demandante⁹⁶; 6) criterio aplicable a la prueba utilizada para estructurar la defensa: la prueba trasladada puede ser valorada cuando fue utilizada por la contraparte, por ejemplo demandada, para estructurar la defensa en los alegatos de conclusión⁹⁷; 7) criterio aplicable para la delimitación del tipo, idoneidad y cantidad de pruebas a trasladar: el “legislador supeditó la valoración de las pruebas trasladadas al cumplimiento de los requisitos procesales exigidos, más no consagró como obligación de la parte que solicita la prueba el señalamiento expreso de las piezas procesales que pretende trasladar. No obstante, el juez tiene la facultad de rechazar de plano las pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las impertinentes y las manifiestamente superfluas”⁹⁸; 8) criterio aplicable a las inspecciones judiciales y dictámenes periciales trasladados: las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen⁹⁹; 9) criterio aplicable a la prueba trasladada en copia simple: cuando se trata de prueba trasladada en copia simple por la demandante, y teniendo especial consideración por las específicas situaciones de vulneración de derechos humanos, cabe aquella documental o informes siempre que haya obrado durante todo el proceso y la parte contra la que se aduce la haya utilizado para su defensa (contestación, alegatos o incluso en la sustentación o alegatos del recurso de apelación); 10) en los casos donde

⁹⁴ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Además “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 (...) por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art.254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art.243 CPC)”. Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 14 de abril de 2011, expediente 20587.

⁹⁵ Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

⁹⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

⁹⁷ Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 14174.

⁹⁸ Sección Tercera, sentencia de 24 de enero de 2007, expediente 32216. Puede verse también: Sección Tercera, auto de 7 de febrero de 2002, expediente 21645; sentencia de 19 de noviembre de 1998, expediente 12124.

⁹⁹ Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 16398.

cabe valorar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, por ejemplo por afectación de miembros de la población civil (muertos y lesionados) inmersa en el conflicto armado, procede realizar un control de convencionalidad (con sustento en el artículo 93 de la Carta Política) a lo consagrado en el Código de Procedimiento Civil, de tal manera que se respete la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰⁰, debiendo garantizarse el acceso a la justicia¹⁰¹ en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente, y se tenga, aprecie y valore como prueba aquellos medios allegados oportunamente (por cualquiera de las partes dentro del proceso), haciendo prevalecer, también, el principio constitucional de la primacía de lo sustancial por sobre lo formal (artículo 230 de la Carta Política)¹⁰².

¹⁰⁰ “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Reglamento aprobado en su XXXIV período ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996, y en vigor desde el 1° de enero de 1997, concentró en el Capítulo IV, todo lo relativo a la prueba: (admisión; iniciativa probatoria de la Corte; gastos de la prueba; citación de testigos y peritos; juramento o declaración solemne de testigos y peritos; objeciones contra testigos; recusación de peritos; protección de testigos y peritos; incomparecencia o falsa deposición), en un intento de sistematizar la materia que en Reglamentos anteriores se resolvía en disposiciones dispersas. Por su parte, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión 660a, de 8 de abril de 1980, con modificaciones en 1985, 1987, 1995 y 1996, actualmente en vigor, contiene disposiciones sobre presunción, (artículo 42); solicitud de cualquier información pertinente al representante del Estado (artículo 43.2); investigación in loco (artículo 44); fijación de la oportunidad para la recepción y obtención de las pruebas (artículo 45.5); examen de las pruebas que suministren el Gobierno y el peticionario, las que recoja de testigos de los hechos o que obtenga mediante documentos, registros, publicaciones, etc., (artículo 46.1). Además de las disposiciones de su Reglamento, la Corte Interamericana ha establecido, a través de su jurisprudencia, desde los primeros casos contenciosos. -Viviana Gallardo, Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbí y Solís Corrales, entre otros-, los criterios rectores del proceso y, especialmente, de la prueba, en fecunda y reconocida creación del Derecho, no solo para suplir vacíos normativos, sino también para afirmar la naturaleza especial de su competencia y desarrollar los principios sustantivos del derecho internacional de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana- al igual que su Estatuto y su Reglamento- ha utilizado como fuente inmediata en materia probatoria, la experiencia de la Corte Internacional de Justicia. Esta, a su vez, tuvo como antecedentes el Proyecto de Disposiciones Sobre Procedimiento para el Arbitraje Internacional, preparado en 1875 por el Instituto de Derecho Internacional; las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales y la práctica reiterada durante muchos años de las Cortes Internacionales de Arbitraje”. ABREU BURELLI, Alirio. “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf>; www.juridicas.unam.mx; p.113; Consultado el 20 de abril de 2012].

¹⁰¹ “Si bien el derecho procesal disciplina las formas, ello no impide que contenga normas de carácter sustancial, al desarrollar principios constitucionales sobre la administración de justicia, la tutela del orden jurídico, la tutela de la libertad y dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales. El acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho de petición, la igualdad de las partes, derivan de mandatos constitucionales”. ABREU BURELLI, Alirio. “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf>; www.juridicas.unam.mx; p.115; Consultado el 20 de abril de 2012].

¹⁰² Puede verse lo argumentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Manuel Cepeda Vargas” contra Colombia: “140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos (*supra* párrs. 116 a 122). Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remitida en copia simple¹⁰². Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad

13 A lo anterior, cabe agregar que en el ordenamiento jurídico internacional la Corte Internacional de Justicia ha procurado argumentar que el juez debe orientarse por el principio de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y que debe desplegar un papel activo¹⁰³.

14 Después de presentar los argumentos con los que expreso la discrepancia con la sentencia de la Sub-sección C, planteo ahora mi posición respecto a la falta e indebida motivación y justificación en la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

3. La falta e indebida motivación y justificación en la tasación y liquidación de los perjuicios morales reconocidos en la sentencia.

15 La Sala de Sub-sección C en la sentencia de 27 de febrero de 2013 NO MOTIVA la decisión judicial de reconocer a los demandantes los perjuicios morales reclamados. Esto significa apartarse de la sentencia de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 (expediente 24392), en la que la Sala determinó

objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 26 de mayo de 2010. En tanto que en la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos se sostiene: "Lo anterior significa que la Corte Interamericana ha utilizado como principio básico la llamada prueba racional o de la "sana crítica", que tiene su fundamento en las reglas de la *lógica y de la experiencia*, ya que la libertad del juzgador no se apoya exclusivamente en la íntima convicción, como ocurre con el veredicto del jurado popular, ya que por el contrario, el tribunal está obligado a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria". FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en [<http://www.corteidh.org.cr/tablas/a11690.pdf>; Consultado 20 de abril de 2012].

¹⁰³ En ese sentido se sostiene: "Uno de los principios establecidos por la Corte Internacional de Justicia -destacado por la doctrina jurídica e incorporado en las legislaciones procesales de derecho interno- se refiere a la afirmación de que, en cuanto al fondo del derecho, la justicia internacional en su desarrollo flexible y empírico rechaza el exclusivo sistema de pruebas legales que impone al juez una conducta restrictiva, particularmente, en la prohibición de determinadas pruebas. El juez debe gozar de una gran libertad en la apreciación de la prueba a fin de que pueda elaborar su convicción sin estar limitado por reglas rígidas. Asimismo la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en materia probatoria ella no tiene un papel pasivo y debe tomar la iniciativa de traer al proceso las pruebas que considere pertinentes si estima que las existentes no son suficientes para cumplir sus finalidades. Así lo dispone el artículo 48 de Estatuto, al ordenar que "la Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y los términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos y adoptará las medidas necesarias para la práctica de la pruebas." En el mismo sentido el artículo 49 *eiusdem* dispone que, "aun antes de empezar una vista, puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho." Igualmente puede la Corte (artículo 34, párrafo 2) "...solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen en la Corte y recibirá la información que dichas organizaciones envíen por iniciativa propia". ABREU BURELLI, Alirio. "La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf>; www.juridicas.unam.mx; pp.114 y 115; Consultado el 20 de abril de 2012].

que la determinación de los perjuicios morales debe ser motivada y justificada, ya que en caso contrario podría vulnerarse el derecho al debido proceso de uno de los extremos de la litis (como lo ha sostenido la amplia y reciente jurisprudencia constitucional).

16 La exigencia de motivación y justificación de la decisión judicial que tasa y liquida los perjuicios morales ha sido sostenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 18 de julio de 2012 (expediente 11001031500020120062200), que al resolver una acción de tutela consideró:

“(…) se destaca que si bien en el juez radica la facultad de determinar el monto de la indemnización por perjuicios morales, tal facultad debe estar regida por ciertos parámetros que buscan garantizar que su decisión esté en consonancia con el ordenamiento jurídico, y que para tal efecto le exigen exponer las razones de su decisión, por ejemplo, haciendo alusión a las decisiones adoptadas frente a otros casos, con el fin de no desconocer en el que es objeto de estudio el derecho a la igualdad.

(…)

Es más, la preocupación del Consejo de Estado frente a los parámetros que debe tener en cuenta el juez en el ejercicio de su prudente arbitrio al determinar el monto de la indemnización por perjuicios morales, ha motivado recientemente a que algunos Consejeros de Estado planteen como alternativas de tasación, el test de proporcionalidad¹⁰⁴, es decir, una metodología a través de la cual se pretende limitar el margen de discrecionalidad con el que cuenta el operador jurídico en el referido asunto (…)

(…)

Sobre el particular considera la Sala que si bien la determinación del monto de la indemnización por perjuicios morales constituye un asunto problemático, en el cual es evidente que existe un amplio margen de apreciación, por las especificidades de los casos objeto de análisis, y aún más, de la valoración que se realiza de la intensidad de la afectación emocional de las víctimas, respecto de la cual vale destacar, el juez ordinario es el que está en la mejor posición para apreciar, pues ha tenido conocimiento directo y profundo de las partes del proceso y de las situaciones que los rodean, lo que justifica que en su prudente arbitrio sea el llamado a establecer el monto de la indemnización, también lo es que en la tasación de ésta el juez natural debe tener en cuenta los criterios que sobre el particular ha desarrollado la jurisprudencia, a fin de procurar que las personas afectadas en el caso que por competencia le ha correspondido, sean indemnizadas bajo parámetros de equidad e igualdad, teniendo como referentes los parámetros de indemnización que se han aplicado en otros casos, so pena que su decisión *prima facie* por la ausencia de razones aparezca como arbitraria.

En efecto, a primera vista resulta contrario al derecho a la igualdad que un juez frente a casos con características similares, en los que la jurisprudencia de manera más o menos uniforme ha reconocido cierto monto de indemnización, **sin exponer las razones de su decisión**, ordene el reconocimiento de una suma de dinero muchísimo más alta a la tenida en cuenta por la jurisprudencia, o por el contrario, muchísimo más baja a la que considera en ésta. Lo anterior, porque estaría tratando de manera desigual a personas bajo situaciones similares, sin exponer las razones de dicho trato.

La anterior situación también se puede presentar cuando un juez frente a casos que *prima facie* presentan diferencias significativas, **sin exponer las razones de su decisión**, considere a propósito de la tasación de los perjuicios causados que deben ser resueltos bajo los mismos parámetros, como ocurre en el caso de autos, donde las

¹⁰⁴ Sobre el particular puede apreciarse la sentencia del 18 de enero de 2012, del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 54001-23-31-000-1997-02780-01(19959).

autoridades judiciales accionadas consideraron que cada uno de los demandantes (del proceso de reparación directa) debía recibir el monto máximo por los perjuicios morales causados por las dificultades que tuvieron que afrontar para obtener su título profesional, monto que de manera reiterada el Consejo de Estado sólo reconoce frente a situaciones de extrema aflicción, en las cuales el ejemplo más representativo es la pérdida de un padre de su hijo o viceversa.

Lo anterior de ninguna manera quiere decir que frente a casos con circunstancias de hecho diferentes, el juez natural del asunto no pueda reconocer el mismo monto de indemnización, o que frente a casos con supuestos fácticos similares no pueda determinar que la condena por perjuicios morales debe ser sustancialmente distinta; lo que se destaca en esta oportunidad, es que el juez en garantía del derecho a la igualdad, en materia de tasación de perjuicios, tiene la carga de exponer las razones de su decisión y de tener en cuenta el precedente, cuando estima que es procedente brindar un trato diferenciado, cuando impone los montos máximos de indemnización jurisprudencialmente reconocidos, o cuando estima que la aplicación de éstos no es pertinente en consideración a las especiales características del caso objeto de estudio¹⁰⁵.

17 Debe tenerse en cuenta que se trataba de tasar y liquidar los perjuicios morales a favor de las hijas de la víctima que falleció por las acciones desplegadas por miembros de la fuerza pública. La premisa inicial de la Sala de Sub-sección C es:

“(…) Establecido el parentesco y afinidad entre las demandantes y la víctima, la Sala tiene por probado el perjuicio moral sufrido por la parte actora con ocasión de la muerte de su padre, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el deceso de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en tanto las relaciones de cercanía, amor y afecto que las personas tienen con su entorno familiar” (fl.37 cp).

18 Pero mi desacuerdo respetuoso radica en la inexistente valoración probatoria y determinación para el caso en concreto de los criterios con base en los cuales se delimita la intensidad de los perjuicios morales al momento de tasarlos y liquidarlos a favor de los demandantes, concediendo a las hijas 100 smlmv sin haber motivado y justificado debida y suficientemente (fl.37 ambas caras cp).

19 Lo primero que encuentro es que la Sala de Sub-sección C contradice la sentencia T-212 de 2012, en la que precisamente por motivación insuficiente como la expuesta tuteló los derechos del accionante y ordenó rehacer al Tribunal Administrativo del Cauca la misma para determinar con razonamientos suficientes y ponderados la tasación y liquidación de los perjuicios morales. En segundo lugar, la Sala de Sub-sección C adopta como único criterio en materia de privación injusta para tasar y liquidar los perjuicios morales el tiempo de permanencia en la situación de privación de la libertad, lo que implica desconocer otros criterios necesarios para establecer ponderada y razonadamente los mismos. Y, en tercer lugar, no estudia, revisa, ni considera si en el acervo probatorio existe medio alguno (por ejemplo, testimonio) con el que se pueda establecer los criterios que

¹⁰⁵ Sección Segunda, sentencia de 18 de julio de 2012, expediente 11001031500020120062200, Pon. Gerardo Arenas.

permitan apreciar la intensidad del perjuicio moral convirtiendo a la presunción de aflicción, que es de homine, en una presunción *de iure*, lo que no es cierto y crea confusión para la jurisprudencia y para los usuarios.

20 Ahora bien, sin mayor esfuerzo se puede encontrar cómo la Sala de Subsección C habría podido determinar con fundamentos razonados y valorando las pruebas que existan para determinar el perjuicio moral de cada uno de los demandantes, porque de esta manera persiste el ejercicio ilimitado del denominado “arbitrio judicial”¹⁰⁶, el cual tanto la jurisprudencia constitucional reciente, como la sentencia de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 (expediente 24392) han dado por superado y exigen, para no violar el derecho al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el principio de la primacía de lo sustancial por sobre lo formal, la debida, necesaria e imprescindible motivación para el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios morales, lo que no se hizo por la Sala en esta sentencia de 6 de marzo de 2013. Por lo anterior, encuentro necesario exponer los elementos que deben tenerse en cuenta para que dicha motivación y justificación sea razonable, proporcional, racional y ponderada.

3.1. La motivación de las decisiones judiciales: un imperativo constitucional, convencional y de legitimación democrática.

21 La motivación¹⁰⁷ y justificación¹⁰⁸ de las decisiones judiciales no sólo obra por mandato constitucional (artículos 29 y 230), sino también con fundamento en el

¹⁰⁶ “(...) desde un racionalismo moderado en cuanto a la posibilidad de conocimiento de la verdad en el Derecho (sic) procesal, creo más bien que la cuestión del arbitrio debe ir de la mano de la búsqueda de los criterios que en el contexto de descubrimiento permiten fundamentar las premisas que más tarde se motivarán en el contexto de justificación (...) la búsqueda de la decisión correcta debe hacerse desde un arbitrio judicial planteado de acuerdo a la concepción clásica de la equidad, que los teólogos escolásticos sintetizaban magníficamente en bellas palabras, diciéndonos que equidad es *correctio legis in quo déficit propter universalitatem*, y en esa búsqueda el arbitrio judicial debe asirse a un criterio adecuado para tal fin, que no será otro más que la certeza moral como guía adecuada para fundar decisiones tanto en el contexto de descubrimiento como en el contexto de justificación. Certeza moral (...) por entender que no se trata de un criterio subjetivo, sino objetivo al servicio del conocimiento de la verdad material. Criterio fundado en un racionalismo moderado, a la vez que realista y, por ello, plenamente consciente de las dificultades en el conocimiento de la verdad conforme a la utilización de criterios humanos” (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.251-252.

¹⁰⁷ “Nos sugiere, *prima facie*, ofrecer razones o motivos de la acción judicial dirigida al enjuiciamiento. También puede significar la explicación del proceso que conduce a ese enjuiciamiento. Igualmente, puede servir para hacer explícito en el texto de la resolución el camino seguido por el juez hasta la decisión, permitiendo a las partes controlar los pasos que conducen a la decisión, adentrándonos en la mente del juzgador. Motivar consiste también en ofrecer razones, argumentos que permitan persuadir a las partes, lográndose, así, que acepten pacíficamente la decisión. Refiere, desde otro punto de vista, la búsqueda de elementos que constituyan base o fundamento suficiente para permitir el proceso posterior de razonamiento judicial” (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., p.243.

¹⁰⁸ “El término <<justificación>>, por el contrario, se revela como idóneo para entender el fenómeno de la motivación judicial. El conjunto de autores que han estudiado el deber de motivación de las decisiones judiciales artículo tras artículo, y libro tras libro, ha desarrollado un potente acervo intelectual en torno a lo que puede entenderse por justificación de las resoluciones judiciales, acervo que en síntesis implica tanto la <<justificación interna de la racionalidad judicial>>.

control convencional¹⁰⁹ (material) al que está llamado el juez contencioso administrativo y que se impone en virtud del artículo 93 de la Carta Política, y de los artículos 1.1, 8, 25 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

22 La motivación y justificación de las decisiones judiciales no se limita sólo a garantizar la eficacia de la tutela judicial efectiva¹¹⁰ en cabeza de toda víctima, sino que permite materializar el derecho constitucional fundamental al debido proceso de toda entidad demandada, sin que pueda exponerse a ninguno de los sujetos procesales a construcciones pretorianas ajenas al razonamiento debido, so pretexto de amparar un desmedido arbitrio judicial¹¹¹, que como toda herramienta de discrecionalidad no es absoluta y se limita, especialmente, a los mandatos constitucionales, convencionales y de protección eficaz de los derechos en los dos extremos de la litis. La premisa final, pues, se encamina a considerar a la motivación como garantía constitucional propiamente y como herramienta para alcanzar la legitimidad democrática¹¹² de la que debe estar provista toda decisión judicial.

justificación relativa a la corrección formal de las inferencias que permiten el paso de las premisas a la conclusión, como la <<justificación externa de la racionalidad judicial>>, referida a la corrección material de las razones aducidas a favor de la decisión. La labor más importante de los jueces se centra en el plano de esa justificación externa de su razonamiento, es decir, en ofrecer no sólo buenas razones o argumentos que respondan al porqué (sic) de la decisión, sino que racionalmente permitan llegar a la certeza moral suficiente para el conocimiento de los hechos y su calificación jurídica. La justificación externa introduce, así, la dimensión axiológica del valor justicia en la motivación de las resoluciones judiciales" (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.243 y 244.

¹⁰⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013 (en imprenta): "En cuanto al control de convencionalidad ejercido por los jueces y tribunales nacionales, si bien desde hace décadas se venía realizando en muchas jurisdicciones nacionales, fue luego de la conceptualización efectuada por el juez García Ramírez, y a partir de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, que el término se acuñó en la jurisprudencia para identificar el control que ejercen dichos jueces cuando, frente a normas nacionales que deban aplicar a casos concretos de los cuales conozcan, dan prelación a las previsiones de la Convención Americana cuando aquellas normas nacionales le sean contrarias".

¹¹⁰ "BUJOSA VADELL y RODRÍGUEZ GARCÍA explican que el derecho a la obtención de tutela judicial efectiva entendido como derecho a una resolución fundada en Derecho, implica una función doble en el examen de esta garantía por los órganos jurisdiccionales, porque, de un lado, como acto de racionalidad en el ejercicio del poder permite conocer las reflexiones que fundamentan el fallo; y, de otro, facilita el acto control (sic) de aquella racionalidad fundada en Derecho (sic) por parte de los tribunales". BUJOSA VADELL, L.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional", en ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p.146.

¹¹¹ "no cabe duda de que (sic) la garantía de motivación judicial es un poderoso instrumento que cualitativamente sirve como criterio efectivo de control de la discrecionalidad judicial (...) a menudo se ha confundido el plano conceptual de la discrecionalidad con la arbitrariedad, pechando la discrecionalidad también con la carga peyorativa que acompaña desde antiguo a la arbitrariedad. Así, como señala NIETO, mientras que la idea de discrecionalidad evoca el viejo arbitrio de los jueces y, por ello, nos lleva a un juicio ponderado conforme a diversos criterios que sirven de reglas para la toma de decisión judicial la arbitrariedad sería, por el contrario, sinónima de aquel viejo aforismo del *sic volo sic tubeo*, que ayunando de razones confía únicamente la decisión judicial al gobierno de la voluntad" (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., p.160.

¹¹² "Conforme al principio de legitimación democrática se articula constitucionalmente la sumisión del juez a la ley. PÉREZ ROYO subraya que frente al estudio tradicional del Poder Judicial, el cual parte del principio de independencia, debiera ponerse más bien el acento en el principio de legitimación democrática de dicho poder (...) Mal se concilia, pues, la afirmación de la legitimación democrática con la realidad del Poder Judicial, que no se sujeta directamente a la voluntad de los ciudadanos. Y, sin embargo, esto no quiere decir que no exista un mecanismo efectivo de sujeción a dicha voluntad: la estrecha vinculación del juez a las leyes, las cuales sí encuentran una efectiva justificación en el principio de legitimación democrática (...) ¿Y cómo se garantiza la efectiva sujeción de los jueces a la ley? A través, sin duda, de la exigencia de motivación (...) Por tanto, puede entenderse fácilmente que de los diversos principios que conforman el Poder Judicial, a saber: independencia, imparcialidad, responsabilidad, exclusividad y unidad jurisdiccional, la sujeción al

23 La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación y justificación 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 Derecho¹¹³, y ofrece la acción a través del proceso, del *processus iudicii*, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al *giudizio*>¹¹⁴, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la justificación 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”¹¹⁵

24 Como puede extraerse, la motivación y justificación 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

principio de legitimación democrática a través de la referencia motivada de los hechos en relación a unos fundamentos jurídicos que encuentren acomodo visible en nuestro sistema normativo, es el principio determinante y fuente de todos los demás, erigiéndose en un poderoso instrumento de integración del Derecho (...) Así las cosas, y reconociendo la importancia que tiene una necesaria sujeción del juez a la ley, como garantía visible de vinculación de éste a través de sus decisiones al principio de legalidad democrática, dicha sujeción debe entenderse en sus justos términos y no como un férreo vínculo asfixiante que acaso encierre a los jueces en los estrechos márgenes del Derecho (sic) legislado, limitándose su actividad a mera labor mecanicista de subsunción en la aplicación de las leyes, sin levantar el vuelo de la jurisprudencia fuera de lo que la doctrina ha venido denominando como legalismo judicial, actitud por otra parte que no sirve para explicar realmente lo que sucede con el Derecho (sic) y su aplicación, constriñéndose ésta a una reflexión miope que gira en torno a la aplicación de las leyes formales, como si las mismas fuesen el Derecho (sic) en su conjunto. Se trata, en suma, de aquello que NIETO denuncia como las falacias del paradigma jurídico tradicional, cuya concepción, que durante el siglo XIX parecía inexpugnable, hoy sigue arrastrándose como tópico por buena parte de la doctrina a sabiendas de las profundas insuficiencias teóricas que encierra, sin que logre afirmarse plenamente un nuevo modelo superador del paradigma anterior”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.140, 141 y 144.

¹¹³ “Muy bien expresa este pensamiento el gran procesalista Piero CALAMANDREI, cuando dice que el individuo, privado por el Estado del poder de hacerse justicia a sí mismo tiene, en contrapartida, la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado, porque al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del Derecho, convierta la obligación en sujeción, entendiéndose así la acción como *iure conditio* de la jurisdicción. Vid. CALAMANDREI, O., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol.I, trad., esp., SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1962, pp.221 y ss”.

¹¹⁴ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al *giudizio*>, en *RDProc.*, 1949, pp.165 y ss.

¹¹⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.138 y 139.

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”¹¹⁶.

25 La motivación y justificación 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 duda¹¹⁷.

26 Así mismo, la motivación y justificación 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”¹¹⁸. 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”¹¹⁹.

27 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

¹¹⁶ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.139.

¹¹⁷ PÉREZ ROYO; Javier. *Curso de derecho constitucional*. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

¹¹⁸ ASIS ROIG, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

¹¹⁹ “Estamos, en este último caso, ante un concepto jurídicamente indeterminado, que no responde a ningún apriorismo y su formulación exige analizar cada caso en concreto”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.164.

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.

28 En la jurisprudencia constitucional la motivación y justificación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior”¹²⁰ (subrayado fuera de texto).

29 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

¹²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

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 providencia¹²¹ (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.

30 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”¹²², 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*¹²³. 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*¹²⁴.

31 Luego, la motivación y justificación en la tasación y liquidación 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.

32 Con fundamento en los anteriores argumentos es que me aparto de la decisión de la Sala, ya que no motivó suficiente y razonadamente la decisión de tasar los perjuicios morales en el caso concreto, siendo necesario exponer las líneas

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

¹²² TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975, pp.450 ss.

¹²³ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del proceso>, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p.433.

¹²⁴ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.169.

generales de la motivación que de existir para reconocer y tasar los perjuicios morales, y su aplicación al caso en concreto.

3.2. Líneas generales para la motivación de la decisión judicial que reconoce y tasa los perjuicios morales en un caso en concreto.

33 El reconocimiento y tasación de los perjuicios morales no puede realizarse como una simple operación de inferencia¹²⁵ lógica (esto es, servirse sólo de las presunciones judiciales¹²⁶), sino que debe estar en concordancia con la debida, razonada y completa motivación, y que debe encaminarse, como lo argumenta la Corte Constitucional en su sentencia T-736 de 2012, a que el operador judicial realice **“un análisis de las condiciones fácticas de cada uno de los demandantes para soportar la grave aflicción a ellos ocasionada”** (subrayado y negrilla fuera de texto), a presentar los **“argumentos fundados que permitieran considerar que el precedente del Consejo de Estado sobre la tasación de perjuicios morales no era aplicable a ellos, por ser contrarios a la Carta Política, existir diferencias fácticas entre el precedente y los casos**

¹²⁵ Es necesario aclarar este concepto: “(...) Cuando razonamos haciendo uso de inferencias inductivas, partimos de la observación de la realidad y gracias a los datos recibidos llegamos a conclusiones generales, a generalizaciones, a través de un proceso lógico, que podemos dividir en diversos pasos: a) recepción de los hechos que brinda la experiencia; b) elaboración de un análisis de esos hechos para determinar aquellos que son esenciales de los meramente accidentales. Posteriormente, c) búsqueda de aquel principio, regla, o convención general y pacíficamente aceptada que pueda explicar los datos experimentales, que los ponga en relación convincente. Es decir, búsqueda de la hipótesis. Y, por último, d) comprobación de la validez o corrección de aquel principio, o regla que utilizamos en la hipótesis. Si es un principio válido o correcto tenemos la tesis de razonamiento, es decir, la conclusión fundada en el razonamiento (...) En todo caso, cualquier argumento erigido gracias a la inferencia inductiva, ya sea completa o incompleta, puede refutarse presentando excepciones que no permitan sostener la validez de la regla general (...) La inducción en razonamiento judicial es un excelente instrumento lógico para la averiguación de los hechos susceptibles de enjuiciamiento. Sin embargo, nótese que para estimar la corrección de la inferencia inductiva debe probarse que los hechos que fundan la inducción son ciertos, suficientes y representativos del conjunto (...) En términos lógicos estaremos ante una incorrección de la inferencia inductiva cuando generalicemos a partir de casos insuficientes o poco representativos entre los que no existe identidad de razón, cuando a partir de datos ciertos la inducción arroje una conclusión que va más allá de lo que estos datos autorizan, cuando aplicamos una regla general sin tener presente los casos atípicos en los que su aplicación no puede llevarse a cabo por constituir una excepción” (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.278 a 280.

¹²⁶ “Como sostiene GASCÓN ABELLÁN, entendemos que la presunción judicial no es un medio de prueba *stricto sensu* sino un procedimiento probatorio de naturaleza indiciaria y, por ello, fundado en la inferencia que el juez realiza tomando como premisas de su razonamiento un hecho o conjunto de hechos probados (indicios) y una máxima de experiencia. Los indicios y la máxima de experiencia permiten formar la convicción judicial sobre un hecho desconocido, susceptible de conocimiento sólo si la inferencia entre los indicios y la máxima de la experiencia se ha realizado de forma correcta. Tradicionalmente, la doctrina jurisprudencial ha evidenciado su preferencia por las pruebas directas o históricas frente a las pruebas indirectas o fundamentadas en *praesumptionis hominis seu iudicis*, alegando el mayor grado de certeza sobre la existencia de los hechos que ofrece la prueba directa frente a la indirecta (...) En todo caso, al igual que en las pruebas directas o históricas, lo más importante es que la prueba indiciaria arroje un resultado probatorio correctamente inferido que permita fundamentar la convicción judicial (...) En este ámbito, acaso como en ningún otro del fenómeno de la valoración probatoria, campa a sus anchas el arbitrio judicial. De ahí la necesidad de control efectivo de la racionalidad judicial indiciaria a través de la garantía de motivación (...) la prueba indiciaria, acaso como en ningún otro lugar de la probática, es el campo por excelencia de las inferencias hipotéticas, cuya corrección lógica es *conditio sine qua non* para su estimación como elemento probatorio por el tribunal. Así las cosas sólo cuando exista certeza moral sobre los enunciados factuales contruidos en función de inferencias impecables, fundamentalmente abductivas (sic), el razonamiento indiciario podrá integrar lícitamente la motivación *coram proprio iudice*, satisfaciendo la lógica propia del “contexto de descubrimiento” que conduciría posteriormente al “contexto de justificación” expresado en la motivación *coram partibus*”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.344, 345, 347 y 348.

analizados, o considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera, en aras de la protección de los derechos fundamentales”.

34 Es sustancial resaltar que la afirmación como precedente horizontal de la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expedientes 13232-15646) no puede convertirse en regla de petrificación jurisprudencial¹²⁷, ya que en la mencionada sentencia de la Corte Constitucional (T-736 de 2012) expresamente se considera que el operador judicial, más aún una Sub-sección de la Sección Tercera del propio Consejo de Estado, puede apartarse del (equivocadamente concebido) precedente si **existen diferencias fácticas entre este y el caso en concreto objeto de decisión por la Sala**, o si en determinado evento la decisión de reconocer, tasar y liquidar los perjuicios morales debe hacerse de manera diferente para proteger los derechos fundamentales de la víctima.

35 En la construcción de esa motivación y justificación debe distinguirse entre el reconocimiento que de los perjuicios morales procede y la tasación de los mismos, como pasa a exponerse *in extenso*.

3.3. Alcance conceptual del perjuicio moral.

36 Antes de reconocerlo es necesario exponer, en unas breves líneas, el alcance conceptual del perjuicio moral. De acuerdo con Baudry-Lacantiniere y Barde se

¹²⁷ “Ahora bien, si nos ponemos en la posición del juez que debe resolver un determinado caso concreto, nos damos cuenta de que pueden existir muchas clases de precedentes. El juez puede estar obligado simplemente a tener en cuenta la decisión anterior como parte del material en el que puede basar su decisión en el caso presente; o por el contrario, puede estar obligado a resolver el caso de la misma manera en que fue decidido el caso anterior salvo que tenga razones válidas para no hacerlo. O puede incluso estar obligado a resolverlo de la misma manera en que se decidió el caso anterior, a pesar de tener buenas razones para no hacerlo”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W., *El precedente en el derecho inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.24. “El precedente, conforme lo anterior, se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema del common law, como una fuente formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la mismas – *ratio decidendi* -, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad- *stare decisis* -, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica. La doctrina del precedente en este sentido se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la predica según la cual, los fallos anteriores, por lo menos una parte de los mismos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al derecho de creación judicial, a partir de una profunda aceptación a la individualidad y personalidad judicial, previo el agotamiento de las reglas que el sistema ha desarrollado para estos efectos, que en líneas generales y en relación con una visión formal del mismo, se resumen en la concurrencia de dos claros elementos configurativos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. La *ratio decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares (...) la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento de la *ratio decidendi*, “... depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación” (subrayado fuera de texto). SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*, Ponencia: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010.

trata de todo “perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo”, que “comprende: la desconsideración que significa para la persona atacada el resultado del ataque, el dolor causado por la pérdida de una persona querida, los sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son, a veces, la consecuencia del hecho dañoso”¹²⁸.

37 En clave filosófica el perjuicio moral puede encontrar fundamento en lo expuesto por Rudolph von Ihering según el cual la “jurisprudencia romana llegó en esto (daño moral) a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que lo proteja el derecho”¹²⁹.

38 Se trata de un perjuicio que “no está circunscrito a los casos de sufrimiento generado por las lesiones físicas o la muerte. Su campo es tan amplio que basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda. El daño es entonces el dolor, la congoja, el sufrimiento y la aflicción compensables con una suma de dinero o mediante otra forma decidida por el juez”¹³⁰.

39 El reconocimiento y tasación de los perjuicios en la actualidad ha dejado de lado el cuestionamiento planteado en la teoría clásica de la responsabilidad

¹²⁸ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2ª ed, T.III, París, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1905, pp.1099 y 1100. Para Carbonnier el “daño moral es el que no produce detrimento patrimonial alguno”. CARBONIER, Jean, *Droit Civil*, París, PUF, 1978, p.84. En tanto que Von Thur considera que los daños morales son “los quebrantos y dolores físicos o de orden moral que se le producen al hombre cuando ilícitamente se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus personales intereses”. THUR, A. Von, *Tratado de las obligaciones*, T.I, Reus, Madrid, 1934, p.88. “B. WINDSCHEID dice, de forma muy categórica, que en caso de lesión de un hombre libre, además del resarcimiento del interés patrimonial, se podía reclamar la llamada indemnización del dolor o dinero del dolor (Schmerzensgeld). Según el autor citado, la máxima recogida de una llamada “*Constitutio carolina*” se fundaba en la práctica y había encontrado un punto de apoyo en una ordenanza judicial, donde se decía que el juez que había aplicado tortura a algún sospechoso, pero sin indicios suficientes, estaba obligado a resarcirle convenientemente por el desdoro, por los dolores, por los gastos y por los daños. WINDSCHEID recuerda que en parecido sentido habían decidido la cuestión en Alemania los tribunales de Oldenburgo, Munich, Kassel, Jena y Rostock. Según WINDSCHEID, la indemnización del dinero del dolor no se otorgaba a título de pena, sino de resarcimiento y respondía, en este sentido, al esquema de una *utilis actio legis aquiliae*. DIÉZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, T.V, 1ª ed, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2011, pp.356 y 347.

¹²⁹ Citado en MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. Délictuelle et contractuelle*, T.I, 4ème ed, Librairie du Recueil Sirey, París, 1947, p.321.

¹³⁰ “El fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 para el derecho colombiano (Corte Suprema de justicia, Sala Civil, 21 de julio de 1922. M.P. Tancredo Nannetti), y el fallo Letisserand (Consejo de Estado francés, 24 de noviembre de 1961), son los fallos de principio que según la doctrina, reconocen por primera vez de manera explícita la indemnización del perjuicio moral. En efecto, el fallo colombiano citado, al resolver un caso de perjuicio causado a un viudo por la extracción ilícita de la fosa de los restos de su mujer, considera que “al demandante Villaveces, por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil” (...). A su turno, el fallo Letisserand, al considerar que “el dolor moral que resulta para esta última (la madre) de la desaparición prematura de su hijo es por sí mismo indemnizable”, revolucionó la concepción del Consejo de Estado francés que negaba dicha reparación al apoyarse sobre la célebre frase <las lágrimas no se monedean>”. HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, a1 ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.233.

extracontractual, en la que se preguntaba: “Cómo los jueces fijarán la suma a pagar a la víctima? Sobre cuáles elementos se basarían? El quantum de los daños-intereses debe mensurarse conforme con el perjuicio sufrido; pero, como este es extra-pecuniario, el daño moral no es susceptible de evaluación. Entonces, necesariamente, los jueces tendrán en cuenta la importancia de la culpa cometida: a mayor culpa resulta un más grave perjuicio, más elevada será la cifra de los daños-intereses”¹³¹.

40 Después de aportar unos mínimos criterios conceptuales del perjuicio moral, se debe estudiar cómo se estructura la motivación para su reconocimiento y tasación.

3.4. La estructuración de la motivación para el reconocimiento y tasación de los perjuicios morales.

41 Desde junio de 2011 la Subsección C de la Sección Tercera viene aceptando (y no puede afirmarse que sea una posición minoritaria) la necesidad de motivar las decisiones en las que se reconoce, tasa y liquida los perjuicios morales, discrepando la misma Sala con el suscrito respecto a la metodología que puede emplearse para la liquidación y que se funda en la aplicación del principio de proporcionalidad.

42 Hasta la fecha la Sala en diferentes oportunidades ha venido expresando una serie de argumentos respecto de los cuales, respetuosamente, plantearé mi posición y los errores y equívocos conceptuales en los que incurre, para lo cual se transcribe el aparte de la sentencia y luego su valoración.

43 Sin duda alguna la utilización de criterios objetivos tiene la finalidad de contribuir a la transparencia, a la imparcialidad y a la corrección, y no a mantener privilegios ilimitados como el arbitrio iuris, el que sin la debida limitación puede representar, para cualquiera de los extremos de la litis, el mantenimiento de una posición privilegiada que crea mayor desconfianza en el juez contencioso administrativo por la tendencia a comprender caprichosamente dicho arbitrio. La afirmación de criterios se encuadra, además, en la exigencia de la denominada

¹³¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. Délictuelle et contractuelle*, T.I, ob., cit., p.328. “La tradición de la indemnizabilidad (sic) de un daño moral fue tempranamente recibida en el Derecho (sic) francés. Entre las más antiguas sentencias se suelen citar la de 13 de febrero de 1923, que consideró como daño moral el dolor experimentado por los hijos de la víctima de un accidente mortal, que es suficiente, según dicha sentencia, a falta de cualquier otro perjuicio de carácter material, para que sea admisible la acción de indemnización de daños y perjuicios”. DIÉZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.347.

“zona de razonabilidad” del juez¹³², y se integra (en este sentido y no como se señala por la Sala) en la “nomoárquica jurídica”, ya que tales criterios se sustentan en la vigencia de un modelo de derecho sustentado en los “principios”¹³³.

La consideración de “criterios objetivos” procura que el juez contencioso administrativo no desborde su arbitrio judicial y especialmente exceda la idea de un profundo pragmatismo, pues ésta “deja poco espacio a la “teoría”, si hemos de entender ésta como una labor que puede, y debe, explicitarse no sólo para que aquélla deje de ser un mero “actuar automático”, sino para que, consciente de sus legítimas bases, pueda considerársela una “práctica responsable” frente a un componente social que no puede reducirse a sus <resultados efectivos>”¹³⁴. Por el contrario, la afirmación de los “criterios objetivos” permite al juez contencioso administrativo retornar a la dogmática jurídica, entendida como aquella que “aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad. El método de la dogmática jurídica no es el de la explicación causal, sino el de la comprensión del sentido, ya que solo así puede ser entendida una estructura de sentido como lo es un sistema jurídico”¹³⁵. Comprensión que se ofrece no por un falso ejercicio del “arbitrio iuris”, sino sustentado en el reconocimiento de mínimos criterios objetivos con base en los cuales el raciocinio del juez contencioso administrativo cumpla debidamente con el deber de administrar justicia y respete el derecho eficaz al acceso a la administración de justicia.

44 Finalmente, debo reafirmar la consideración de “criterios objetivos” obedece a un principio general de justicia orientado a sostener que “los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que distribuir cargas o beneficios; también es algo que debe ser restablecido cuando

¹³² POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, ob., cit., pp.104 y 105.

¹³³ VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Nomoárquica, principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, Comlibros, Medellín, 2007.

¹³⁴ BEDOYA GIRALDO, Hubed de Jesús, “Reseña de <Nomoárquica, principalística o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho de Hernán Valencia Restrepo>”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, V.37, No.107, julio-diciembre, 2007, p.572.

¹³⁵ La dogmática es la “*explicación sistemática* de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., <autonomía privada> <propiedad privada>, <culpa y pena>, <principio de escuchar a las dos partes>, <pluralismo de partidos> <Estado de Derecho>, etc. Estos principios jurídicos descansan [como el principio de proporcionalidad] en últimos (sic), originarios <proyectos de sentido> para la conformación de la vida social de un pueblo en un momento determinado”. WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Aguilar, Madrid, 1977, p.193.

ha sido alterado”¹³⁶, lo que no puede resolverse con un ejercicio desbordado del arbitrio judicial con el que posiblemente el juez contencioso no cumpla con el principio de justicia, bien porque atiende a presupuestos eminentemente subjetivos, o porque no ofrece razonadamente criterios objetivos con los que pueda atenderse a un verdadero equilibrio o proporción¹³⁷, sin que implique desconocer el mandato de indemnizar a la víctima cuando se produce una afectación en su esfera moral, sino por el contrario buscando garantizar que no se convierta en “regla judicial” un arbitrio sustentado en una posición jurisprudencial, puesto que en la indemnización o compensación de los perjuicios morales es “concebible, por otra parte, que pueda haber un enfoque moral que no coloque a los individuos en un pie de igualdad recíproca en estas cuestiones”¹³⁸, por lo que dentro de tal enfoque la consideración de “criterios objetivos” permite afirmar que el “derecho sólo sería justo si reflejara estas diferencias y tratara en forma diversa los casos diferentes”¹³⁹.

45 Ahora bien, ¿no pueden ser objeto de ponderación los perjuicios morales? Cuando la Sala afirma esto ¿se promueve la ausencia de motivación, justificación o razonamiento de la decisión judicial? Si esto es así, la Sala contradice hasta aquellos en los que dogmáticamente puede apoyarse, que afirman que “lo único que podemos hacer es exigirle al juez que justifique exigentemente, mediante razones los más convincentes y compartibles que sea posible, sus opciones y las valoraciones en que se basan, pero tales razones con que el juez motiva su decisión en los casos difíciles no serán nunca razones puramente demostrativas, jamás podrán ser prueba plena de que dio con la única respuesta correcta, sencillamente porque un caso no tiene una única respuesta correcta cuando las palabras de la ley permiten varias”¹⁴⁰. Por esto, cuando la Sala concibe que no puede ponderarse los perjuicios morales niega que pueda razonadamente motivarse (con base en criterios objetivos) y cabe preguntar: ¿cómo se llega a la conclusión de fijar un determinado “quantum indemnizatorio”?

¹³⁶ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p.198.

¹³⁷ “Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene y restablece un *equilibrio o proporción*, y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: “tratar los casos semejantes de la misma manera”; aunque es necesario añadir “y tratar los casos diferentes de diferente manera” (...) Hay por lo tanto una cierta complejidad en la estructura de la idea de justicia. Podemos decir que consiste en dos partes: una nota uniforme o constante resumida en el precepto “tratar los casos semejantes de la misma manera”, y un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes. En este aspecto la justicia es como las nociones de lo que es genuino, o alto, o caluroso, que contienen una referencia implícita a un criterio que varía según la clasificación de la cosa a la que esas palabras se aplican” (subrayado fuera de texto). HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, ob., cit., p.199.

¹³⁸ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, ob., cit., p.206.

¹³⁹ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, ob., cit., p.206.

¹⁴⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica* 1a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p.105.

46 La Sala reconoce que ante la imposibilidad de definir “el grado de afectación interior” debe el juez acudir en su decisión a la equidad. Con esta afirmación incurre en varias equivocaciones: 1) desconoce el material probatorio que ordinariamente se allega a todo proceso y que permite, especialmente la prueba testimonial, determinar si la presunción de aflicción de la que se parte en el reconocimiento de los perjuicios morales se encuentra constatada o no; 2) acudir a la equidad no resuelve el problema de la falta de motivación entendida como “justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa”¹⁴¹; 3) finalmente, no puede confundir el grado de afectación del daño antijurídico porque en su materialidad quedó definido, luego es contradictorio que demostrándose dicho daño, se afirme la negación de su naturaleza fenomenológica de la que cabe extraer un primer elemento objetivo, ya que no es lo mismo el padecimiento, el sufrimiento y la aflicción que se produce con ocasión de una muerte (que a su vez obedece a su fenomenología, violenta, accidental, traumática, etc.), de una lesión (que puede llevar a una invalidez total, por ejemplo), de la afectación al honor o a la honra, al buen nombre, a los derechos fundamentales o humanos violados.

47 Debe la Sala orientar adecuadamente su posición porque en la construcción de la motivación y justificación para el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios morales no se atiende sólo a un criterio como el de la convivencia, sino que operan diferentes criterios objetivos que se extraen de la concepción constitucional de la familia que existe en la jurisprudencia constitucional, y cuya aplicación obra con base en la prueba (testimonial especialmente) con la que pueda constatarse la presunción de aflicción de la que parte el reconocimiento de los perjuicios morales.

48 Pero no sería suficiente la motivación anterior sin exponer la postura que la Subsección C de la Sección Tercera ha aceptado desde junio de 2011, sea o no posición minoritaria o mayoritaria, en los siguientes apartados.

3.5. Motivación racional para la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

¹⁴¹ PERELMAN, Charles, *Éthique et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp.213-214.

3.5.1. El reconocimiento de los perjuicios morales. Prueba del parentesco, reglas de la experiencia y presunción de aflicción.

49 La premisa es, en mi criterio, que la sentencia de la Sala no estructuró ninguna motivación y justificación para reconocer y tasar los perjuicios morales, sino que acoge de manera irreflexiva y mecánica su existencia, tasando sin tener en cuenta un mínimo razonamiento y desprovista de toda argumentación jurídica¹⁴².

50 En ese sentido, la reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁴³ señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

51 Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas (por muerte o lesiones) produce como consecuencia de los daños antijurídicos en virtud de los hechos como los ocurridos en los que se produjo la desaparición de Fabián Alonso Salazar Cardona como consecuencia, no puede reducir su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que comprende la consideración, el respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes

¹⁴² “(...) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos. 2. Esos 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. Esos argumentos deben 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. Podría añadirse un cuarto requisito: que ni las premisas empleadas y justificadas ni el fallo vulneren los contenidos de las normas jurídicas, al menos en lo que tales contenidos sean claros. Esta exigencia se desdobra, a su vez, en dos: a. que los elementos con que el juez compone su razonamiento decisorio no rebasen los límites marcados por las normas procesales; b que el fallo no contradiga el derecho sustantivo” (subrayado fuera de texto). GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “La argumentación y sus lugares en el razonamiento judicial sobre los hechos”, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p.49.

¹⁴³ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

que se ven vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

52 Como premisa se tiene la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la afectación a su lugar de vivienda o habitación. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que se produce entre la esfera moral de cada individuo y la eficacia de los derechos humanos a este reconocidos.

Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación integral consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la *restitutio in integrum*, que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴⁴.

Precisamente, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de mayo de 2007, relativa a la masacre de la “Rochela”, se sostuvo “que en el ámbito interno no se dispuso una indemnización por el sufrimiento propio de las víctimas fallecidas, por lo que corresponde determinar la indemnización pertinente”. Se trata, por lo tanto, de reconocer que con ocasión de la afectación de la lesión a la vida, a la integridad personal, o al ejercicio de la libertad, por ejemplo, de las víctimas y sus familiares se produjo, como se puede constatar con los medios probatorios que obran en el expediente (en especial la prueba testimonial), toda una serie de padecimientos, sufrimientos y temores que se reflejan en lo más íntimo y personal de cada uno, ponderado en función a su posterior tasación y liquidación, que de no reconocerse, para este tipo de casos específicamente y con la mayor cantidad de medios probatorios permita arrojar la certeza, o inducir con certeza la existencia de tales perjuicios en cabeza de todos y cada uno de los actores, podría socavar el derecho a la reparación integral reconocido constitucional y legalmente.

53 La fundamentación anterior trasladada al caso concreto, y como parte de la motivación, exige la constatación y acreditación debida y legalmente del parentesco, para lo que procede el examen de los registros civiles (de nacimiento,

¹⁴⁴ PINTO, Mónica. “La réparation dans le système interaméricain des droits de l’homme. A propos de l’arrêt Aloeboetoe”, en *Annuaire Français de Droit International*. T.XLII, 1996, pp.733 a 747.

de matrimonio y, en dado caso, de las partidas de bautismo¹⁴⁵), de manera que pueda reconocerse los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares.

54 Dicho reconocimiento se encuentra acompañado, en el raciocinio del juez contencioso administrativo, por la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, la vulneración del honor, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia¹⁴⁶ como espacio básico de toda sociedad¹⁴⁷ (el segundo

¹⁴⁵ En aplicación de la Ley 92 de 1938 y del Decreto 1260 de 1970 (artículos 105 y 106).

¹⁴⁶ “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica” han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992¹ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto). “La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: “En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: “1º. Los descendientes legítimos; “2º. Los ascendientes legítimos; “3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º; “5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º; “6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. “Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”. “También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por

criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- cómo estaba conformada la familia?; - qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - se trataba de

excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”¹⁴⁷ (Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

¹⁴⁷ “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que “[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desórdenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?), y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental¹⁴⁸.

55 Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que el reconocimiento de la existencia de los perjuicios morales con base en las reglas de la experiencia lleva a presumir que en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos, debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, pero teniendo en cuenta también su desdoblamiento en el libre desarrollo de la personalidad y en la participación de todo individuo como miembro de una familia, espacio básico de toda sociedad¹⁴⁹. Y se afirma que debe tratarse de parientes inmediatos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política¹⁵⁰.

56 No se pudo conocer en la sentencia de la Sala si para el caso concreto obraban tanto pruebas acerca del parentesco para su reconocimiento inicial, como pruebas testimoniales en las que se reflejara el alcance de la aflicción o dolor padecido por los familiares de Esther Vásquez de Gómez.

¹⁴⁸ “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

¹⁴⁹ Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, expedientes: 32651 y 18569.

¹⁵⁰ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: “En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727.

57 Ahora bien, probado el reconocimiento de los perjuicios morales, el juez contencioso administrativo debe examinar si encuentra que las entidades demandadas, precisamente, desvirtuaron la presunción de aflicción causada a los demandantes por, lo que lleva a concretar la existencia y reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares. En el proceso las entidades demandadas no desvirtuaron en ningún momento el parentesco o las relaciones propias a este, lo que lleva a concretar el reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos, sin perjuicio de lo sostenido por la Sala respecto de aquellos que no se acreditó su legitimación, y aquellos que no acudieron al proceso debidamente representados, y quienes en la demanda no invocaron la calidad de terceros damnificados, lo que impide que haya lugar a modificar la causa petendi.

58 Ahora bien, acreditado el reconocimiento de los perjuicios morales, la Sala debe examinar la tasación y liquidación de los perjuicios para lo que, en principio, sí cabe exigir una mínima carga probatoria a los demandantes que permitan al juez, dentro de su arbitrio judicial, determinar la cuantía a indemnizar.

3.5.2. La indiscutible motivación para la tasación de los perjuicios morales.

59 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁵¹, 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**

¹⁵¹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

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).

60 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, ponderadamente en consideración a cada caso, y no como una regla en abstracto.

61 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 nexo 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 que 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).

62 De los anteriores argumentos no hay 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 arbitrio judicium (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.

63 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.

64 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).

65 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.

66 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”.

67 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 jurisprudencia¹⁵². 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

¹⁵² La Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo del 6 de septiembre de 2001 argumentó lo siguiente: “Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción”. (negrilla fuera de texto original).

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).

68 Finalmente, en la más reciente sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (acción de tutela del ICFCES 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 administrativa, 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”¹⁵³; 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”¹⁵⁴; 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

¹⁵³ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

¹⁵⁴ “En el caso concreto considera la Sala que no hay lugar a condenar a la Nación por los perjuicios morales reclamados por el actor porque las molestias aducidas no alcanzan la connotación de daño moral, entendido este concepto en sentido amplio para abarcar no sólo el dolor moral sino otra serie de perjuicios no afectivos que inciden en el ámbito de la esfera espiritual. No hay duda de que el actor padeció las molestias e incomodidades inherentes al racionamiento de energía y al cambio de la hora legal, pues las mismas fueron sufridas por toda la población, como consecuencia de una medida que hubo necesidad de adoptar con el fin de conjurar una crisis que de prolongarse habría tenido consecuencias muy graves para la economía del país. Sin embargo, tales molestias no alcanzaron a juicio de la Sala y según la prueba que obra en el proceso a producirle al demandante un grave sufrimiento, susceptible de reparación, de la naturaleza de aquel que se padece por la pérdida de un ser querido o el agravio que se infiere al cuerpo o a los sentimientos o a los derechos fundamentales de las personas con una lesión o una injuria, sino tan solo incomodidades menores que si bien afectaron su vida cotidiana no incidieron seriamente en su espiritualidad. El demandante afirma que las limitaciones a que se vio sometido durante las horas de racionamiento le causaron aflicción, frustración, desesperación, desolación. Sin embargo, no demostró haber padecido realmente trastorno emocional significativo durante esa época. Si bien el sufrimiento moral se padece interiormente, son sus manifestaciones externas las que permiten su afirmación. Por lo tanto, no basta con asignar calificativos a los hechos, es necesario demostrar su existencia. En consecuencia, no hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado en el caso concreto porque el demandante no acreditó el primer elemento de la reparación cual es el daño”. Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos¹⁵⁵; 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 1995¹⁵⁶; 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 contratiempo¹⁵⁷. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales¹⁵⁸. 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 considerados¹⁵⁹”; f) “cuando la

¹⁵⁵ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

¹⁵⁶ “Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades. Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. [...]”. Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995.

¹⁵⁷ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)]. Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon.”

¹⁵⁸ Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 (CP Hernán Andrade Rincón) [Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109)]. Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: ‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’ (fl. 48 C. 2). || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes trascrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

¹⁵⁹ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como

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 iguales¹⁶⁰. 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 discriminatorias”.

69 Ahora bien, 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 *judicium* (arbitrio *judicis*), sino a ejercer con plena objetividad la labor de análisis que demanda el respeto por las garantías constitucionales que merecen respeto 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

tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos. || De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso.”

¹⁶⁰ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de marzo 7 de 2002 (CP Jesús María Carrillo Ballesteros) [Rad. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807)]. La sentencia sostiene al respecto lo siguiente: “Tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de la indemnización del perjuicio moral no es reparadora ni restitutoria, sino compensatoria. En este sentido, asiste razón al apelante cuando afirma que todo el oro del mundo es insuficiente para compensar la pérdida que causa la muerte de un inocente niño. || Y es, precisamente, sobre la anterior premisa que la jurisprudencia ha construido su criterio para la valoración e indemnización del perjuicio, en el que reconoce discrecionalidad al juzgador y apela a su buen juicio, pero que exige del mismo la observancia de principios tales como la equidad y la igualdad, en aras de los cuales, y sin que ello implique desconocer las circunstancias propias de cada caso, al entrar a fijar la indemnización debe concederla en un monto similar al reconocido frente a hechos similares. || Aunque por mandato Constitucional los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, la misma Carta reconoce los criterios auxiliares que para la actividad judicial representan los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina. || Bajo este universo, para la Sala es claro que, en tanto no contravengan ni el texto ni el espíritu de la ley, las directrices jurisprudenciales constituyen un importante instrumento para quien administra Justicia, además de brindar seguridad a los asociados sobre las pautas que regirán la resolución de sus conflictos”.

siguientes criterios: a) la “cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmensurable, 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 retrotraible 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).

70 De otra parte, 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, ansiedad¹⁶¹, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad¹⁶², inseguridad, frustración, e impotencia¹⁶³”¹⁶⁴; b) en “Mack Chang v.

¹⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, en la que se consideró para tasar el perjuicio moral el impacto que causó en la familia la desaparición de la víctima.

¹⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

¹⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, se consideró también la frustración e impotencia como factores a tener en cuenta en la tasación del perjuicio moral, consecuencia de la abstención de las autoridades de investigar los hechos.

Guatemala, por ejemplo, la Corte ponderó las graves circunstancias del caso, así como el agudo sufrimiento de la víctima y sus familiares¹⁶⁵; 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”¹⁶⁶; 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 argumentos¹⁶⁷.
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 fundamentar¹⁶⁸.
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, mínimo, dichos argumentos sean admisibles, y

¹⁶⁴ ROJAS BAEZ, Julio José. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, en [www.corteidh.org.cr/tablas/R22050.pdf].

¹⁶⁵ “(…) resulta evidente que [la víctima] experimentó dolores corporales y sufrimiento antes de su muerte, lo que se vio agravado por el ambiente de hostigamiento que vivía en esa época”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mack Chang contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

¹⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005.

¹⁶⁷ “(…) a la teoría de la argumentación le compete poner de manifiesto que las cosas de los jueces no son ni tan claras ni tan oscuras, que, entre el noble sueño y la pesadilla, en términos de HART, cabe el camino intermedio de una posible racionalidad argumentativa, de un concepto débil, pero no inútil, de racionalidad. Ni es la práctica del derecho conocimiento puro, sin margen para la discrecionalidad judicial, ni es, por necesidad, extrema la discrecionalidad, transmutada en arbitrariedad irremediable. Los jueces deciden porque valoran, pero esas valoraciones son susceptibles de análisis y calificación en términos de su mayor o menor razonabilidad: en términos de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que en la motivación de las sentencias vengán justificadas”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.52.

¹⁶⁸ “Las teorías de la argumentación jurídica acostumbra a diferenciar la justificación externa y la justificación interna de las decisiones. La justificación externa se refiere a la razonabilidad o aceptabilidad de las premisas, a las razones que amparan la elección de las premisas de las que la decisión se deriva. La justificación interna alude a la corrección de tal derivación, a la validez, lógica en mano, de la inferencia mediante la que de aquellas premisas se saca la resolución a modo de conclusión (…). La decisión final, la que se contiene en el fallo de la sentencia, es el producto lógicamente resultante de una serie de decisiones previas, las decisiones que configuran las premisas, que les dan su contenido. Esas previas decisiones son propiamente tales, lo que quiere decir que encierran la opción entre distintas alternativas posibles. Y por ser, así, decisiones, elecciones que el juez, hace, han de estar justificadas. La justificación externa es justificación de la elección de las premisas. Son las premisas las que sostienen directamente el fallo, pues éste, por así decir, se justifica solo, en cuanto que es o pretende ser mera conclusión inferida con necesidad lógica de esas premisas. Aquí viene ahora a cuento lo que podríamos denominar la regla de exhaustividad de la argumentación, regla argumentativa que se puede enunciar así: toda afirmación relevante para la configuración de una premisa de la decisión final y cuyo contenido no sea perfectamente evidente debe estar basada en razones explícitas, tantas y tan convincentes como sea posible. En otros términos, el razonamiento judicial mostrado en la motivación no debe ser entimemático en nada que no sea evidente, no puede haber premisas o subpremisas ocultas” (subrayado fuera de texto). GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, ob., cit., p.63.

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 derecho¹⁶⁹. 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 premisas¹⁷⁰ (subrayado fuera de texto).

71 ¿Cómo argumentar y lograr la motivación y justificación racional en la tasación y liquidación de los perjuicios morales? Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala:

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”¹⁷¹.

72 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

¹⁶⁹ De manera crítica se argumenta: “En su estado actual, la llamada teoría de la argumentación jurídica tiene dos carencias principales. Una, que no ha sido capaz de proporcionar apenas herramientas manejables y suficientemente precisas para el análisis de los argumentos en las sentencias. Falta una buena taxonomía de los argumentos habituales y falta desarrollar las reglas del correcto uso de esos argumentos. Esto parece consecuencia de la deriva que la teoría de la argumentación ha tomado hacia las cuestiones de justicia material y de la síntesis dominante entre teoría de la argumentación y iusmoralismo. Por esa vía acaba importando más el contenido del fallo y el modo en que se discute su justicia o injusticia, su coherencia mayor o menor con los valores morales que se dicen constitucionalizados y que se piensa que son el auténtico sustrato material del derecho que el modo mejor o peor como se argumente la interpretación de la norma aplicable o la valoración de las pruebas. La teoría de la argumentación ha ido abandonando la racionalidad argumentativa para echarse cada vez más en brazos de las viejas doctrinas que opinan que hablar es perder el tiempo cuando no sirve para llegar a la conclusión a la que se tiene que llegar”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., pp.69 y 70.

¹⁷⁰ “Podría añadirse un cuarto requisito: que ni las premisas empleadas y justificadas ni el fallo vulneren los contenidos de las normas jurídicas, al menos en lo que tales contenidos sean claros. Esta exigencia se desdobra, a su vez, en dos: a. que los elementos con que el juez compone su razonamiento decisorio no rebasen los límites marcados por las normas procesales; b. que el fallo no contradiga el derecho sustantivo”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., p.49.

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente 1995-10351.

concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia¹⁷² como si se tratara de variables unívocas y uniformes¹⁷³, 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.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

¹⁷² ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.341 a 348.

¹⁷³ “¿Es posible, o mejor dicho, tiene sentido definir o analizar lo que llamamos <sentimientos> en toda su generalidad? Al fin y al cabo, nunca nos encontramos ante el <sentimiento> ni en nuestra existencia cotidiana ni en las actividades y objetivaciones que se elevan por encima de la vida diaria. Nos vemos confrontados a una diversidad de sentimientos cuyas funciones concretas no parecen tener nada en común. El sentimiento de ser descubierto, de gozar del sol, de hambre, de desprecio por algo o alguien, todos esos sentimientos juegan en mi vida papeles tan distintos que hacen por lo menos dudoso el que tenga derecho metodológicamente a empezar mi análisis antropológico partiendo del <sentimiento general>”. HELLER, Ágnes. *Teoría de los sentimientos*. 1ª reimp. México, Coyoacán, 2004, p.15.