

VALORACION COPIAS SIMPLES APORTADAS POR UNA ENTIDAD PUBLICA - Pleno valor probatorio / PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES - Que han obrado en el expediente. Pleno valor por haberse surtido el principio de contradicción

El aporte de documentos en copia simple que haga una entidad pública se tienen en el proceso como documentos auténticos, porque provienen de una autoridad estatal que les impregna esta condición y validez, por la sola circunstancia de haberlos aportado. No obstante, la misma regla aplica cuando la entidad pública, sin haberlos aportado, al contestar la demanda o en otra actuación procesal, manifiesta que se acoge a los medios de prueba aportados por la otra parte. Éste es el caso sub iudice. ii) Además, y sólo en gracia de discusión para este proceso, también se valorarán como auténticas las pruebas aportadas por el actor, porque frente a la demandada la Sala observa que los documentos han obrado en el expediente desde el auto de pruebas y, por consiguiente, respecto de ellos se surtió el principio de contradicción.

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Regulación normativa / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C. (...) las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración, normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 11 de la Ley 1395 de 2010

Es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo- se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción (...) la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011. Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del

documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–. (...) con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción. (...) las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 308 / LEY 1395 DE 2010

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 16 del Decreto 1736 de 2012 que derogó el inciso primero del artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A. (...) al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1564 DE 2012 / DECRETO 1736 DE 2012

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso a partir de la entrada en vigencia. 1 de enero de 2014

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes: (...). Cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los

formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 243 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 245 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 627.6

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Procedencia. Aplicación del principio constitucional de la buena fe

La entidad demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por los demandantes y, especialmente, la copias simples en comento, sin embargo, su validez no fue objeto de cuestionamiento alguno y, por el contrario, hizo uso contundente de las mismas para la construcción de la defensa, de allí que se colija su complicidad para la práctica de las pruebas rogadas por la parte demandante, adhesión que -por lo menos- en cuanto a los testimonios solicitados en la demanda, se hizo expresa en oportunidad de contestación por parte del INPEC-. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso –incluidas las providencias de la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares, y lo concerniente a la investigación y providencias de la Jefatura de Estado Mayor Conjunto y Tribunal Superior Militar-, que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su autenticidad por el ente territorial demandado, cuando por el contrario gozó de su aquiescencia para el respectivo análisis. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 83 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 229 / DECRETO LEY 1400 DE 1970 / DECRETO LEY 2019 DE 1970 / LEY 270 DE 1996 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11 / LEY 1437 DE 2011 / 1564 DE 2012

PROCESOS EJECUTIVOS - Obligación de aportar original o copia auténtica del documento público o privado

No quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–. No obstante, el legislador del año 2011, al reconocer la importancia de los principios constitucionales y la función que ejercen o cumplen en la armonización de los postulados legales del orden procesal, determinó en la nueva disposición del artículo 167 ibídem, que “no será necesario acompañar su copia [la de las normas de alcance no nacional], en el caso de que las normas de carácter local que se señalen como infringidas se encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 167 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 141

COPIA SIMPLE QUE NO HA SIDO TACHADA DE FALSA - Valor probatorio. Valoración probatoria

La tesis que se acoge en esta oportunidad ha sido avalada por otras Secciones del Consejo de Estado, de manera concreta, la Segunda, al establecer que el hecho de que no se hubieran tachado de falsas las copias simples permite deducir la anuencia frente a los citados documentos. (...) constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por lo tanto, impidan que el juez adopte decisiones inhibitorias. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan la aplicación del mismo. Ahora bien, todo cambio o unificación de jurisprudencia genera una aplicación de la nueva hermenéutica adoptada, razón por la cual el posible argumento referente a la modificación de la línea jurisprudencial que sobre la materia ha sostenido esta Sección y, de manera concreta, una de sus Subsecciones, no puede constituir razón suficiente para mantener la vigencia de una tesis que no consulta los postulados constitucionales y los lineamientos procesales modernos. Una de las finalidades principales del

orden jurídico o normativo reside en la efectividad de los derechos y las garantías de los sujetos procesales, por lo tanto, una postura excesivamente formal deslegitima los fines esenciales del derecho procesal o adjetivo, máxime si las partes han guardado silencio a lo largo de la actuación, lo que ha permitido convalidar su postura frente a los documentos que reposan en el plenario en copia simple. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia del 2 de agosto de 2007, exp. 2003-01162-01(1926-04).

PRUEBA TRASLADADA - Investigación disciplinaria / INVESTIGACION DISCIPLINARIA - Valoración probatoria / INVESTIGACION DISCIPLINARIA - No será apreciada para efectos de valoración / INVESTIGACION DISCIPLINARIA - Su práctica se realizó por quien figura como demandante

En relación con la investigación disciplinaria, que fuera adelantada por la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca –bajo la administración del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-, en contra de los internos: Aldemar Lozano Ostos, Elio Angulo Díaz y William Gómez Irreño, con ocasión del intento de fuga que protagonizaron el 26 de febrero de 1999 –obrante en el proceso de folios 36 al 59, no será apreciada para efectos de su valoración. (...) La providencia de apertura referenciada está suscrita por el Director del penal de la época, Jaime Alfonso Valencia Correa, y en ella se evidencia que la pesquisa disciplinaria fue dirigida por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, quien para entonces oficiaba como Jefe de la Oficina Jurídica del establecimiento, pero que en el presente proceso integra la parte demandante -alegando su calidad de lesionado-, por demás, en virtud de los mismos hechos. Ahora bien, respecto al traslado de pruebas, el Código de Procedimiento Civil consagra de la siguiente manera: (...) Como se puede inferir -sin lugar a mayor elucubración-, no se espera conducente la apreciación de una prueba que, más que haberse practicado a petición y con audiencia de la parte contra la que se pretende aducir -es decir, el INPEC-, fue inmediata, apreciada y resuelta -en representación de la entidad, bajo la calidad de investigador-, por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero -abogado de profesión-, quien para la época de los hechos se desempeñaba como funcionario de la parte que ahora obra como su demandada.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

DAÑO ANTIJURIDICO - Afectación psicológica sufrida por un empleado administrativo del Inpec en intento de fuga de presos en la cárcel del circuito de Arauca / DAÑO ANTIJURIDIO - Acreditación. Configuración

Conforme a la valoración probatoria, se encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico, consistente en las lesiones sufridas por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero y, en consecuencia, por su grupo familiar, lesiones que no estaban en la obligación de soportar, en razón a que el ordenamiento jurídico no les imponía la carga de tolerar los perjuicios irrogados con motivo del intento de fuga perpetrado por los internos de la Cárcel de Arauca. En efecto, resulta incuestionable que, a partir del violento intento de fuga que adelantaran internos de la Cárcel del Circuito de Arauca el 26 de febrero de 1999 -en horas de la mañana-, el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero –funcionario público del INPEC, quien se desempeñaba en ese sitio de reclusión como Asesor Jurídico-, sufrió una afectación psicológica denominada “síndrome de estrés postraumático”, que se manifestó en su estabilidad emocional y, además, en la disfunción de su miembro viril, padecimientos que afectaron permanente y parcialmente su capacidad laboral en un 41,3%, y terminaron por proyectarse en las relaciones cotidianas con su entorno. A su vez, la antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o

interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerar o padecer el daño. En ese orden de ideas, se pudo comprobar la antijuridicidad del daño, pues la participación y exposición en una fuga armada a la que se dan unos violentos asociales que, por dicha categoría, se encuentran bajo la custodia y vigilancia de la Administración -privados de la libertad-, no se trata de una carga que le imponga el Estado a todos los ciudadanos en las mismas condiciones –Asesores Jurídicos de las cárceles del INPEC-, bajo las que se vio inmiscuido el abogado Sanjuán Quintero, ni aún –en observación de las circunstancias particulares-, como consecuencia de inexactitudes cometidas en el desempeño de su labor, subterfugio que no pueden oponer las entidades demandadas para exculpar su intervención.

DAÑO - Afectación psicológica sufrida por un empleado administrativo del Inpec en intento de fuga de presos en la cárcel del circuito de Arauca / TITULO DE IMPUTACION APLICABLE - Teoría del daño especial / DAÑO ESPECIAL - El Estado en desarrollo legítimo de sus funciones expuso a los demandantes a un daño que no estaban en la obligación de soportar.

El Estado en desarrollo legítimo de sus funciones, colateralmente provocó un daño especial que no buscaba; la resistencia a la fuga exigió a los guardias y policías cerrar las rejas y enfrentar a los internos armados, sin que alcanzaran a liberar del inminente peligro a los dos funcionarios que se vieron atrapados en medio del escenario violento, vulnerables ante el desespero irracional de los internos y la dificultad de su rescate –ofrecida por la reja cerrada-, en una situación, irrefutablemente sobrecogedora, que se prolongó alrededor de media hora. (...) El análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a todas luces tiene la característica de ser anormal y excepcional, es decir, un daño antijurídico que el grupo de demandantes no tenía la obligación de soportar, en cuanto se le impuso una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de la labor estratégica de mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza de policía. (...) considerar los actos de violencia contra la Nación como el hecho exclusivo de un tercero, en términos del mal llamado nexo de causalidad, implicaría condenar a la impotencia a la población, dado que quien tiene el deber jurídico de protegerla, porque tiene el monopolio legítimo de la fuerza, es el Estado, encarnado en sus fuerzas militares y de policía –y en este caso del INPEC-. En todo evento que pueda tener ocurrencia y que vaya dirigido contra la sociedad en su conjunto, y no obstante su carácter de absolutamente injustificable, sería utópico pretender que los ciudadanos no tienen el deber de soportar las cargas que su ocurrencia implica. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consulta sentencia de mayo 3 de 2007, exp. 16696

TEORIA DEL DAÑO ESPECIAL - Fundamento para su aplicación

Instrumentalizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso, implica la realización de un análisis que acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea de éste, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad. (...) La teoría del daño especial es

conveniente, no solo porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento iusprinciplista que nutre de contenido constitucional la solución que en estos casos profiere la justicia contencioso administrativa. Sin descartar desde luego, que en algunos eventos equivalentes, podrán aplicarse los otros regímenes de responsabilidad -falta del servicio y riesgo excepcional- si las facticidades que se juzgan así lo reclaman, pues se itera, la teoría del daño especial es subsidiaria, en el entendimiento de que sólo se aplica, si los hechos materia de juzgamiento no encuentran tipicidad, en alguno de aquéllos otros sistemas de responsabilidad administrativa a los que ya se aludió.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - No constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral / ARBITRIO JURIS - Aplicación

La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo. (...) la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones: Los perjuicios morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables. Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. (...) resulta imperativo para esta Sala reiterar su precedente horizontal y, por lo tanto, la línea jurisprudencial sobre la materia, según la cual los perjuicios morales dada su connotación de inconmensurables no pueden ser sometidos a reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización, ya que están encaminados a compensar –no indemnizar– bienes jurídicos de contenido personalísimo – subjetivos– y, por ende, que no pueden ser sometidos a una ponderación, ya que no existen derechos en conflicto o tensión.

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

El principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido (...) la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad. (...) el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc. Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes. (...) el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador. Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad. Y ello no es correcto, puesto que el arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Afectaría el derecho fundamental a la igualdad / APLICACION DEL ARBITRIO JURIS - fundamento / TASACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación de los principios del arbitrio juris y la equidad

La forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del arbitrio iudicis y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida. (...) es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral (...) la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del arbitrio juris y la equidad (...) El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que,

lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 17 de noviembre de 2011, exp. 199-533, MP. William Namén Vargas. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de septiembre de 2001, exps. 13232 y 15646

PERJUICIO MORAL - Lesiones ocasionadas a un empleado administrativo del Inpec en intento de fuga de presos en la cárcel del circuito de Arauca / PERJUICIO MORAL - Miembros más cercanos del entorno familiar. Presunción de dolor. Aplicación reglas de la experiencia

En cuanto a la presunción del perjuicio moral de los familiares en los casos de lesionados, la Sala ha precisado que para ello no es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones. En efecto, independientemente de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear como la que impera en la sociedad colombiana, no resulta equitativo que ese padecimiento moral, su prueba y reconocimiento se condicione al resultado material del daño en cuanto a su mensurabilidad. Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar.

DAÑO A LA SALUD - Tasación

La Sala en sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente: 22.163, determinó, de acuerdo con el principio del arbitrio iuris, los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud, en cuanto a su contenidos objetivo (estático) y subjetivo (dinámico). Conforme a lo anterior, debe señalarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, es del 41,3%, se le reconocerá por este concepto el valor de 165 salarios de la misma índole, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal.

MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Grave lesión al derecho a la salud. Derecho a la sexualidad / LESION AL DERECHO A LA SEXUALIDAD - Afectaciones psicofísicas. Estudio jurídico

Existen dos formas de abordar el estudio jurídico de las afectaciones psicofísicas relacionadas con la esfera sexual del ser humano: i) el plano del amor o del romanticismo, que constituye un sentimiento más que un impulso, y que, en términos del psicólogo evolucionista Steven Pinker se originaría en el alma (teoría dualista), y ii) el sexo y la sexualidad, que en las sociedades modernas sería considerado algo privado, ponderado de manera obsesiva, regulado por la costumbre y por el tabú, objeto de chismes y burlas, y desencadenante de furiosos ataques de celos. En esa perspectiva, un estudio de la sexualidad implica,

necesariamente, diferenciarla del amor –entendido éste en sus diversas manifestaciones–. En efecto, el amor como se precisó con anterioridad, tiene tres dimensiones que hacen parte de la esfera interna, emocional o afectiva del sujeto, mientras que la sexualidad se relaciona de manera directa con el ámbito psicofísico –principalmente el genital - y el impulso o el deseo que se genera en relación con el sexo como actividad placentera–. Por ende, el análisis de la sexualidad debe ser desligada de los parámetros del amor, ya que si bien son manifestaciones diferentes en el ser humano. La sexualidad, tal y como lo puso de presente el reconocido profesor Michel Foucault, en su reconocido texto de la “Historia de la sexualidad”, ha estado regida por el tabú y por una moral victoriana que generó que su estudio y análisis se centrara desde dos perspectivas, ambas censurables desde el plano filosófico y biológico: i) desde el psicoanálisis (Freud) en el que cualquier orientación diferente a la aceptada por la moral hegemónica era analizada como una desviación o aberración, y ii) desde la medicina en relación con el estudio de las enfermedades y las curas, relativas a los órganos genitales masculino y femenino. (...) la sexualidad es una clara manifestación de la integridad psicofísica del ser humano, ya que se relaciona de manera directa con un componente orgánico de la persona –los órganos genitales y reproductivos de ambos sexos– y con una parte funcional y psicológica, la búsqueda de placer en el otro, el encuentro en el que el ser humano demuestra que lejos de toda su evolución, hace parte de una gran especie, de un reino animal, que es parte inescindible de este mundo que se integra no sólo de racionalidad sino de sentimientos, impulsos, deseos y pasiones; el sexo, resulta innegable, nos reitera que somos otra especie más del género, que con independencia de nuestras capacidades hacemos parte fundamental de un mundo y un ecosistema, de esta manera nos devuelve –en cierto sentido– a una condición primitiva pero para liberar nuestros impulsos y pasiones, para que, de un lado, podamos perdurar –a partir de la reproducción– y, de otro, esa interacción –con el ser deseado y/o amado– permita alcanzar un noble ideal, esto es, la felicidad.

MODIFICACION NEGATIVA A LA ORBITA PSICOFISICA DEL SUJETO EN EL AMBITO SEXUAL - Debe ser indemnizada como daño a la salud

Es necesario insistir que la modificación negativa a la órbita psicofísica del sujeto –incluida la del ámbito sexual– es un factor que debe ser indemnizado bajo el prisma del daño a la salud y, por ende, bajo los parámetros resarcitorios contenidos en las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, así como en la providencia del 28 de marzo de 2012, exp. 22163, proferida por esta Subsección, oportunidad en la que se desarrollaron los componentes estático y dinámico que integran el daño a la salud, así como se explicó la metodología con apoyo en la cual se liquida y valora el mismo. (...) no resulta viable reconocer autonomía al “daño sexual” porque, precisamente, el daño a la salud permite la reparación –en el campo de los perjuicios inmateriales– de la integridad psicofísica, esfera dentro de la que se enmarca o ubica la imposibilidad de desarrollar el acto sexual, bien por una disfunción o pérdida anatómica corporal, o por una alteración psicológica que afecta la posibilidad de llevarlo a cabo.

DAÑO CORPORAL SEXUAL - Criterios de valoración

Resulta conveniente en esta oportunidad fijar una serie de criterios de valoración del daño corporal –sexual– cuyo análisis y verificación deviene imprescindible por parte del operador judicial, en aras de establecer una adecuada apreciación de las dimensiones estática y dinámica del daño a la salud. Esos parámetros, son: La incapacidad funcional derivada de la alteración de la función sexual y, por lo tanto, de la capacidad para realizar el acto sexual y, consecuentemente, obtener

placer. El sufrimiento o padecimiento psíquico, derivado de la pérdida de la vida sexual. La incapacidad para desarrollar de manera armónica una vida afectivo-familiar y la vida de pareja. La alteración estética si la hay.

MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Procede su decreto cuando el daño proviene de graves violaciones a derechos humanos o la vulneración grave a derechos fundamentales

En procesos en los que el daño proviene de graves violaciones a derechos humanos o la vulneración grave o significativa de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de restitutio in integrum y de reparación integral. Así las cosas, en este tipo de procesos, siempre que se constate la violación a un derecho humano, sea fundamental o no, a causa de una grave lesión, será procedente adoptar todo tipo de medidas de justicia restaurativa para proteger no sólo la dimensión subjetiva sino objetiva del derecho afectado. En los procesos en los que el daño no provenga de graves lesiones a derechos humanos, es posible que el hecho dañoso lesione o afecte un derecho fundamental –tanto en su órbita subjetiva como objetiva-, razón por la que se podrán adoptar las medidas resarcitorias solicitadas con la demanda o las que de oficio o a petición de parte considere el juez, pero encaminadas a salvaguardar el núcleo esencial del derecho, bien sea en su órbita subjetiva u objetiva. En consecuencia, se insiste, nada impide que en la demanda se soliciten medidas de justicia restaurativas dirigidas a reparar integralmente el daño, pero ello deberá estar expresamente consignado en el respectivo libelo introductorio, salvo que el daño se derive de graves violaciones a derechos humanos o derechos fundamentales, en cuyo caso el juez administrativo debe velar porque la reparación del daño sea integral dada la magnitud de los hechos.

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., veinticuatro (23) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 07001-23-31-000-2000-00118-01(26621)

Actor: MIGUEL JOAQUIN SANJUAN ESCALANTE

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 17 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, en la que se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. En libelo demandatorio presentado el 23 de febrero de 2000, Miguel Joaquín Sanjuán Escalante, María Nelly Quintero de Sanjuán, Carmen Lucinda Uribe Alarcón y Álvaro Fernando Sanjuán Quintero -actuando en nombre y causa propia, y en representación de los menores: Rogelio y Surgey Natalia Sanjuán Uribe-, solicitaron que se declarara administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa, Policía Nacional e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-, por las lesiones físicas y psicológicas que sufrió este último el 26 de febrero de 1999 –durante un intento de fuga de presos-, cuando cumplía sus funciones como Profesional Universitario en la oficina de asesoría jurídica de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca.

En consecuencia, deprecaron las siguientes condenas:

“(...) por concepto de daños morales subjetivos, lo siguiente:

a) Al suscrito ALVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO, un mil gramos (1.000 grs.) oro puro.

b) A mis padres MIGUEL JOAQUÍN SANJUÁN ESCALANTE Y MARÍA NELIA QUINTERO DE SANJUÁN, un mil gramos (1.000 grs) oro puro, para cada uno, para un total de dos mil gramos (2.000 grs) oro puro por partes iguales.

c) A mi esposa CARMEN LUCINDA URIBE ALARCÓN, un mil gramos (1.000 grs) oro puro.

d) A mis hijos ROGELIO Y SURGEY NATALIA SANJUÁN URIBE, el valor de mil gramos (1.000 grs) oro puro, para cada uno, para un total de dos mil gramos (2.000 grs) oro puro.

“**TERCERA:** Declárese responsable a la Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC-, de los perjuicios materiales que se demuestren en el proceso padecidos por el suscrito, mis padres, esposa e hijos, con quienes comparto techo, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustadas a la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga.

“**CUARTA:** Declárese responsable a la Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional y al Instituto nacional Penitenciario y Carcelario INPEC- a pagarle al demandante por concepto de perjuicios fisiológicos, lo siguiente:

- Al suscrito ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO, cinco mil gramos (5.000 grs) oro puro. Toda vez que por causa de la lesión síquica se ha perdido la capacidad de erección (impotencia),

producto del impacto psicológico, quedando al margen de los placeres de la vida o la alegría de vivir dentro de una relación sana en el mundo de pareja.

QUINTO: Que la liquidación de las anteriores condenas deben efectuarse en sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, y que se ajusten dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor, conforme lo dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Se de cumplimiento al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo sobre las sumas aquí liquidadas teniendo como base la sentencia C-188 del 24 de marzo de 1999 de la Honorable Corte Constitucional.

SÉPTIMO: Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

El pago del equivalente del gramo oro al tiempo de la sentencia se hará con base en el certificado de su valor expedido por el Banco de la República (...)"

2. Como fundamento de las pretensiones, en la demanda se narraron los siguientes hechos:

2.1. El 26 de febrero de 1999 -aproximadamente a las 9:30 am-, el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, encontrándose en la oficina de asesoría jurídica de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca, en desempeño de sus funciones, se dio cita con el Dragoneante Edilberto Rangel Zambrano en la reja de muralla número uno -que accede al reclusorio-, donde se dispuso a entregar una cédula de ciudadanía perteneciente a un interno que había recuperado su libertad el día anterior.

2.2. Cuando se disponía a dejar constancia escrita del procedimiento, dos internos despojaron de sus armas de dotación -mini ametralladora, revólver y dos granadas- al agente de Policía Luis Armando de la Cruz, que se encontraba de servicio en el recinto de la guardia.

2.3. Al percatarse de la situación hostil que se presentaba, el Dragoneante Rangel Zambrano, con la intención de asegurar los espacios que separaban a los internos del exterior, se apresuró a cerrar la segunda puerta de seguridad -que daba acceso a la guardia-, dejando aprisionados, en un espacio aproximado de tres metros, al abogado Sanjuán Quintero y a un efectivo de la Policía.

2.4. Al darse la voz de alarma, los demás miembros de la fuerza pública que se encontraban de servicio, allí apostados, apoyaron la situación desencadenándose un intercambio de disparos con los internos armados, fuego en medio del cual quedaron confinados el policía y el abogado Sanjuán Quintero.

2.5 La situación se prolongó aproximadamente por 40 minutos, lapso durante el cual las víctimas –en medio de la lucha de los internos por fugarse y la resistencia justificada de la fuerza pública-, paralizados, sufrieron el miedo y la angustia de la muerte inminente.

2.6 Finalmente los agentes del orden, en medio del cruento enfrentamiento, lograron violentar la seguridad de la reja del reclusorio y rescatar con vida a los cautivos.

2.7 Sin embargo, a raíz del traumático episodio -agobiado por la ansiedad, depresión, angustia e insomnio-, el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero se vio compelido a consultar, por medicina general, al galeno del Instituto de los Seguros Sociales de Arauca, quien después de evaluarlo lo remitió a psiquiatría, donde el especialista le diagnosticó "síndrome de estrés postraumático" y, en consecuencia, lo medicó para controlar los estados de crisis nerviosa.

2.8 Como consecuencia de su perturbación mental, el señor Sanjuán Quintero vio también afectada su capacidad eréctil -sufriendo la disfunción de su órgano sexual-, situación que terminó por afectar considerablemente, no solo su relación de pareja, sino su desempeño familiar, social y laboral, lo que además incidió en detrimento de sus ingresos económicos, y en general de toda su existencia, bienestar e integración.

2.9 Los demandantes atribuyeron el hecho a la falta de personal de custodia y vigilancia de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca, a la negligencia, descuido e impericia del agente de la Policía Nacional Luis Armando de la Cruz, cuyo exceso de confianza e inobservancia del protocolo de seguridad –inescindible de cualquier sistema penitenciario-, permitió a los internos intentar su fuga, poniendo en riesgo la vida e integridad de las personas que allí se encontraban.

3. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Arauca, mediante auto del 8 de marzo de 2000, fijada en lista y notificada en debida forma.

4. Oportunamente -en la contestación-, el Ministerio de Defensa –Policía Nacional-, disintió de los hechos narrados en la demanda, en la que propuso,

además, la inexistencia de la obligación, comoquiera que es evidente que la Policía Nacional no provocó ni fue la causa del resultado dañoso.

Para efectos probatorios solicitó oficiar: al Departamento de Policía de Arauca, para que allegara copia del informe que le fuera rendido con ocasión de los hechos; a la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Policía Nacional para que certificara si se adelantó investigación disciplinaria a partir del intento de fuga; al Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar del Circuito de Arauca para que certificara si en ese despacho se tramitó investigación por los acontecimientos del caso; y a la Auditoria Auxiliar de Guerra No. 69 de Arauca, para que certificara si -por las mismas circunstancias-, cursó investigación.

Por otro lado, el INPEC dio contestación ratificando, en efecto, las circunstancias de tiempo respecto de los hechos, aceptando que el señor Sanjuán Quintero se desempeñaba como asesor jurídico -en provisionalidad- bajo asignación de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca. Sin embargo, discrepó de las alteraciones de salud que dijo padecer el funcionario, así como de que las mismas se le hayan originado a partir de ese episodio. Combino en que la persona que fue desarmada por los internos era un agente en servicio de la Policía Nacional, pero exhorta a la demostración del descuido, negligencia y demás causas atribuidas. Negó que la situación se hubiera prolongado por 40 minutos. Sostuvo que de cualquier manera las lesiones son de una entidad insuficiente y que de existir no son consecuencia de los hechos acusados. Adujo que los funcionarios y policías actuaron de manera legítima en cumplimiento de su deber, y que la responsabilidad es del funcionario, puesto que -al momento de los hechos-, se encontraba corrigiendo inconsistencias de su labor.

Acto seguido, presentó denuncia del pleito a La Previsora de Vida S.A., en calidad de aseguradora de riesgos profesionales de esta entidad estatal.

Como soporte probatorio, deprecó los testimonios de todos los demandantes, así como el de los Dragoneantes, Guillermo Martínez, Leonardo Vesga Suárez, Silvia Cárdenas García, Carlos Orduz Murcia, Ana Cecilia Hernández, Edilberto Rangel Zambrano y Meneses Ricardo Jiménez; también el del Inspector Jefe, Rubén Darío Rosas Molina y del agente de policía, Luis Armando de la Cruz. Solicitó el interrogatorio a la psicóloga de La Previsora, llamada en garantía, y de Nancy Castro Álvarez, María del Pilar Beltrán y a la enfermera Aura Alicia Santos. Invocó,

además, la práctica de inspección judicial –con intervención de peritos en balística y dictamen del instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. De orden documental, solicitó la valoración psicológica del señor Sanjuán Quintana que practicara La Previsora, manual de procedimiento de entrada, estadía y salida de internos y la estructura orgánica para establecimientos Carcelarios y Penitenciarios; el reglamento interno de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca y la minuta de guardia externa del establecimiento. Finalmente, deprecó certificación expedida por el Consejo Superior de la Judicatura sobre investigaciones o condenas disciplinarias del abogado Álvaro Fernando Sanjuán Quintero.

5. El apoderado del INPEC solicitó la inadmisión de la demanda por falta del requisito de presentación personal, frente a lo que, en auto del 28 de junio de 2000, el *a-quo* aplicó el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, dándole continuidad al trámite del proceso.

6. A continuación, en auto del 29 de junio de 2000, el *a-quo* aceptó el llamamiento en garantía -solicitado como denuncia del pleito-, de la Aseguradora de Riesgos Profesionales La Previsora de Vida S.A., y ordenó la suspensión del proceso mientras se surtía la respectiva notificación.

7. En su contestación, presentada el 14 de agosto de 2000, La Previsora S.A., se opuso al llamamiento en garantía, argumentando que oportunamente realizó evaluación psicológica de las personas que se encontraban laborando en el lugar y día de los hechos -para medir el impacto del intento de fuga, que optó por calificar como incidente-, examen a partir del cual se le diagnosticó al señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero “*crisis de ansiedad asociada a incidente de trabajo*”, y se le recomendó, como tratamiento, asistir a *talleres de manejo del estrés, estilos de vida saludables y manejo de situaciones generadoras de conflicto*, luego de lo cual aduce que no volvió a tener conocimiento respecto de la evolución de su caso, de ninguna otra de las personas evaluadas, ni de incapacidades temporales, permanentes, o invalidez que hayan afrontado.

Insistió en que, bajo los presupuestos de una eventual condena al asegurado, la compañía llamada en garantía no tendría que responder, toda vez que la cobertura de riesgos profesionales se excluye cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional se produce por culpa imputable al empleador, pero en todo caso no aplican las indemnizaciones de origen laboral, ya que el evento se calificó como un

incidente laboral, con lo cual –además-, la connotación del conflicto lo restringiría a la competencia de los jueces laborales.

Como fundamento probatorio solicitó: certificación del ISS para constatar eventuales recobros hechos a La Previsora S.A., por concepto de accidente o enfermedad profesional padecida por Álvaro Sanjuán Quintero; al Director de la Cárcel del Circuito de Arauca para que certificara si se reportó a La Previsora de Vida S.A. accidente de trabajo o enfermedad profesional del funcionario Álvaro Sanjuán Quintero; finalmente, a la dependencia correspondiente de la Aseguradora La Previsora de Vida S.A., para que certificara si se ha gestionado reclamación alguna respecto a accidente de trabajo o enfermedad profesional del mismo señor y, de ser así, para que remitiera toda la información relacionada.

8. El inicio de la etapa probatoria fue decretado en auto del 4 de septiembre de 2000, y ante la solicitud de la parte demandante –habida cuenta de la falta de recepción de algunas de las pruebas documentales decretadas-, prorrogada en providencia del 25 de abril de 2001. Una vez vencido el término concedido, mediante auto del 6 de agosto de 2001, el *a-quo* corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para la presentación de alegatos de conclusión. No obstante, la parte actora interpuso en oportunidad recurso de reposición contra esta decisión, por considerar que –sin culpa que se le atribuya-, una de las pruebas decretadas -de suma trascendencia para el proceso-, no había sido practicada aún, solicitud a la cual el *a-quo* accedió, revocando el cierre de la etapa probatoria mediante auto del 27 de septiembre de 2001, ampliando su término y ordenando la práctica de la faltante.

9. Mediante auto del 6 de mayo de 2002, se corrió traslado a las partes del dictamen psiquiátrico, remitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses –Seccional Norte de Santander-. En esta oportunidad, además, se ordenó oficiar a dicho instituto para que remitiera de regreso la historia clínica del actor con el fin de reincorporarla al proceso –lo cual no sucedió-.

Posteriormente, en respuesta a la solicitud del 4 de junio de 2002 -elevada por la parte demandante para que se ordenara la complementación de la prueba-, en auto del 4 de julio de la misma anualidad, se ordenó que se enviara al actor Sanjuán Quintero junto con los documentos pertinentes –tales como historias clínicas y dictamen de Medicina Legal-, a la Junta Regional de Calificación de

Invalidez de la misma seccional, para que determinara el porcentaje de incapacidad sufrida.

En efecto, el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez se encuentra fechado el 13 de agosto de 2002, y su traslado a las partes se corrió mediante auto del 9 de septiembre siguiente, término durante el cual la parte demandante se acogió al procedimiento de la contradicción de la pericia - solicitando su complementación-, conforme al artículo 238 del C. de P.C. En consecuencia, mediante auto del 24 de octubre posterior se ordenó a la junta la complementación del dictamen.

El 17 de marzo de 2003, el colegiado de galenos allegó respuesta a la solicitud de complementación y su traslado a las partes se corrió mediante auto del siguiente 24 de abril. Durante ese término, la parte demandante –amparada por el artículo 238 del C. de P.C., y ante la negativa de la junta para complementar el dictamen-, lo objetó por error grave, comoquiera que consideró equivocado encuadrar la calificación de la disfunción eréctil en el criterio de “deficiencia” –que alcanzó el 20%-, puesto que -como argumentó-, de ningún artículo del Decreto 917 de 1999 (Manual de Calificación de Invalidez) –mucho menos del acápite correspondiente al síndrome de estrés postraumático-, se puede inferir que “*las deficiencias o patologías que se derivan de las demás no serán tenidas en cuenta para su calificación*”, o que se deba calificar solo la patología o enfermedad principal del paciente, suponiendo que a su valoración se subsumen las secundarias.

10. Posteriormente, mediante auto del 28 de mayo siguiente, vencido el término probatorio, se corrió nuevo traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegaciones finales y concepto, respectivamente, decisión que de nuevo fue blanco de recurso de reposición, por parte de los demandantes, argumentando que el tratamiento otorgado a la objeción por error grave del dictamen pericial –ante la renuencia de la Junta Médica Regional de Calificación de Invalidez al requerimiento de realizar la complementación del mismo-, fue inadecuado, *pues no se remitió con las pruebas pertinentes para resolver sobre la existencia del error (...) no dándose aplicación al numeral 5 del artículo 238 del C. de P.C. (...) a no ser que el despacho haya decidido definir la objeción en la sentencia (...)*. El *a-quo* profirió auto fechado el 30 de julio de 2003, mediante el cual decidió no reponer la decisión impugnada –explicando que la objeción al

dictamen sería resuelta en la sentencia-, y, en consecuencia, le dio continuidad al trámite del proceso.

En su alegato de conclusión, la parte demandante sintetizó los hechos y confrontó -con fundamento en el régimen de la falla en el servicio- los elementos de la responsabilidad versus las pruebas practicadas, lo que le permitió concluir que el daño sufrido –que consideró plenamente acreditado-, es atribuible a la falta de personal de guardia y exiguo armamento de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca, así como a la negligencia del agente de policía que, por la inobservancia del protocolo de seguridad, facilitó su desarme a manos de los internos, fallas que le son imputables al Estado por la concurrencia de circunstancias que propiciaron sus agentes para perder el control del penal y favorecer las circunstancias para el intento de fuga. Finalmente, insistió en la objeción que realizó en contra del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander por error grave, comoquiera que –a pesar de haberse ordenado judicialmente- no se efectuó la complementación al mismo, y deprecó del fallador su cuidadoso estudio, puesto que el concepto estableció el porcentaje de invalidez en el 41,3%, omitiendo el valor correspondiente a la disfunción eréctil que resultó probada, lo que habría arrojado más del 50% de pérdida de la capacidad laboral.

El apoderado del Ministerio de Defensa –Policía Nacional-, argumentó que no se encontraron acreditados los elementos estructurales de la responsabilidad que se imputa. Argumentó que así como no se demostró acción u omisión de la entidad, por demás, tampoco el daño quedó acreditado, presentándose una clara ausencia de imputación.

Por su parte, el delegado del Ministerio Público presentó su concepto oportunamente, escrito en el que precisó que -de acuerdo al acervo probatorio-, resulta irrefutable que el 26 de febrero de 1999 se produjo un intento de fuga en la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca -establecimiento del orden Nacional administrado por el INPEC-, cuando unos internos redujeron a un agente de policía -apoderándose de sus armas y enfrentando a los demás uniformados que servían en el reclusorio-. Adujo que también es fehaciente que al momento de los hechos el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, profesional del derecho, era funcionario público, y se desempeñaba como asesor jurídico del penal.

Consintió con las pruebas en que para la fecha y hora de los hechos, el señor Sanjuán Quintero se encontraba desempeñando las funciones de su cargo en las instalaciones de la cárcel, cuando accidentalmente se vio conminado a soportar - en medio de los bandos, encerrado y sin posibilidad de resistirse o resguardarse-, el enfrentamiento armado de sus actores.

Concluyó que el señor Álvaro Fernando, a pesar de haber salido físicamente ileso del suceso, vio gravemente afectada su salud mental y estabilidad emocional, consecuencias que fueron respaldadas por el informe del Instituto de Medicina Legal –Seccional de Norte de Santander-. Sin embargo, enfatizó en que los expertos dejan la sensación de que el daño psicológico sufrido era o es -en el evento de que aún subsista- reparable y superable a través del tratamiento adecuado, toda vez que no se determinó permanente e irreversible; precisó necesario concluir que su naturaleza es de tipo temporal.

Argumentó que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, refirió el suceso como un “accidente de trabajo”, discrepando del término “incidente”, utilizado por la ARP La Previsora, para calificar los hechos. Estando de acuerdo con tal postura, agregó que *“dicha empresa aseguradora del riesgo se limitó a efectuar una visita al penal, a entrevistar a los presuntos afectados y formular unas simples recomendaciones”*. Manifestó que se comprobó que el afectado se encontraba en su lugar de trabajo y en desempeño de su función pública cuando, de manera imprevisible -sin que él lo haya propiciado-, se presentó el intento de fuga, de allí que, al no evidenciarse falla en el servicio alguna, no solo es procedente el llamado en garantía efectuado a La Previsora S.A. Compañía de Seguros si no, además, que se le condene a la indemnización y rehabilitación del afectado. Para demostrar la posibilidad de ello en esta jurisdicción, apoyó su concepto en la figura del fuero de atracción y el principio de solidaridad, regente en materia laboral.

Así las cosas, teniéndose el suceso como un accidente de trabajo, consideró que la solidaridad se debe pregonar entre el patrono y la ARP -en su mayor proporción esta última-, y la indemnización fundamentarse con base en el dictamen de la Junta Médica Regional de Calificación de Invalidez, que le determinó a Álvaro Fernando Sanjuán Quintero 20% de incapacidad laboral por deficiencia, 3,8 por discapacidad y 17,5% por minusvalía, para un total de 41,3%.

Posteriormente, acentuó que no evidenció el error grave del que fue objeto el dictamen de la Junta Médica Regional, e instó a elucidar si el hecho de que los experticios fueran rendidos por entidades seccionales diferentes a las naturales del lugar de los hechos, constituya causal de invalidez. Finalmente, coligió que al no haberse demostrado que la incapacidad ponderada es de carácter definitivo, la indemnización deberá tasarse en justa proporción y en armonía con dicha realidad.

La entidad demandada, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Acogiendo de manera parcial la postura del Ministerio Público, el *a-quo* reconoció que, en efecto, se trató de un accidente laboral, aunque negó las súplicas de la demanda por no haberse gestionado oportunamente dicha calificación ante la ARP La Previsora S.A. -a través de las vías administrativas y judiciales dispuestas para ello-, único medio que asistía al demandante para reclamar la indemnización estimada y el tratamiento requerido.

Así mismo consideró que los argumentos de la parte demandante se estructuraron en el régimen de responsabilidad objetiva¹, por lo cual, en ejercicio del principio *lura Novit Curia*, adecuó el estudio del caso al régimen de la falla en el servicio, en desarrollo de lo cual precisó los elementos necesarios que la configurarían y, de paso, las causales que en tal evento eximirían la responsabilidad. Ello, aunado a la lectura del análisis probatorio, le condujo a discernir así:

“Al analizar el acervo probatorio arrimado al expediente, la Sala encuentra que no se configuran los elementos necesarios para que en el subjúdice [sic] se de [sic] la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que si bien se acredita la pérdida de la capacidad laboral por síndrome de estrés postraumático del actor, dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez Seccional Santander, no existe el suficiente material probatorio que de [sic] la certeza a la Sala de la fecha a partir de la cual el accionante sufría dicha discapacidad, es decir no se demuestra la relación de causalidad entre este y los hechos que dieron origen a la presente acción (...).”

¹ Aspecto contradictorio y confuso, comoquiera que -no solo en la demanda si no en las demás intervenciones en el proceso-, la parte demandante defendió, indiscutiblemente, los postulados correspondientes al régimen común de la falla en el servicio, de allí que la adecuación que hace el *a-quo* es redundante e innecesaria.

Se admite, en la providencia, que la gestión adecuada a seguir -agotando vía gubernativa y, posteriormente, por vía judicial-, era obtener la calificación de accidente de trabajo ante la ARP, con el fin de lograr, igualmente, las pretensiones de tratamiento e indemnización ante la compañía aseguradora de la profesión que desempeñaba.

Para el *a-quo*, resultaron contundentes las pruebas que indican que el señor Sanjuán Quintero presentó una crisis de ansiedad, manejable a través de las terapias grupales que recomendó en su dictamen la representante legal de la Administradora de Riesgos Profesionales La Previsora de Vida S.A. -el mismo que nunca fue contradicho ni demandado en sede judicial-.

En apoyo de lo anterior, expuso que el dictamen médico practicado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander expresamente confirma que para su fin no se acompañó reporte de accidente de trabajo ni exámenes pre ocupacionales, mucho menos conceptos de salud ocupacional ni "*la información relacionada con la empresa*". Adujo que en el mismo se hace constar que no se aportó historia clínica completa ni epicrisis o resumen de la misma.

Con fundamento en el Decreto 1346 de 1994, afirmó que tampoco se cumplió con el lleno de los requisitos consagrados para la solicitud del reconocimiento de "accidente de trabajo", de allí que, no existe soporte jurídico que respalde la aseveración de la Junta Regional de Calificación de Invalidez al justipreciar así los sucesos, y no como un simple incidente.

Adujo que, conforme al complemento del dictamen oficiado, es fácil concluir que si -aún después de reevaluado- no se dispuso aumento en la pérdida de capacidad laboral, es porque el señor Sanjuán Quintero no padece la disfunción orgánica del miembro viril, o que, de ser así, se trata de una patología psíquica temporal, superable con un tratamiento de psicoterapia.

Finalmente, respecto a la acusación de error grave que elevaron los actores en contra del dictamen referido, adujo que lo correcto habría sido apelar el experticio ante la propia Junta Regional de Calificación de Invalidez -dentro del término establecido para ello-, y no haber descargado la responsabilidad en el fallador.

Así concluyó la providencia:

“(...) Establecida la falencia señalada, considera la Sala que no se hace necesario realizar más elucubraciones sobre el asunto, pero si se resalta que la actividad realizada por la Policía Nacional fue legítima para reforzar el cordón de seguridad establecido en la Cárcel en cumplimiento de su función institucional que consiste en garantizar el orden público y la seguridad ciudadana (...)”

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

1. El 31 de octubre de 2003, la parte demandante -inconforme con la decisión-, interpuso y sustentó recurso de apelación. Así pues, expresó que en innumerables sentencias ha sido suficiente el dictamen pericial emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sin perjuicio de la gran credibilidad que garantizan los dictámenes formulados por las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, no siendo -en aras de determinar la discapacidad- excluyentes entre sí los experticios de dichas entidades.

Más aún, enfatizó que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez es determinante a la hora de tasar el porcentaje de discapacidad, no así para establecer si se trató de un accidente de trabajo o de un simple incidente, en últimas mucho menos para que, a partir de la utilización de este término en el informe, se pueda presumir con certidumbre que la connotación de su uso se encaminó de manera consiente a desestimar la importancia del asunto o competencia de su conocimiento, pues no es del resorte de las funciones de la entidad.

También así, criticó el alto valor probatorio que se le asignó al concepto emitido por la representante legal de la ARP La Previsora, y más todavía que el *a-quo* se haya visto influido por la abundancia de aspectos coincidentes con el informe rendido por la psicóloga de la misma compañía aseguradora pero -adujo-, que más sorprendente es que el valor que se les concedió en conjunto haya prevalecido sobre el de los dictámenes especializados, realizados por los expertos en psiquiatría forense.

Cuestionó que el fallador haya pasado por alto la aplicación del principio de oficiosidad de la prueba, máxime si se considera que su fundamento principal para negar las pretensiones se circunscribió a la falta de evidencia que cimentara la

imputación. En tal sentido, acusó la exigua laboriosidad del *a-quo*, por dimitir el ejercicio de las facultades que le hubiesen conducido a esclarecer la verdad. Adujo, además, que la potestad de decretar las pruebas de oficio a que haya lugar en el proceso no es discrecional, sino que -por el contrario-, constituye un deber, una exigencia dispuesta en desarrollo de la protección y garantía de la verdad, baluarte en virtud del cual el legislador le concede el poder oficioso de su intervención en materia probatoria.

Inquirió la coherencia de la decisión, puesto que el fallo se sustentó, equivocadamente, en el hecho de que la Junta Regional de Calificación de Invalidez fue la que dictaminó el síndrome de estrés postraumático, cuando en verdad quien respaldó dicha realidad fue el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses –sección de Psiquiatría Forense-. La intervención de la Junta fue para aportar, precisamente, la calificación de la invalidez sufrida en un 41,3% -de incapacidad permanente parcial-, a partir del 26 de febrero de 1999 –fecha de los hechos-, y su yerro residió en *ignorar la valoración de la disfunción eréctil y disfunción familiar a nivel de pareja*.

Argumentó que ello, le condujo a objetar el dictamen por error grave, denuncia a la cual el *a-quo* respondió asegurando que la refutación se resolvería en sede de la decisión de fondo, oportunidad en la cual –en contravía de lo establecido por el artículo 233 y ss. del C. de P.C.²-, solo atinó a decir:

² ARTÍCULO 233. PROCEDENCIA DE LA PERITACION. La peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo, en el que podrá decretarse otro. Tampoco se decretará el dictamen cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos, practicado fuera del proceso con audiencia de las partes. Con todo, cuando el tribunal o el juez considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión.

(...)

ARTÍCULO 238. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. Para la contradicción de la pericia se procederá así:

1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.
2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días.
3. Si durante el traslado se pide complementación o aclaración del dictamen, y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquéllas, si fueren ordenadas.
4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.
5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias

“(…) Ahora bien, como quiera [sic] que el actor insiste en cuestionar dicho dictamen, se hace necesario precisar que el procedimiento a seguir hubiese sido el apelar dicha decisión dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto 1346 de 1994, ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y no trasladar dicha responsabilidad a la autoridad judicial (…)” (fl. 300 del Cuaderno Ppal.)

Frente al punto en cuestión, concluyó afirmando que “*cambiar de procedimiento es injurídico [sic], contra derecho; además, la Junta regional de Invalidez [sic] tiene clara su posición, cuando actúan como peritos*”.

Posteriormente, expresó que ninguna disposición del Código Contencioso Administrativo le obligaba a agotar por vía gubernativa –como lo sugirió el fallo-, la gestión para obtener la calificación de “accidente de trabajo”, ni mucho menos a interponer recursos en contra del oficio de La Previsora en que calificó los hechos como un simple “incidente de trabajo”.

Para terminar, replicó la indebida valoración del conjunto probatorio obrante en el expediente, y aseguró que:

“(…) el despacho desecho por completo el material probatorio, al establecer presuntamente la falencia al dictamen pericial (de porcentaje) de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Norte de Santander; detenerse en un rigorismo técnico (art. 23 y 24 del Decreto 1346 de 1994) es negar lo evidente, por negarlo, pudiendo hacer uso como quedó esbozado con antelación, de la **facultad-deber** de la oficiosidad de la prueba, si es que hay algún resquicio de duda (…)” (negritas propias del texto).

2. Por ser oportuno y estar debidamente sustentado, el recurso de apelación fue concedido mediante auto del 16 de enero de 2004 y admitido por esta Corporación el 30 de marzo siguiente.

para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.

6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas.

En escrito de complementación a la sustentación del recurso de apelación, presentado el 15 de marzo del 2004, la parte demandante realizó nuevamente el análisis de los elementos constitutivos de la falla en el servicio por parte del Establecimiento -con origen en la omisión de su deber-, y transcribió apartes de los testimonios adelantados en el proceso, con fundamento en los cuales insistió en que se demostró suficientemente que la causa primordial del intento de fuga fue la escasez de personal e insuficiencia de armamento asignado al penal.

Arguyó que el daño y su antijuridicidad también se encontraron suficientemente acreditados, y que es palmaria la responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, no de la ARP La Previsora, pues no era del resorte de las funciones del señor Sanjuán Quintero la custodia y vigilancia de los presos.

Finalmente, se opuso a lo argumentado en el fallo, y denunció la equivocación en la que incurrió, corrigiendo lo motivado así:

“(…) De otro lado el a-quo manifiesta que *“no existe el suficiente material probatorio que de la certeza a la Sala de la fecha a partir de la cual el accionante sufría dicha discapacidad”*...

La respuesta a lo anterior la encontramos en el dictamen No. 83 del siquiatra forense, practicado al suscrito, hoja No. 3, que dice: *“DISCUSIÓN”: “Se debe plantear antes de resolver el cuestionario enviado a esta Seccional que ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO posterior a los hechos vividos en la Penitenciaría de Arauca ha desarrollado un síndrome de strees [sic] postraumático, que le ha repercutido incluso en su vida de pareja, presentando signos y síntomas en la actualidad”*.

“No figura en la xerocopias [sic] de historia clínica del I.S.S. presencia de esta sintomatología antes de los hechos vividos”.

Podemos concluir de lo anterior y de conformidad con lo establecido en el dictamen 560/2002, hoja No. 2, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, que la fecha de estructuración de la incapacidad permanente parcial es a partir del 26-02-1999; de origen profesional, por accidente de trabajo (...)” (subrayas y cursivas propias del texto original).

3. Oportunamente, la apoderada del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, presentó sus alegatos de conclusión, en los que se refirió así:

“(…) En nuestro criterio, las consideraciones del Tribunal han sido conforme a la ley y al Derecho y sobretodo se encuentran demostradas

a través de la valoración probatoria realizada conforme a la sana crítica y a los hechos en sí mismos (...)

Expresó que fue clara la ausencia de los elementos de la responsabilidad extracontractual que se derivan del artículo 90 de la Constitución Política. Interpeló que no se encontró probada la existencia del daño antijurídico, ni mucho menos *“se demostró la relación de causalidad entre los hechos ocurridos el 26 de febrero de 1999, con las lesiones síquicas que pretende ser responsabilizada a la administración”*, en cuanto no obra prueba que demuestre que el actor no sufría, desde antes de esa fecha, la patología que alega.

Adujo que no es dable alegar la responsabilidad por omisión del Estado ya que la misma no se entiende en términos absolutos, *“porque es evidente que no puede esperarse que sea omnipotente, omnisciente y omnipresente por principio”*.

Aseveró que a pesar de los esfuerzos del INPEC para cumplir cabalmente a sus fines, y por la difícil situación de las cárceles, es imposible para la institución garantizar que hechos, como los que son objeto en este proceso, no se presenten, por lo cual se debe analizar la responsabilidad desde la perspectiva de la naturaleza de los centros carcelarios y de la realidad que en estos lugares se afronta –realidad que el demandante, como funcionario del Establecimiento, identificaba perfectamente, de allí que no deba desconocer tales circunstancias con la finalidad de obtener réditos injustificados de parte de la Administración-.

Refrendó la actuación de los policías y guardias que -en cumplimiento de su deber de garantizar el orden público y la seguridad ciudadana-, repelieron la violenta fuga, impidiendo que se llevara a cabo.

Concluyó respaldando el fallo cuando en éste se afirmó que no se configuraron los elementos estructurales de la falla en el servicio; expuso las condiciones del *nexo causal –proximidad, deber ser determinante y ser apto o adecuado-*, y selló su intervención alegando que no se confirmó *relación de causalidad* entre las presuntas lesiones físicas y psicológicas que adujo el actor y la situación de hecho del caso.

Igualmente, el apoderado del Ministerio de Defensa –Policía Nacional-, alegó de conclusión dentro del término, exponiendo en su escrito que no se halló en el

acervo medio probatorio alguno que permita endilgarle responsabilidad por los hechos que se demandan.

Afirmó que a partir del fallo lo que se deduce es que la patología del actor consistió en una “*CRISIS TRANSITORIA DE ANSIEDAD*” causada por un incidente de trabajo, provocada en una situación cuya naturaleza es -sin duda-, propia de una cárcel, antecedente que como funcionario público del INPEC seguramente conocía el señor Sanjuán Quintero desde antes de aceptar el cargo que desempeñaba.

Arguyó que los exámenes científicos arrojaron que la dolencia del señor Sanjuán Quintero era superable mediante psicoterapias en las que existe un alto porcentaje de respuestas favorables.

Defendió que no se puede aplicar la falla del servicio a la luz de un *Estado ideal*, sino que se deben tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en contexto con la realidad en que se presentaron los hechos, así como la verdadera cobertura que en materia se permite el Estado, propugnando por evitar el detrimento injustificado del patrimonio común.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 17 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca.

1. El valor probatorio de las copias simples

Advierte la Sala que, en lo referente a los documentos que obran en el expediente, aún cuando el *a-quo* no calificó ni se pronunció respecto al cumplimiento de las disposiciones del legislador -en lo atinente a las reglas de traslado-, se observan irregularidades en su incorporación al proceso -en especial lo concerniente a las Resoluciones 1296 del 31 de marzo de 1998 y 2304 del 13 de julio de 1999 – proferidas por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario-, el acta de posesión No. 4 –de abril 24 del mismo año-, los folios correspondientes a la historia clínica del paciente Sanjuán Quintero –así como las fórmulas de los

medicamentos formulados-, el reconocimiento e informe de valoración del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez -Seccional Norte de Santander-, constituyen una circunstancia que, *prima facie*, hace invalorable estos medios de convicción. No obstante, de conformidad con los lineamientos legales y jurisprudenciales recientes de la Subsección, se reconocerá valor a estos documentos, porque:

i) Fueron admitidos por la parte demandada y la Sección Tercera tiene establecido, en forma pacífica y reiterada, que en estos casos el aporte de documentos en copia simple que haga una entidad pública se tienen en el proceso como documentos auténticos, porque provienen de una autoridad estatal que les impregna esta condición y validez, por la sola circunstancia de haberlos aportado. No obstante, la misma regla aplica cuando la entidad pública, sin haberlos aportado, al contestar la demanda o en otra actuación procesal, manifiesta que se acoge a los medios de prueba aportados por la otra parte. Éste es el caso *sub iudice*, aunque sólo respecto de la demanda Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

ii) Además, y sólo en gracia de discusión para este proceso, también se valorarán como auténticas las pruebas aportadas por el actor, porque frente a la demandada la Sala observa que los documentos han obrado en el expediente desde el auto de pruebas y, por consiguiente, respecto de ellos se surtió el principio de contradicción.

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C., normas cuyo sentido literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 252. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

“El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

“1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.

“2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

“3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo

tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella.

“4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.

“5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artículo 274.

“Se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, el contenido y las firmas de pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, recibos, bonos y títulos de inversión en establecimientos de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, contratos de cuentas corrientes bancarias, extractos del movimiento de éstas y de cuentas con aquellos establecimientos, recibos de consignación y comprobantes de créditos, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por los mismos establecimientos, y los títulos de acciones en sociedades comerciales y bonos emitidos por estas, títulos valores, certificados y títulos de almacenes generales de depósito, y demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción.

“Inciso modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente: En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.

“Se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 488, cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.

“Los memoriales presentados para que formen parte del expediente se presumirán auténticos salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio y los poderes otorgados a apoderados judiciales que, en todo caso, requerirán de presentación personal o autenticación.” (Negrillas y subrayado adicionales).

“

“ARTÍCULO 254. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 117 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”
(Negrillas del original).

Como se aprecia, las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración, normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

De otro lado, es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que modificó el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente:

“ARTÍCULO 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

“La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.”

De allí que la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011³.

³ “ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.” (Se destaca).

Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación, bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado–, así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–.

En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de buena fe contenido en el texto constitucional (artículo 83) y desarrollado ampliamente en el Código Civil –en sus vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no correspondían con el original y, por lo tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento.

Es así como, con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción.

En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

La confianza, en el sentido filosófico y sociológico, ha sido delimitada en los siguientes términos:

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. **Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un**

sentido vago de miedo y temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.

“Este punto de partida puede considerarse como referencia, como una afirmación incontrovertiblemente verdadera. Cada día ponemos nuestra confianza en la *naturaleza* del mundo, que de hecho es evidente por sí misma, y en la naturaleza humana. **En este nivel que es el más básico, la confianza (*Zutrauen*) es un rasgo natural del mundo, parte integral de los límites dentro de los cuales vivimos nuestras vidas cotidianas, aunque no es un componente intencional (y, por lo tanto, variable) de la experiencia.**

“**En segundo lugar, la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante son las únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas direcciones. Por medio de este método uno llega a las máximas éticas o a la ley natural...**”⁴ (Negrillas del original).

En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial⁵. Sobre la valoración de la conducta procesal de las partes, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“(...) Los sujetos procesales pueden asumir, según sea la ocasión, papeles principales –actores, demandados, terceristas- o eventuales –terceros con interés jurídico relevante- que les otorgan facultades, deberes y cargas.

Los modos en que ejecutan esas conductas no resultan irrelevantes para la suerte de sus pretensiones individuales y la finalidad del proceso judicial.

Las leyes de procedimiento contienen normas particulares que, de ordinario, prevén las consecuencias del incumplimiento de las conductas esperadas, pero también normas más amplias y abarcadoras, llamadas principios, que permiten extraer las consecuencias de aquellas que aluden los principios, los contradicen abiertamente o, por el contrario –por qué no-, los respetan.

⁴ LUHMANN, Niklas “Confianza”, Ed. Anthropos, Ciudad de México, 2005, Pág. 5 y 6.

⁵ Consejo de Estado - Sección Tercera, sentencia de 27 de agosto de 2008, Exp. No. 25.276 C.P. Enrique Gil Botero.

Con esto queremos decir que la conducta desarrollada por quienes se ven involucrados en un pleito puede y debe ser valorada por el juez, tanto positiva como negativamente.

También, que el espacio-tiempo a considerar es el que va desde la interposición de la demanda hasta el dictado de la sentencia. No es posible, sin lesionar la unidad del proceso, separarlo a estos efectos en etapas inconexas entre sí.

El principio de adquisición procesal, si bien adquiere su máxima utilidad en materia probatoria, es plenamente operativo a partir del primer acto introductorio de la instancia.

En lo que toca al actor, su conducta se dejará ver en los términos de la demanda, en la claridad de su pretensión, en el cumplimiento de las formas iniciales, en su esfuerzo por cumplir con las notificaciones de manera real y eficaz, en la coherencia de sus actos durante todo el juicio que ha decidido llevar adelante.

Durante el periodo de prueba, las reglas estáticas le imponen cierta actividad ineludible. Pero sin duda, una "actitud" de aportación –o facilitación- de pruebas cuya carga correspondería, según la clásica división de los hechos, al demandado, habla en favor del respeto por su parte al principio de colaboración.

Contrariamente, una posición de excesiva pasividad en circunstancias de prueba difícil, por ejemplo, podría ser considerada negligencia, y poner en marcha alguna de las reglas dinámicas de la carga.

Asimismo y dependiendo de las particularidades del caso, el pedido de clausura del término probatorio con aprovechamiento de la imposibilidad material de producir la prueba dentro de los exiguos plazos que otorga la ley, en comparación con las atestadas agendas judiciales –una verdadera situación de fuerza mayor procesal-, podría estar indicando una especie de ejercicio abusivo de un derecho, por anti funcional y violatorio de los principios de buena fe, lealtad y economía.

El demandado, esa parte que viene el juicio por exclusiva voluntad del actor, puede optar por asumir distintas conductas que serán causa de otros tantos efectos.

Ese amplio espectro de actitudes posibles conforma lo que se denomina en forma genérica el derecho de reacción o de defensa en juicio.

Durante su ejercicio, se encontrará también con cargas, deberes y facultades susceptibles de ser cumplidos –aún estratégicamente- dentro de los carriles de los principios finalistas del proceso o deslizándose fuera de ellos". (...) ⁶

⁶ Miryam T. Balestro Faure. *La valoración Judicial de la Conducta en Juicio*. En: Valoración Judicial de la Conducta Procesal de Jorge W. Peyrano. Ed. Rubinzal – Culzoni. Pags. 25 a 44.

En el caso sub examine, por ejemplo, la parte demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada en la etapa probatoria, circunstancia que no acaeció, tanto así que los argumentos expuestos para oponerse a las pretensiones, no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario, sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con las condiciones para atribuir la eventual responsabilidad al Estado por su falla en el servicio.

No obstante el análisis anterior, con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo Código General del Proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A.

En efecto, el artículo 16 del Decreto 1736, estableció:

“ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. Corrija el literal a) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:

"Artículo 626.

“A partir de la promulgación de esta ley quedan derogados: artículos [126](#), [128](#), la expresión "y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes" del [129](#), [130](#), [133](#), la expresión "[practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130](#)" del 134, las expresiones "[y no hubiere por este tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130](#)" y "[sin tales formalidades](#)" del 136 y [202](#) del Código Civil; artículos [9°](#) y [21](#) del Decreto 2651 de 1991; los artículos 8° [inciso 2°](#) parte final, [209 A](#) y [209 B](#) de la Ley 270 de 1996; el artículo [148](#) de la Ley 446 de 1998; [211](#) y [544](#) del Código de Procedimiento Civil; el numeral [1](#) del artículo 19 y la expresión "por sorteo público" del artículo 67 inciso [1°](#) de la Ley 1116 de 2006; el inciso [2°](#) del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008; la expresión "[que requerirá presentación personal](#)" del artículo 71, **el inciso 1° del artículo 215** y el [inciso 2°](#) del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011; la expresión "No se requerirá actuar por intermedio de abogado" del artículo 58 numeral [4](#), el literal [e\)](#) del numeral 5 del artículo 58 y el numeral [8](#) del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; el artículo [34](#) del Decreto-ley 19 de 2012; y, cualquier norma que sea contraria a las que entran en vigencia a partir de la promulgación de esta ley.,

“(...)”

Así las cosas, al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir

del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada⁷.

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes:

“Artículo 243. Distintas clases de documentos.

“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

“Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

“Artículo 244. Documento auténtico.

⁷ **“Artículo 627. Vigencia.**

“La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas:

“1. [Corregido por el art. 18, Decreto Nacional 1736 de 2012](#). Los artículos 24, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.

“2. La prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este código, será aplicable, por decisión de juez o magistrado, a los procesos en curso, al momento de promulgarse esta ley.

“3. El Consejo Superior de la Judicatura dispondrá lo necesario para que los expedientes de procesos o asuntos en los que no se haya producido actuación alguna en los últimos dos (2) años anteriores a la promulgación de este código, no sean registrados dentro del inventario de procesos en trámite. En consecuencia, estos procesos o asuntos no podrán, en ningún caso, ser considerados para efectos de análisis de carga de trabajo, o congestión judicial.

“4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 6 y párrafo, 32 numeral 5 y párrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 párrafo, 531 a 576 y 590 entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).

“5. A partir del primero (1º) de julio de dos mil trece (2013) corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la expedición de las licencias provisionales y temporales previstas en el Decreto 196 de 1971, así como la aprobación para la constitución de consultorios jurídicos prevista en el artículo 30 de dicho Decreto.

“6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país.

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

“Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

“También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

“Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

“La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

“Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

“Artículo 245. Aportación de documentos.

Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

“Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

“Artículo 246. Valor probatorio de las copias.

“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

“Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

“(...)” (Negrillas y subrayado del original).

Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del

C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., ya que la ley 1395 fue derogada, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–⁸.

Como ya se dijo, en el caso sub examine, la entidad demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por los demandantes y, especialmente, la copias simples en comento, sin embargo, su validez no fue objeto de cuestionamiento alguno y, por el contrario, hizo uso contundente de las mismas para la construcción de la defensa, de allí que se colija su complicidad para la práctica de las pruebas rogadas por la parte demandante, adhesión que - por lo menos- en cuanto a los testimonios solicitados en la demanda, se hizo expresa en oportunidad de contestación por parte del INPEC–.

⁸ Consejo de Estado - Sección Tercera, ibídem.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su autenticidad por las entidades demandadas, cuando por el contrario gozó de su aquiescencia para el respectivo análisis.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar – de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que esta Subsección ha favorecido en pluralidad de decisiones, entre ellas vale la pena citar *in extenso*:

"(...) Ahora, la Sala observa que con la demanda la parte actora aportó en copia simple un documento que contiene la valoración de los daños ocasionados por la toma guerrillera al corregimiento de Tres Esquinas, realizado por el Comité Técnico para la Valoración de Daños, el cual fue suscrito por el Alcalde Municipal, el Secretario de Planeación, el Presidente de la Cruz Roja, el Secretario de Obras Públicas y el Promotor Comunitario. En dicho documento se incluyó el listado de las personas afectadas y el presupuesto establecido por el comité para el resarcimiento de los daños, correspondiéndole a la señora Gloria Orjuela de Lozano la suma de \$55'000.000, con la constancia de que *"el Comité Local de Emergencias del Municipio de Cunday, unánimemente da por aceptado los valores presentados por el Comité Técnico de Valoración para los fines pertinentes"* (fls. 12 a 14 c. 1).

En principio dicho documento carecería de valor probatorio al obrar en copia simple tal como la Sala lo ha explicado en numerosas providencias, comoquiera que no cumple con las reglas contenidas en el artículo 254 del C. de P.C., según las cuales los documentos públicos y privados aportados en fotocopia simple por personas que no los suscriben no pueden ser tenidos en cuenta, en consideración a que únicamente tienen valor probatorio aquellos aportados en original o en copia autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial o autenticada por notario, previa comparación con el original o con la copia autenticada que se le presente.

No obstante lo anterior, en este caso la Nación, al contestar la demanda admitió tenerlo como prueba y aceptó el hecho al que se refería dicho documento. Así se advierte del escrito presentado oportunamente por la Nación:

"Los hechos números 1-2-3-4-5-6-7 y 9 son ciertos de acuerdo a los documentos que se anexan, los hechos números 8-10-11 y 12 no me constan y por lo tanto me atengo a lo que legalmente resulte probado dentro del proceso.

(...).PRUEBAS.

Además de las solicitadas y aportadas con la demanda, muy respetuosamente me permito anexar fotocopia del informe 00711/030498 y sus anexos, por medio del cual se informó a la Dirección Operativa de la Policía Nacional, el hecho ocurrido el 21 de febrero de 1998 en la localidad de Tres Esquinas.

Así mismo me permito solicitar se decrete la siguiente prueba: (...)".

Y en la demanda, en el hecho 6, que fue aceptado como cierto por parte de la Nación, se narró lo siguiente:

"6. El 27 de febrero a las 9 A.M., según acta No. 006 se reúne nuevamente el CLE para escuchar el informe de los señores Jhon Jenry Morales y Ferney Figueroa G., destacándose en dicha acta que la pérdida de la vivienda de mi poderdante Gloria A. Orjuela de Lozano, asciende a cincuenta y cinco millones de pesos, después de haberse

reajustado el precio inicial que daba cuenta de cincuenta millones de pesos”.

De conformidad con las manifestaciones de las partes, para la Sala dicho documento que obra en copia simple, tiene en esta oportunidad mérito para ser analizado y valorado, comoquiera que la parte demandada pidió tener esa copia como prueba y valorarla como tal; en otras palabras, la Nación no desconoció dicho documento ni lo tachó de falso, sino que conscientemente manifestó su intención de que el mismo fuese valorado dentro del proceso.

En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda.

Es dable precisar que la interpretación que hoy se efectúa no puede entenderse como la exoneración de la carga de cumplir con las reglas contenidas en la ley procesal civil frente a la aportación de copias de documentos que siguen vigentes y en pleno rigor. **Lo que sucede en esta ocasión ambas partes aceptaron que ese documento fuera apreciable y coincidieron en la valoración del mismo en forma recíproca no solo al momento de su aportación, sino durante el transcurso del debate procesal.**

Cabe agregar que la autenticación de las copias tiene por objeto que éstas puedan ser valoradas bajo el criterio de la sana crítica como si se tratara de documentos originales, de manera que frente a la parte contra quien se aducen, ese requisito tiene por finalidad garantizar su derecho de defensa, máxime cuando con tal prueba se pretende probar un hecho que en principio se aduce en su contra. Siendo esto así, cuando las partes de común acuerdo solicitan la apreciación y valoración de un documento aportado en copia simple, como en este caso, no sería dable soslayar ese interés para exigir el cumplimiento de una formalidad y las partes no podrían desconocer la decisión que con sustento en tal documento se adoptare por cuanto esa conducta atentaría contra el principio de la buena fe e implicaría atentar contra sus propios actos.

Frente a esto último resulta necesario recordar que en la contestación de la demanda la Nación, no solo aceptó el hecho que se pretendía probar con el documento aportado en copia simple, sino que además admitió a éste último como prueba, sin haber alegado en momento alguno que tal documento no se podía valorar, circunstancia que por demás, hubiere significado la trasgresión al principio constitucional de

buena fe que protege la confianza que los particulares depositan al deber de coherencia en el actuar de quien tiene la carga de respetar y de someterse a una situación creada anteriormente por su propia conducta. En estos términos la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado:

“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. ()”⁹.

Al respecto cabe resaltar el siguiente texto doctrinal:

“La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falta de lealtad. He aquí por donde la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas”

Cabe destacar igualmente el reciente pronunciamiento de la Sala en relación con el valor probatorio de las copias en similares eventos excepcionales:

“Cabe señalar que aunque esas pruebas obran en el expediente en copia simple y fueron aportadas por la parte demandante, las mismas pueden ser valoradas en este proceso, porque:

-La exigencia legal de los requisitos para que una copia simple tenga valor probatorio en un proceso fue declarada exequible por la Corte Constitucional al resolver la demanda presentada en contra del numeral 2 del artículo 254 y el numeral 3 del artículo 268, por considerar que esas disposiciones no quebrantan los artículos 83 y 228 de la Constitución que, respectivamente, consagran la presunción de buena fe de los particulares en todas las gestiones que éstos adelanten ante las autoridades públicas y el principio de la primacía del derecho sustancial: (...).

-No obstante, la Sala, sin desconocer las disposiciones que fueron declaradas exequibles, pero aplicando, entre otros, los principios de equidad y de buena fe y como protección al derecho de defensa, ha considerado que las copias simples de un documento tienen valor probatorio, cuando le resulte imposible a quien las aporte obtener la copia auténtica, porque la parte contra la que se aduce sea justamente

⁹ Sentencia C-836 que dictó la Corte Constitucional el 9 de agosto de 2001. Exp: D-3374. Actor: Carlos Alberto Maya Restrepo. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

quien conserve el original y se niegue a aportarlo al expediente, sin aducir una razón jurídica atendible (...).

-En esa misma providencia destacó la Sala, otros eventos en los cuales el ordenamiento jurídico le confiere valor probatorio a las copias simples: a) en el numeral 6 del artículo 133 del C. de P. Civil a propósito del trámite de reconstrucción por pérdida total o parcial de un expediente, se establece que si sólo concurriere a la audiencia que para el efecto se cita una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el proceso con base en su exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en aquélla, dentro de las cuales pueden ser aportadas copias simples de documentos que obraban en el proceso y que estuvieren en su poder; o b) en el artículo 274 ibídem, cuando una vez citado al autor del documento para su reconocimiento, se presenta renuencia por parte del mismo porque no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas, en cuyos casos no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento, y así se declarará en nota puesta al pie del documento.

-Pero, además, se añade en esta oportunidad, que con fundamento en el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil es posible, sin contrariar lo dispuesto en los artículos 244 y 268 ibídem, conferir valor probatorio a las copias simples, **cuando la parte contra la cual se aducen conserva el original de las que se señala fueron reproducidas y puede por lo tanto, efectuar su cotejo y tacharlas de falsedad cuando no estén conformes, sin necesidad de que practique la inspección judicial de que trata la norma. (...).**

Sin embargo, resultaría superfluo que la misma parte que tiene bajo su guarda los documentos originales, de los cuales la parte contraria afirma haber obtenido las copias que aporta, solicite una inspección judicial para que se practique el cotejo, cuando esa misma parte puede practicar la confrontación sin intervención judicial y en caso de encontrar disconformidad, proponer la tacha de falsedad de que tratan los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. (...).

-Más evidente aún resulta la carencia de necesidad de que se autentiquen las copias simples aportadas en contra de quien tiene a su disposición los originales o copias auténticas anteriores, o de que éstas se cotejen en diligencia de inspección judicial, **en aquellos eventos en los que quien tiene bajo su guarda esos originales o copias auténticas y en contra de quien se aducen las copias simples, en vez de tachar éstas de falsedad, se remite a las mismas para fundamentar su defensa, con ese comportamiento procesal, ha de entenderse que la parte contra quien se aducen las copias ha verificado su autenticidad y las acepta como pruebas válidas del proceso.**

(...). Esa actuación de la parte contra la cual se aducen las copias debe ser valorada atendiendo el principio de lealtad procesal, que debe gobernar el comportamiento de las partes en toda la actividad procesal, principio que la Sala ha aplicado, por ejemplo, para flexibilizar las exigencias legales en relación con la prueba trasladada, por considerar que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, éstas pueden

ser valoradas, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el proceso al cual se trasladan, considerando que, en tales eventos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión.

-Finalmente, que para la Sala no cabe duda de que las pruebas traídas por las partes en copia simple, pueden ser apreciadas sin limitación alguna en lo que le resulten desfavorables, en aplicación, igualmente, del principio de lealtad procesal. Por lo tanto, todas las consideraciones anteriores resultan relevantes pero cuando esas copias simples se aducen en contra de la otra parte, que, se reitera, tiene en su poder los originales en las que ellas reposan o las copias auténticas de los mismos". (...)”¹⁰⁻¹¹ (negritas fuera del texto).

Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–.

No obstante, el legislador del año 2011, al reconocer la importancia de los principios constitucionales y la función que ejercen o cumplen en la armonización de los postulados legales del orden procesal, determinó en la nueva disposición

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012. Rad. 1999-01250 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹¹ Ver entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Rad. No. 1996-0142 y 1994-0845. C.P. Enrique Gil Botero.

del artículo 167 ibídem, que “no será necesario acompañar su copia [la de las normas de alcance no nacional], en el caso de que las normas de carácter local que se señalen como infringidas se encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente.”

Como se aprecia, el derecho procesal moderno parte de la confianza que existe en la sociedad, se trata de una visión filosófica que encuentra su fundamento en la dimensión de la filosofía y sociología funcionalista, así como en la teoría de los sistemas sociales.

En otros términos, la hermenéutica contenida en esta sentencia privilegia –en los procesos ordinarios– la buena fe y el principio de confianza que debe existir entre los sujetos procesales, máxime si uno de los extremos es la administración pública.

En otros términos, desconoce de manera flagrante los principios de confianza y buena fe el hecho de que las partes luego del trámite del proceso invoquen como justificación para la negativa de las pretensiones de la demanda o para impedir que prospere una excepción, el hecho de que el fundamento fáctico que las soporta se encuentra en copia simple. Este escenario, de ser avalado por el juez, sería recompensar una actitud desleal que privilegia la incertidumbre sobre la búsqueda de la certeza procesal. De modo que, a partir del artículo 228 de la Constitución Política el contenido y alcance de las normas formales y procesales –necesarias en cualquier ordenamiento jurídico para la operatividad y eficacia de las disposiciones de índole sustantivo– es preciso efectuarse de consuno con los principios constitucionales en los que, sin hesitación, se privilegia la materialización del derecho sustancial sobre el procesal, es decir, un derecho justo que se acopla y entra en permanente interacción con la realidad a través de vasos comunicantes¹².

¹² “Concierne por igual a los filósofos y a los juristas la cuestión de determinar los requisitos que un ordenamiento jurídico tiene que llenar para poder ser considerado como un “derecho justo” o, lo que es lo mismo conforme con la justicia en la medida de lo posible. Concierne esta cuestión a los filósofos, porque por lo menos desde Platón el tema de los contenidos de justicia y de la ordenación “justa” de la convivencia humana es uno de los problemas centrales de la ética. Y concierne a los juristas, porque, si bien es cierto que los juristas pueden limitarse a cumplir las normas de un concreto derecho positivo, o las decisiones judiciales que en ese derecho positivo sean vinculantes, no pueden evitar que se les coloque incesantemente ante el problema de saber si lo que hacen es o no “justo”, sobre todo cuando las relaciones vitales cambian y los casos no se plantean ya de un modo igual. La perspectiva que en esta materia arroja más luz es, sin embargo, otra. De acuerdo

De allí que, el proceso contencioso administrativo y, por lo tanto, las diversas etapas que lo integran y que constituyen el procedimiento judicial litigioso no pueden ser ajenas al llamado de los principios constitucionales en los que se hace privilegiar la buena fe y la confianza. Esta circunstancia de la superación fáctica frente a lo normativo, fue puesta de presente por la teoría del método científico del derecho (antiformalista) de Francois Geny, quien con total claridad sobre la materia, puntualizó:

“Así considerado el problema, se reduce a los términos siguientes: la legislación, esté o no codificada, y entendiéndola en su sentido más amplio, esto es, tomándola como todo acto de la autoridad que tenga por fin dictar reglas jurídicas generales en forma de imposición obligatoria, ley propiamente dicha, decretos, reglamentos legalmente dictados, el *jus scriptum*, en una palabra, ¿puede, en nuestro estado social y constitucional ser suficiente para la revelación del derecho, permitiendo su completa aplicación, que hace completamente inútil para la práctica toda jurisprudencia positiva? ¿No descubrimos, por el contrario, en la naturaleza y en la acción de la ley, lagunas y limitaciones esenciales, que hagan necesarias otras fuentes de derecho, tal como la costumbre, o bien cuando menos la intervención de la libre investigación científica, dirigida a la elaboración del sistema jurídico, capaz de dar satisfacción a todas las necesidades de la vida social?

“Este campo de investigación que descubrimos parece poco explorado. Y esto, si no me equivoco, procede del que se hayan contentado fácilmente con el principio de omnipotencia legislativa. Se ha pensado indudablemente que este dogma constitucional excluía *a priori* toda idea de medida de la acción del poder en materia de revelación del derecho, y se ha considerado además que en nuestro estado político y social el legislador creía manifiestamente reservar para sí solo el monopolio de toda innovación jurídica”¹³.

Esta hermenéutica jurídica que permite la interacción permanente de los principios constitucionales con los aspectos legislativos, máxime si existen lagunas o puntos

con una larga tradición de la filosofía occidental, la tarea de los filósofos consiste en buscar la “unidad” que subyace bajo la multiplicidad de las normas y de las decisiones, en buscar dónde está la razón última de la validez. La tarea del jurista, en cambio, consiste en encontrar decisiones justas de casos concretos. De esto modo los unos apenas tienen noticia de lo que los otros hacen y ello es igualmente nocivo para ambos. Si los filósofos hubieran tenido en cuenta el material que los juristas han puesto a su disposición al reflexionar sobre puntos de vista que tienen que utilizar en la búsqueda de decisiones “justas”, hubieran podido ofrecernos algo más que unas formulaciones de una indeterminación tan grande que no siempre sin razón se les reprocha ser poco más que simples “fórmulas vacías”. Y si los juristas hubieran contemplado los puntos de vista que buscan y que utilizan, desde la perspectiva de una ética jurídica que vaya más allá de cada concreto derecho positivo, hubieran apreciado mejor y más conscientemente el “valor” de tales puntos de vista. Hace falta, pues, tender un puente...” LARENZ, Karl “Derecho Justo”, Reimpresión, Ed. Civitas, Madrid, 1985, proemio.

¹³ GENY, Francois “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, Ed. Biblioteca de autores españoles y extranjeros, 2ª edición, Madrid, 1925, pág. 111.

oscuros en el derecho, tales como saber si es posible a la luz de diáfanos y sistemáticas modificaciones normativas aplicar un sistema interpretativo en el que las copias simples tengan valor probatorio en los procesos ordinarios en materia contencioso administrativa, es lo que el neo iusnaturalismo, en cabeza de Ronald Dworkin ha señalado como la necesidad de estructuración de un sistema jurídico en el que las reglas o normas –en sentido estricto– devienen insuficientes, razón por la cual los operadores jurídicos “echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas.”¹⁴

Por último, esta tesis ha sido avalada por otras Secciones del Consejo de Estado, de manera concreta, la Segunda, al establecer que el hecho de que no se hubieran tachado de falsas las copias simples permite deducir la anuencia frente a los citados documentos. Sobre el particular, la mencionada Sección señaló:

“En el sub-lite las copias simples corresponden a documentos que obran en los archivos de la Gobernación del Departamento de Boyacá, como son las Órdenes de Prestación de Servicios y la petición ante la Gobernación Departamental del reconocimiento de las prestaciones reclamadas, entre otros. Además, se trata de copias de documentos públicos que no fueron tachados de falsos y tienen el reconocimiento implícito de quien los aporta (artículo 276, ejusdem), por lo que no puede descartarse de plano su valor probatorio. El Tribunal desconoció el valor probatorio de las copias aportadas sin valorar lo antes dicho y olvidando, además que en materia de conciliación podía solicitar en forma oficiosa los documentos. Así, el sólo aporte en copia simple de algunos documentos no constituía óbice para improbar el Acuerdo Conciliatorio. Entrando al fondo del asunto conviene indicar que, según reiterada jurisprudencia, cuando se trata del contrato realidad es el valor pactado en el contrato y no otro el que sirve de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devenga cualquier docente y que el tiempo a reconocer en el “*contrato realidad*” es el efectivamente laborado.”¹⁵

En esa perspectiva, constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por lo tanto, impidan que el juez adopte decisiones inhibitorias. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el

¹⁴ DWORKIN, Ronald “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, pág. 72.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de agosto de 2007, exp. 2003-01162-01(1926-04), M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan la aplicación del mismo.

Así las cosas, conviene que la aplicación de esta hermenéutica influya en la materia, tal como lo ha hecho esta Subsección, toda vez que el tradicionalismo férreo no puede constituir razón suficiente para mantener la vigencia de una tesis que no consulta los postulados constitucionales y los lineamientos procesales modernos. Una de las finalidades principales del orden jurídico o normativo reside en la efectividad de los derechos y las garantías de los sujetos procesales, por lo tanto, una postura excesivamente formal deslegitima los fines esenciales del derecho procesal o adjetivo, máxime si las partes han guardado silencio a lo largo de la actuación –o han consentido expresamente en la valoración-, lo que ha permitido convalidar su postura frente a los documentos que reposan en el plenario en copia simple, respecto de los que se ha hecho referencia.

2. Previo a resolver de fondo, se debe precisar que en relación con la investigación disciplinaria, que fuera adelantada por la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca –bajo la administración del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-, en contra de los internos: Aldemar Lozano Ostos, Elio Angulo Díaz y William Gómez Irreño, con ocasión del intento de fuga que protagonizaron el 26 de febrero de 1999 –obrante en el proceso de folios 36 al 59, no será apreciada para efectos de su valoración. En efecto, se observa a folio 37 del cuaderno No. 1:

“(...) AUTO COMISORIO PARA APERTURA DE INVESTIGACIÓN

Arauca, Arauca, Marzo 1º de 1999

Téngase en cuenta el informe presentado por el Comandante de Guardia **RICARDO JIMÉNEZ MENESES**, como base para dictar esta providencia de Auto cabeza de proceso y para que adelante investigación formal Disciplinaria, se comisiona al Jefe de la Oficina Jurídica Doctor **ÁLVARO FERNANDO SANJUAN QUINTERO**, quien queda investido de amplias facultades (...).”

La providencia de apertura referenciada está suscrita por el Director del penal de la época, Jaime Alfonso Valencia Correa, y en ella se evidencia que la pesquisa disciplinaria fue dirigida por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, quien para entonces oficiaba como Jefe de la Oficina Jurídica del establecimiento, pero que en el

presente proceso integra la parte demandante -alegando su calidad de lesionado-, por demás, en virtud de los mismos hechos.

Ahora bien, respecto al traslado de pruebas, el Código de Procedimiento Civil¹⁶ consagra de la siguiente manera:

ARTÍCULO 185. PRUEBA TRASLADADA. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, **siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.** (Negrillas fuera del texto original)

Como se puede inferir -sin lugar a mayor elucubración-, no se espera conducente la apreciación de una prueba que, más que haberse practicado a petición y con audiencia de la parte contra la que se pretende aducir -es decir, el INPEC-, fue inmediada, apreciada y resuelta -en representación de la entidad, bajo la calidad de investigador-, por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero -abogado de profesión-, quien para la época de los hechos se desempeñaba como funcionario de la parte que ahora obra como su demandada.

Aunque en etapa adelantada de dicha gestión, así también fue reconocido por el propio investigador -Sanjuán Quintero-, quien en misiva del 20 de mayo de 1999 declaró:

“(…) Teniendo en cuenta la declaración del Dragoneante RANGEL ZAMBRANO EDILBERTO, quien trae a colación al suscrito investigador, en los hechos acaecidos el pasado 26 de febrero del año que avanza, y como fui uno de los damnificados en el conato de fuga, por parte de los internos investigados de este centro reclusorio, mal puedo en aras de la imparcialidad, seguir conociendo la presente causa, razón por la que me declaro impedido, y remito a la Dirección de la Cárcel las diligencias en el estado en que se encuentran, constante de 32 y 19 folios, original y copia, respectivamente, para lo de su cargo (…)” (fl. 56 del cdno. No. 1)

2. Valoración Probatoria

¹⁶ La Sala en sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente radicado al No. 13476, retomando lo dicho en providencia 21 de septiembre de 2000, precisó lo siguiente:

“El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo dispone que “En los procesos ante la jurisdicción en 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”.

2.1. Para acreditar el período de su vinculación laboral con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario acompañó, con el escrito de demanda, copia simple de la Resolución 1296 del 31 de marzo de 1998 –proferida por su Director General-, en la que resolvió “*nombrar provisionalmente en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO código 3020, grado 10, de la Cárcel Judicial del Circuito de Arauca al doctor ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO (...)*”. Así mismo, en copia simple, se aportó el acta No. 4 –de abril 24 del mismo año-, mediante la cual el designado prestó juramentos constitucionales y de ley, y suscribió la posesión de su cargo. A posteriori, mediante copia de la Resolución 2304 - suscrita por el Director General el 13 de julio de 1999-, se verificó la declaratoria de insubsistencia en su cargo, es decir, la cesación definitiva de su vinculación laboral con la entidad (fls. 86 al 88 del cdno. No. 1).

2.2. También así, adjuntó copias simples de legajos pertenecientes a la historia clínica -seguida por el Instituto de Seguros Sociales-, del paciente Álvaro Fernando Sanjuán Quintero. Tienen fechas de: 16 de abril, 21 de julio, 13 de octubre y 01 de diciembre de 1999, y 3 de enero de 2000. De la información que en dichos folios se registra, es legible muy poco, pero se entiende bien que, en las mencionadas fechas, el susodicho paciente –de 40 años- consultó en la especialidad de psiquiatría. En una de las anamnesis se puede leer: (...) *ansiedad, intranquilidad, insomnio - posterior a episodio que vivió en su sitio de trabajo (Cárcel de Arauca)*. En el diagnóstico presuntivo de otras fechas se entiende con claridad: *síndrome de estrés postraumático* y, en la última, *continúan dificultades de erección que se precede* (fls. 60 al 64 del cdno No. 1).

2.3 Seguidamente presentó copias al carbón -o segundas copias-, de fórmulas de medicamentos, diligenciadas en formatos de control del Instituto de Seguros Sociales, donde se confirmó que al paciente Sanjuán Quintero se le recetaron, durante el período comprendido entre mayo de 1999 y febrero de 2000, medicinas como *Somece, Lumprazolan, Ludiomil, Anafranil o Somnil*¹⁷, indicadas para

¹⁷ **Anafranil:** Pertenece al grupo de medicamentos denominados antidepresivos tricíclicos, medicamentos para tratar la depresión y los trastornos del estado de ánimo. Anafranil puede también utilizarse para el tratamiento de los trastornos obsesivo - compulsivos, fobias y crisis de angustia.

Ludiomil: Indicaciones terapéutica

Depresión endógena. Depresión psicógena. Depresión somatógena. Depresión enmascarada. Depresión acompañada de ansiedad. Depresión y distimias depresivas en niños, adolescentes y ancianos.

Somnil: Mecanismo de acción

Agonista de receptores de benzodiazepinas, refuerza la inhibición gabaérgica de la actividad de las

controlar las crisis de ansiedad, depresión, angustia e insomnio (fls. 65 a 74 del cdno. No. 1).

2.4 A continuación, aportó original del derecho de petición que interpuso el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, ante el Instituto de Seguros Sociales, solicitando que le fuera allegada su historia clínica al especialista que lo trataba, ya que sin el oportuno acceso a la misma, no se podía hacer un verdadero seguimiento de su evolución en las consultas, a lo que el Instituto contestó:

“(…) En respuesta a su solicitud hecha el día 16 del presente mes fundamentada en el Derecho de Petición, me permito informarle que su Historia Clínica pertenece al CAA de los Patios, puesto que según Referencias expedidas por el Doctor Serrano su residencia está ubicada en Montebello II.

Solicite su Historia Clínica a dicho CAA, en la cual le anexaré las Referencias de atención de Psiquiatría de los días 3 de agosto, 25 de agosto, 13 de octubre y 1 de diciembre de 1999 (…)” (fl. 77 del cdno No. 1).

Igualmente, para otorgar certeza de su enfermedad, anexó copia simple de fórmula de medicación en formato del ISS, fechada el 15 de junio de 2000, donde le fue recetado Viagra y Erostatin¹⁸ (fl. 215 del cdno. No. 1).

2.5 Se observaron, igualmente, copias simples del reconocimiento No. 1572, expedido el 7 de marzo de 2002 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses –Seccional Norte de Santander-. Allí determinó:

“(…) Se observa paciente masculino eutrófico de 44 años de edad que demuestra mayor edad que la cronológica, colaborador que no refiere ni encuentro alteración morfo funcional alguna en la fecha que amerite incapacidad médico legal.

Su cuestionario está especialmente orientado a determinar una perturbación funcional psíquica así como el uso de medicamentos específicos de neurología-psiquiatría por lo tanto se da traslado para que el perito psiquiatra forense determine al respecto (…)” (fl. 238 del cdno ppal).

neuronas distales. (Fuente: <http://www.vademecum.es/>)

Principio activo: Sildenafil - Mecanismo de acción

Inhibidor potente y selectivo de la fosfodiesterasa tipo 5 (PDE5) específica de guanosina monofosfato cíclica (GMPc) de los cuerpos cavernosos, donde la PDE5 es la responsable de la degradación del GMPc. Indicaciones terapéuticas

Disfunción eréctil. Tto. de hipertensión arterial pulmonar tipificada como grado funcional II y III de la OMS.

El 13 de marzo de 2002, el psiquiatra forense efectuó la valoración mental de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, y así determinó en el informe:

“(…) EXAMEN PSIQUIÁTRICO FORMAL:

Ingresa al consultorio por sus propios medios, saluda al entrevistador, revela su edad cronológica. Su estado psicomotor prima por movimientos no adaptativos.

Ansioso, deprimido; la forma de su pensamiento es lógica, acelerado en el curso de su pensamiento.

El contenido prima su ideación minusvática y su referencialidad.

La sensopercepción es adecuada.

Orientada en tiempo, espacio y persona.

Autocrítica y prospección comprometidas.

DISCUSIÓN:

*Se debe plantear antes de resolver el cuestionario enviado a esta seccional que **ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO** posterior a los hechos vividos en la Penitenciaría de Arauca ha desarrollado un síndrome de estrés postraumático, que le ha repercutido incluso en su vida de pareja, presentando signos y síntomas en la actualidad.*

No figura en las xerocopias de historia clínica del I.S.S. presencia de esta sintomatología antes de los hechos vividos.

RESOLUCIÓN DEL CUESTIONARIO:

1. El entrevistado **ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO** presenta clínicamente lo que el DSM IV denomina Síndrome de Strees [sic] Postraumático.

2. Actualmente presenta sintomatología activa y puede afirmarse que ese síndrome obedece a la experiencia vivida en el Penal de Arauca.

3. Se origina obviamente con la época en la que laboró en la Penitenciaría de Arauca. Afirmarse que ha sobrepasado un semestre de signos y síntomas una vez vivida la experiencia, lo cual lo situaría como un síndrome strees [sic] postraumático y en términos forenses equivaldría a un *Trastorno Mental Permanente*.

4. El proceso clínico de **ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO** ha tendido a la cronicidad.

5. Ha generado alteraciones psíquicas y comportamentales, tales como disfunción familiar a nivel de pareja y disfunción eréctil.

Se utilizó como técnica y metodología: la revisión de historia clínica y la entrevista psiquiátrica (...) (fls. 239 a 242 del cdno. ppal) (cursiva y subrayas de la Sala)

A partir del experticio es posible concluir que -a pesar de la insistencia de la parte demandante en lo contrario-, lo cierto es que no fue el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses –Seccional Norte de Santander- el que diagnosticó el *síndrome de estrés postraumático*, sino que, por el contrario, dicho informe claramente se fundamentó en la historia clínica elaborada por el Instituto de Seguros Sociales, es decir, es esta la fuente -primera referencia- del

diagnóstico, puesto que -tal como se subrayó-, la metodología utilizada se fundamentó en *la observación de la historia clínica y en la entrevista del perito* pero, en tal sentido, el dictamen forense proyecta un cariz de prueba -en referencia- de una serie de documentos tan trascendentales como desconocidos.

Por otra parte, salta a la atención que, del estudio de los antecedentes médicos - puesto que *“no figura presencia de esta sintomatología –o similar- en las xerocopias de historia clínica del I.S.S. (...) antes de los hechos vividos”-*, el perito haya llegado a concluir que el origen de la patología se suscitó con ocasión de la experiencia traumática, lo que conminaría –forzosamente-, a verificar la historia clínica del paciente Sanjuán Quintero, con el fin de confirmar sus preexistencias. Sin embargo, a pesar de no poder corroborarlas –gracias también a la ausencia de la historia clínica del señor Sanjuán Quintero en el proceso-, defender semejante postura significaría ignorar por completo principios de tanta preeminencia como los de la carga de la prueba, lealtad procesal y la buena fe; siendo este último una presunción con fuerza constitucional, consecuentemente le correspondería al contradictor la carga de probar una acusación en tal sentido, acontecer que no se presentó en este caso, pues la demandada no allegó al proceso prueba así dirigida, de allí que resulte execrable afirmar –para el juez o para las partes-, que la demandante no probó un hecho que, por demás, contradice sus propias afirmaciones.

2.6 Columna vertebral del acervo de pruebas allegado, es el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez -Seccional Norte de Santander-. A folio 243 del cuaderno No. 1, donde reposa copia simple de la decisión de dicho órgano, se puede observar:

CRITERIO	PORCENTAJE (%)	
DEFICIENCIA	20.0	LIZCANO
DISCAPACIDAD	3.8	MURILLO DE G
MINUSVALÍA	17.5	MURILLO DE G
TOTAL	41.30	

El informe elabora una descripción del dictamen, particularizando la evaluación de cada criterio y la manera en que se calificó, para finalmente declarar la estructuración de una incapacidad permanente parcial de origen profesional, y

determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral en un 41.3%, a partir del 26 de febrero de 1999.

Tal como se verificó, en el aparte de relación de documentos, los galenos legistas registraron aquellos que se estudiaron y tuvieron en cuenta como fundamento para proferir el dictamen final:

DOCUMENTO	SE TUVO EN CUENTA
REPORTE DE ACCIDENTE DE TRABAJO	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
HISTORIA CLÍNICA COMPLETA	NO
EPICRISIS O RESUMEN DE HISTORIA CLÍNICA	NO
ACTA DEL LEVANTAMIENTO DEL CADÁVER	NO SE TUVO EN CUENTA
CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN	NO SE TUVO EN CUENTA
ANALISIS PUESTO DE TRABAJO	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
EXÁMENES PARACLÍNICOS	SI SE TUVO EN CUENTA
EXÁMENES PRE-OCUPACIONALES	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
EXÁMENES PERIÓDICOS OCUPACIONALES	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
EXÁMENES POST-OCUPACIONALES	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
CONCEPTO DE SALUD OCUPACIONAL	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
OTROS: Valoración, al SOLICITANTE por el ponente Dr. Lizcano	
DIAGNÓSTICO MOTIVO DE CALIFICACIÓN	
SÍNDROME DE STREES [SIC] POSTRAUMÁTICO	

Sorprende que ni la historia clínica, ni su resumen o epicrisis -primera fuente del diagnóstico del "síndrome de estrés postraumático"-, hayan sido objeto de análisis para el fundamento del dictamen de la Junta Regional. Por el contrario, en el acápite posterior de exámenes practicados para el diagnóstico, el informe registra

que se valoró al paciente por psiquiatría y el resultado reveló el *síndrome de stress [sic] postraumático*. Sin embargo –conforme al acápite anterior del informe–, se observa que la razón que motivó el examen fue, precisamente, la mencionada patología.

Dicho de otra manera, de la sintomatología de un síndrome de estrés postraumático –aunado a la valoración del psiquiatra–, incluso en ausencia de la historia clínica, logró diagnosticar el síndrome de estrés postraumático y, quizá lo más sorprendente, su nivel porcentual de afectación. No obstante, a pesar de la simplicidad del método que se dijo aplicar para su elaboración, lo cierto es que, tal como se razonó en el numeral anterior, se trata del experticio realizado por peritos de la Junta Regional de Calificación de Invalidez –Seccional Norte de Santander–, que le fue practicado a Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, y que solo fue objeto de contradicción por su parte, en un incidente que se resolvió en la sentencia a favor del dictamen.

Ante la contradicción del formulado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, invocada oportunamente por la parte demandante durante el término de traslado del mismo, y en respuesta a la orden de practicar su complementación, el colegiado de galenos allegó respuesta el 17 de marzo de 2003, en los siguientes términos:

“(…) Nos permitimos informarle que lo solicitado por el demandante de la referencia, en relación a que se incremente la deficiencia del Dictamen de pérdida de capacidad laboral por no haberse tenido en cuenta su disfunción eréctil del pene y su relación de pareja, no es posible, de acuerdo a la tabla de calificación aplicada, ya que estas deficiencias ya están incluidas en la deficiencia dada del 20%, como Stress Post traumático [sic], que contemplan estas alteraciones. El capítulo V de la tabla que hace referencia a deficiencia de Órganos Genitales, concretamente del pene, contempla alteraciones orgánicas del miembro viril, que en ningún momento presenta el paciente calificado sino se derivan de su Patología Psíquica calificada como estrés postraumático. Lo mismo sucede con la alteración de relación de pareja, de lo cual se queja el paciente y que con un buen tratamiento de psicoterapia puede mejorar sustancialmente.

CONCLUSIÓN

No es pertinente la solicitud hecha en relación a aumentar la deficiencia dada en el dictamen emitido y la Junta en pleno se ratifica en la Calificación dada (...)” (fl. 247 del cdno. No. 1).

En vista de la resistencia de la Junta Regional para complementar el dictamen, la parte demandante lo objetó por error grave. En la acusación le descalificó, argumentando que ésta debió apegarse -apartándose de criterios subjetivos- a las tablas porcentuales del Manual de Calificación. Acusó que siendo integrada la Junta por dos médicos generales, un psicólogo y un abogado, su evaluación no puede pasar por encima de los dictámenes de expertos psiquiatras del Instituto de Medicina Legal y el Instituto de Seguros Sociales.

En consecuencia, solicitó designar para nuevo peritaje a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez –superiores jerárquicos de la Regional de Norte de Santander-, para que con estricta observación del Decreto 917 de 1999, valorara y otorgara porcentaje a la disfunción eréctil y familiar -a nivel de pareja-.

Posteriormente, luego de correr traslado para las alegaciones finales mediante auto del 28 de mayo de 2003, providencia impugnada por el actor -comoquiera que concluyó con la etapa probatoria, sin que se haya resuelto la objeción propuesta contra el dictamen de la Junta Regional de Calificación de invalidez-, el *a-quo* rechazó su reposición en providencia del 30 de julio de 2003. Allí consideró:

“(...) Ahora bien, el despacho señala al apoderado que no repondrá el auto que ordenó correr traslado para alegar, por las siguientes consideraciones:

Efectivamente en el transcurso del presente proceso se ha dado cumplimiento a las diferentes etapas y trámites del mismo, es así como el 9 de septiembre de 2002, se ordenó correr traslado del dictamen rendido por la Junta de Calificación de Invalidez de Norte de Santander (...); dentro del referido traslado la parte actora solicitó complementación del referido dictamen (...).

La Junta de Calificación de Invalidez de Norte de Santander envió la complementación respectiva (...), de la cual se dio traslado a las partes, dentro del cual la parte actora objetó por error grave el dictamen.

Ahora bien, referente a la objeción por error grave, el despacho la decidirá en la sentencia que se dicte dentro del presente proceso, tal como lo ordena el numeral 6 del artículo 238 del C.P.C. (...)” (fls. 271 y 272 del cdno. No. 1)

Al momento de decidir, respecto al error grave por el que se objetó el dictamen, así desató el *a-quo*:

“(...) Ahora bien, como quiera [sic] que el actor insiste en cuestionar dicho dictamen, se hace necesario precisar que el procedimiento a

seguir hubiese sido apelar dicha decisión dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto 1346 de 1994¹⁹, ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y no trasladar dicha responsabilidad a la autoridad judicial (...)” (fl. 300 del cdno. ppal.)

No obstante, aprecia la Sala que el Decreto 1346 de 1994, norma a la que el *a-quo* remitió al objetante, además de referirse a una materia diferente – *incompatibilidades, inhabilidades, responsabilidades, impedimentos y recusaciones de los miembros de las juntas de calificación*-, se encontraba derogada para el 13 de agosto de 2002 –fecha en que se practicó el dictamen-, por el Decreto 2463 de 2001, que frente a la materia dispone:

“(…) **ARTICULO 33.-Recurso de reposición.** Contra el dictamen emitido por la junta regional de calificación de invalidez procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse directamente dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, sin que requiera de formalidades especiales, exponiendo los motivos de inconformidad y acreditando las pruebas que se pretendan hacer valer.

El recurso deberá ser resuelto por la junta dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción y no tendrá costo alguno.

PARAGRAFO El trabajador, empleador, entidad administradora, compañía de seguros o persona interesada, podrá interponer dentro del término fijado en el presente artículo, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, o interponer el de apelación directamente a través de la junta regional de calificación de invalidez.

ARTICULO 34.-Recurso de apelación. El dictamen emitido por la junta podrá ser apelado por cualquiera de los interesados, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que se requieran formalidades especiales, señalando los motivos de inconformidad y acreditando las pruebas que se pretendan hacer valer. Interpuesto en tiempo el recurso, el secretario de la junta regional de calificación de invalidez lo remitirá dentro de los dos (2) días siguientes a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Para tal efecto remitirá toda la documentación que sirvió de fundamento para el dictamen e informará a las partes interesadas sobre dicho trámite.

¹⁹ **ARTICULO 15. DE LAS INCOMPATIBILIDADES, INHABILIDADES, RESPONSABILIDADES, IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES.** A los miembros de las juntas de calificación de invalidez y a los secretarios, no se les aplican las inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, pero en sus decisiones estarán sujetos al régimen de impedimentos y recusaciones aplicable a los jueces de la República. Para el trámite de los impedimentos y recusaciones se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 30 del Decreto 01 de 1994, y conocerá de éste la misma junta, con exclusión de miembros impedido o recusado. Para esta decisión se citará al respectivo suplente. En caso de desintegrarse el quórum para decidir, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social designarán Miembros de la Junta ad-hoc. Si prospera el impedimento o la recusación, la Junta convocará al suplente.

PARAGRAFO. Lo ordenado en el presente artículo no impide a ninguno de los miembros de las Juntas de Calificación de Invalidez y a los secretarios, utilizar los servicios del Sistema de Seguridad Social integral, en las mismas condiciones contempladas en la Ley o en los reglamentos, para sus afiliados.

Si el recurso no fue presentado en tiempo, el secretario así lo informará a la junta de calificación o sala de decisión respectiva en la sesión siguiente, quedando en firme el dictamen proferido.

PARAGRAFO. Cuando la junta regional de calificación de invalidez, por cualquier causa se abstenga de dar trámite al recurso de apelación, el interesado podrá acudir directamente ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual ordenará la remisión de la documentación y decidirá lo que sea del caso.

ARTICULO 35.-Procedimiento para el trámite del recurso de apelación. El recurso de apelación será resuelto por la sala de decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a la cual pertenezca el ponente a quien le correspondió en turno el caso, siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 27 a 32 del presente decreto. El dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se notificará de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto, y contra él sólo proceden las acciones ante la jurisdicción laboral ordinaria (...)²⁰.

Como se aprecia, el Decreto citado contiene disposiciones de carácter especial, es decir, regulan de manera concreta y específica la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez, contenido, también, el procedimiento correcto para impugnar los dictámenes que emiten. Ello significa, que si bien es cierto que el artículo 238 del C. de P.C. –al que se aferró el inconforme-, regula la contradicción del dictamen pericial, no lo es menos aún que el Decreto 2463 de 2001 también reglamenta, pero de manera especial y posterior, lo concerniente a los dictámenes expedidos por las juntas regionales de calificación de invalidez, con lo cual queda claro que el demandante faltó a la carga del procedimiento que se le exigía -bajo el que se tramitaba su inconformismo con la decisión-, lo que hace axiomático que el dictamen tiene plena validez.

2.7 Integrando el acervo probatorio, se apreció copia auténtica del informe presentado por la Aseguradora de Riesgos Profesionales La Previsora Vida S.A., dando cuenta de las actividades que realizara en la Cárcel del Circuito de Arauca, con ocasión de la evaluación psicológica que se les practicara a los funcionarios, posterior al intento de fuga que se registrara el 26 de febrero de 1999. Del informe se destaca:

“(...) Caso I

Nombre: Álvaro Fernando Sanjuán Quintero

²⁰ Publicado en el Diario Oficial 44.652 del 21 de noviembre de 2001, día en que entró en vigencia.

Edad: 40 años
Estado Civil: Casado
Natural de: Cúcuta
Antigüedad: 1 año
Escolaridad: Universitario
Cargo: Asesor Jurídico

Narra lo Siguiente:

“En el momento del motín quedé encerrado entre la primera y segunda reja en medio del tiroteo. No recuerdo cuánto tiempo duró, cuando me di cuenta de que los refuerzos de la Policía no podían entrar entonces me percaté de que el candado estaba puesto, entonces empecé a darle instrucciones a uno de los policías para que volara el candado ya que las llaves se encontraban refundidas”.

Conclusiones:

Presenta trastornos del sueño insomnio, sentimientos de desamparo, paranoia, anorexia, dolores musculares, cefalea, incertidumbre, estados de alerta por encima del umbral, al día siguiente del motín tuvo intenciones de abandonar el cargo.

Diagnóstico:

Crisis de ansiedad asociada a incidente de trabajo.

(...)

RECOMENDACIONES DIRIGIDAS A TODA LA POBLACIÓN EVALUADA

SE RECOMIENDA REALIZAR TALLERES DIRIGIDOS A:

- MANEJO DEL ESTRÉS
- ESTILOS DE VIDA SALUDABLES
- MANEJO DE SITUACIONES GENERADORAS DE CONFLICTO DADAS LAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGIÓN DONDE SE ENCUENTRA UBICADA LA CÁRCEL (...)" (fls. 73 a 82 del cdno. No. 3). (Negrillas y subrayas de la Sala).

En relación, se encuentra el testimonio de Ludivia Castro Guerrero, Administradora Financiera de La Previsora de Vida S.A., quien declaró negando la responsabilidad de la ARP, en cuanto a que su concepto inicial nunca fue objetado. Así expuso frente al incidente:

“(...) Pues del hecho me enteré en julio, cuando nos llevaron una citación a la oficina, julio de 2000, la fecha no la recuerdo exactamente, citación del Tribunal, de un llamamiento en garantía, no conocí los hechos. PREGUNTADO: Manifiéstele al Tribunal cuánto tiempo lleva laborando con La Previsora, precise la fecha en la cual se vinculo. CONTESTÓ: Estoy vinculada desde el 21 de febrero del 2000 (...)" (fls. 55 y 56 del cdno. No. 3).

Acompañándolo del formato para la verificación de afiliación y vigencia a la ARP – del 15 de marzo de 1999, que describió: “*incidente de trabajo que origina crisis transitoria de ansiedad. Se ordena terapia grupal a cargo de psicóloga ARP*”-, y del reporte de accidente de trabajo –fechado el 11 de marzo de la misma anualidad, que definió la lesión de Sanjuán Quintero como: “*Trauma psicológico por intento de fuga de internos con armas de fuego*”-, el Director de Gestión Integral de Siniestros de PREVIATEP –Administradora de Riesgos Profesionales de La previsora Vida S.A.-, aportó copia auténtica del certificado del 12 de octubre de 2000, en el que hace constar:

“(…) Que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) presentó reporte de presunto accidente de trabajo el 15 de marzo de 1999, sobre el suceso ocurrido al afiliado ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO (...) el cual fue calificado por esta Administradora de Riesgos Profesionales como incidente (...)” (fls. 20 a 22 del cdno. No. 2)

Con la certificación, también se allegó la copia auténtica del resultado de la novedad reportada –fechada el 12 de abril de 1999-, analizada por la Aseguradora de Riesgos Profesionales, en escrito dirigido al Coronel Laureano Villamizar, y suscrito por la representante legal de la ARP, donde se puntualizó:

“(…) **I. HECHOS:** Relacionados con el asunto en comento destacamos los siguientes:

1. Servidores públicos que sufren de “trauma psicológico”.
2. Dichos traumas acontecen cuando los servidores públicos se encontraban en las instalaciones de la cárcel.
3. Los traumas acontecen en razón que el día 26 de febrero del año en curso se presenta un intento de fuga por parte de los internos. En este intento se presentó tiroteo entre las fuerzas del orden y los internos.

II. MARCO TEÓRICO-JURÍDICO EL ACCIDENTE DE TRABAJO

1. El accidente de trabajo es el suceso repentino que bien por causa o con ocasión del trabajo, y el cual deja una consecuencia (art. 9 del Decreto 1295 de 1994).
2. El artículo 8 del Decreto 1295 de 1994 que establece que los accidentes que se consideran como riesgos profesionales son los que se producen como consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada.

a) Vemos como esta noción supone una causalidad directa entre el accidente y el trabajo (no concausal, es decir el accidente debe ser consecuencia directa del trabajo y no puede ser el trabajo causa de otra causa que fue la que a la postré ocasionó el accidente) para que sean considerados como siniestros cubiertos por el sistema de riesgos profesionales.

b) Por causa se entiende “aquello que es fundamento u origen de algo” (es decir, el accidente debe tener como fundamento u origen el trabajo). La expresión con ocasión se refiere a que el accidente o enfermedad, para ser considerados como de origen profesional, deben tener como causa o motivo el trabajo. Por último que algo sea consecuencia de otra cosa se requiere que “de un hecho o un acontecimiento se siga necesariamente otro”, en este caso que del trabajo se siga necesariamente el accidente.

LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

1. Por su parte la enfermedad profesional se entiende como (artículo 11 del Decreto 1295 de 1994) “...todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o del medio en que se haya visto obligado a trabajar, y que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional”, catalogación que éste realizará en el Decreto 1832 de 1994. Además se considera que también habrá enfermedad profesional cuando se pruebe que la enfermedad provino del trabajo aunque ésta no esté catalogada como tal en la reglamentación a que ya nos refiriéramos.

III. APLICACIÓN DEL MARCO-TEÓRICO A LOS HECHOS QUE CONFIGURA EL CASO EN ESTUDIO: Al respecto consideramos:

1. Los servidores públicos sufren de “trauma psicológico”.
2. Lo anterior permite establecer con evidencia que no hay un accidente de trabajo bajo el marco teórico estudiado, pues no estamos ante la definición de un “accidente”.
3. En caso de existir un siniestro, cubierto por el Sistema de Riesgos Profesionales, éste sería una enfermedad profesional. No obstante lo anterior, el siniestro ocurrido no originó ningún estado patológico por lo cual pese a que el incidente fue de trabajo por éste no se generan prestaciones económicas o asistenciales.
4. Lo que se presentó en los servidores fue una crisis transitoria de ansiedad asociada a un incidente de trabajo. Si bien es cierto que esta clase de incidentes no genera perse [sic] prestación alguna, un psicólogo asesor de la ARP realizará una terapia de grupo los días 13 y 14 de abril del año en curso para que los servidores afectados manejen correctamente el “stress” [sic] que se genera por esta clase de situaciones.

IV. CONCLUSIÓN

De lo antes examinado se concluye que no se configuran en este caso los supuestos fácticos que permitan aplicar el marco jurídico establecido para determinar que nos encontramos ante un accidente de trabajo o una enfermedad de índole profesional.

No obstante lo anterior la ARP reconoce que hubo un incidente de tipo laboral generado por el “stress” que genera este tipo de situaciones y que mediante terapia grupal se enseñará a manejar (...)” (fls. 30 a 32 del cdno. No. 2).

Respecto a la llamada en garantía -ARP La Previsora de Vida S.A.-, se descarta su responsabilidad ya que, en efecto, no se acreditó que se hubiera adelantado

ningún tipo de cuestionamiento o impugnación –por parte de la entidad asegurada- ante la decisión de calificar el suceso como “incidente laboral”, estimación con la cual se descartó la configuración de un accidente de trabajo –no imputable al empleador-, que comprometiera la responsabilidad de la aseguradora. Así pues, se libera a la ARP La Previsora de Vida S.A., de cualquier compensación a que haya lugar por los hechos de la presente demanda, toda vez que su valoración inicial no fue puesta en duda ni se agotó el trámite oportuno tendiente a su contradicción.

2.8 En cuanto a los testimonios que fueron deprecados por la parte demandante -y coadyuvados por la entidad demandada INPEC-, es preciso anotar que fueron practicados con el fin de acreditar las circunstancias de hecho, el daño provocado y la falla en el servicio. Las mencionadas declaraciones acarrearán a la Sala su análisis detallado, previo a determinar el régimen de imputación.

Obran en el acervo probatorio testimonios rendidos en audiencia -debida y oportunamente decretados y practicados-, entre los que se cuenta el del señor Leonardo Vesga Suárez, del cual vale la pena destacar:

“(…) PREGUNTADO: Manifiésteme a esta Corporación si tuvo conocimiento de hechos que se hayan presentado al interior de la cárcel donde usted labora, donde haya podido tener algún tipo de perjuicio el señor ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO, en caso afirmativo precíselos. CONTESTÓ: Fui partícipe de una tentativa de fuga que se inició al interior del establecimiento, ya que fui tomado como rehén, me encontraba de servicio de pabellonero cuando los internos WISTON MACIAS, ELIO ANGULO y ALDEMAR LOZANO, con armas corto punzantes me redujeron y me amordazaron en un dormitorio, de ahí los internos se tomaron la guardia donde se apoderaron de unas armas de fuego y se presentó un intercambio de disparos entre la fuerza pública que se hizo presente y los internos en mención, esto ocurrió el 26 de febrero de 1999, siendo aproximadamente las ocho de la mañana (…). PREGUNTADO: Precíselo al Tribunal en los hechos que usted acaba de narrar que participación activa o pasiva tuvo el señor ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO, precisando lugar de ubicación y demás. CONTESTÓ: (...) desempeñaba funciones de asesor jurídico en el establecimiento y su oficina quedaba a un costado de la guardia externa, de la participación no puedo decir exactamente dónde estaba ya que cuando los hechos ocurrieron yo me encontraba amordazado en la parte interna. PREGUNTADO: Precíselo al Tribunal si después de acaecidos los hechos tuvo conocimiento que el señor SANJUÁN QUINTERO haya recibido lesiones físicas o psicológicas que ameritaran tratamiento, en caso afirmativo dónde se le trataron y por cuánto tiempo. CONTESTÓ: No tuve conocimiento, a él lo echaron. PREGUNTADO: Con anterioridad a la introducción del escrito de tutela

en donde le solicita al juzgado laboral de esa localidad, les protegiera la vida e integridad personal, el aumento de personal de guardia penitenciaria y armamento, en alguna oportunidad le solicitó por escrito o verbalmente al director de la cárcel, señor VALENCIA CORREA, mejorara la seguridad del reclusorio, en caso afirmativo cual fue su respuesta. CONTESTÓ: Constantemente se solicita ante el INPEC en Bogotá se mejoren las condiciones tanto laborales como de seguridad de establecimiento para un bien del personal que laboramos allí, pero es muy poca las mejoras que nos ha hecho el INPEC últimamente y si constantemente el personal solicitamos al director se mejoren las condiciones, la respuesta es gestionar siempre ante el INPEC. PREGUNTADO: Contaba la cárcel de Arauca para el día del intento de fuga con el normal pie de fuerza penitenciario y carcelario. CONTESTÓ: Para el día de los hechos se encontraba laborando el personal completo de una compañía, aproximadamente de siete a diez dragoneantes (...). PREGUNTADO: Cuando usted rindió declaración en la Unidad de Control Interno Disciplinario de la cárcel (...) en la última parte de su declaración se le pregunta qué fallas en la seguridad cree usted se pudieron dar, para que se presentara ese conato de fuga, contestó, primordial la escasez de personal de guardia, pues en el momento me encontraba sólo como pabellonero y el Comandante de guardia se encontraba también solo. También el no traslado de internos que por sus altas peligrosidades deberían estar en un centro carcelario que brinde mejores condiciones de seguridad. A qué se debe su contradicción. CONTESTÓ: No me contradigo porque me presunta que si era normal el personal que había laborando ese día y para el día de los hechos era normal porque no teníamos más personal, pero si se encuentra el establecimiento con escasez de personal de guardia para cumplir eficientemente con la seguridad. PREGUNTADO: Normalmente, antes del intento de fuga por parte de los internos, estando usted de comandante de guardia, cómo era el grado de atención de la gente de la Policía Nacional en cuanto a seguridad se refiere, en el recinto del Comandante de la Guardia. CONTESTÓ: La Policía Nacional, tenía un puesto donde se nombraban de uno a tres uniformados de esa institución quienes prestaban seguridad en la Guardia externa y pasaban revista por las terrazas, después de los hechos ocurridos el 26 de febrero estas unidades se les ordenó tal vez por parte de esta institución prestar la seguridad en la parte externa y ahora se la quitaron. PREGUNTADO: Aclaro la pregunta anterior, en el sentido de que es el grado de seguridad de la parte interna del penal. CONTESTÓ: Pues el personal intenta al máximo prestar siempre bien el servicio pero ante los hechos que ocurrieron ese día que no es nada previsto se toma al personal de sorpresa y por la mayoría que eran los internos lograron reducir a los que se encontraban en la guardia externa. PREGUNTADO: Hubo muertos o heridos en ese intento de fuga, quienes? CONTESTÓ: Si hubo heridos, el patrullero de la Policía, no me acuerdo el nombre; el Dragoneante Martínez Guillermo y el interno Aldemar Lozano. PREGUNTADO: Días después del intento de fuga fuimos convocados a una reunión por la dirección del penal, reunión precedida por un funcionario de la Compañía de Seguros LA PREVISORA VIDA S.A., se acuerda usted qué se trató en la reunión? CONTESTÓ: Siempre que ocurren hechos al interior del establecimiento donde se involucren los funcionarios que trabajábamos allí, se solicita la presencia de algún funcionario de la PREVISORA en especial, de algún psicólogo ya que estos hechos pueden afectar al

personal. PREGUNTADO: Después de los hechos supo usted en qué sitio del penal se encontraba el asesor jurídico ÁLVARO SANJUÁN QUINTERO, mientras se desarrollaba el intento de fuga por parte de los internos. CONTESTÓ: Por declaraciones de los compañeros que estaban en la parte externa dijeron que el asesor jurídico señor SANJUÁN había quedado entre la reja No. 1 y la reja que conduce al comando de guardia con otro patrullero de la Policía. PREGUNTADO: Conoce más detalles respecto a la pregunta anterior CONTESTÓ: Pues lo que dijo el señor Guardián RANGEL, el asesor jurídico quedó con un patrullero quien fue el que hizo el intercambio de disparos con los internos y quien informaba a la policía lo que estaba ocurriendo. PREGUNTÓ: Con antelación al intento de fuga se presentaron comentarios o rumores respecto a una posible fuga, que medidas de seguridad se tomaron. CONTESTÓ: En el establecimiento es constante el rumor de fuga por parte de los internos y las medidas que se toman es tratar de hacer seguimiento y pedirle al personal que esté alerta al máximo todo el tiempo ya que nunca sabemos en qué momento van a decidirse a hacer una fuga (...). PREGUNTADO: Manifiéstele al Tribunal cuánto tiempo demoraron esos hechos que usted nos narra, desde el momento en que empezó la toma hasta cuando fue controlada CONTESTÓ: Aproximadamente media hora (...)" (Fls. 33 a 36 del cdno. No. 3) (Subrayas de la Sala)

A continuación, obra el testimonio de Carmen Silvia Cárdenas García, quien para la fecha se desempeñaba como guardiana del INPEC, y así refrendó los hechos:

"(...) PREGUNTADO: Manifiéstele a este despacho si tiene conocimiento o le constan hechos relacionados con un intento de fuga de presos donde haya estado involucrado el referido asesor jurídico Dr. SANJUÁN QUINTERO, en caso afirmativo cuándo ocurrió y háganos un pequeño relato de ellos. CONTESTÓ: Si, claro, (...) eso sucedió en las horas de la mañana cuando tres internos del patio uno trataron de fugarse tomaron a unos dragoniantes [sic] en la parte interna con chuzos de fabricación carcelaria, salieron a la parte de la guardia armados disparando a diestra y siniestra [sic], un policía resultó gravemente herido y pues el personal de funcionarios bastante, como le explico ese momento crítico de bastante susto para nosotros, el Dr. ÁLVARO SANJUÁN QUINTERO, el inspector jefe o sargento y yo nos encontrábamos en la oficina de jurídica cuando el dragoniante [sic] RANGEL ZAMBRANO EDILBERTO llamó en dos ocasiones al asesor jurídico para que entregara una cédula a un ex interno que había salido el día anterior a eso de las seis de la tarde, o más tardecito, 6:20 y no le entregaron los documentos porque ya era muy tarde y se le dijo que viniera el día siguiente por ellos. El Dr. SANJUÁN salió con la cédula del señor que esperaba afuera y transcurrió unos cinco minutos yo quise salir también de la oficina cuando el sargento me dio un empujón por el pecho y me tiro sobre un escritorio y me dijo SILVIA una toma, en ese preciso instante yo miré hacia afuera y vi cuando RANGEL corría hacia la parte de guardia y cerraba la reja pues la reja que conduce a la misma, se empezaron a oír disparos, nos metimos a un baño con el sargento y en forma inmediata activó la alarma y desde allí encerrados donde estábamos oíamos los gritos de las personas que estaban afuera, como los quejidos del policía, gritos de la guardia, oí como el Dr.

SANJUÁN gritaba que no lo mataran que no le dieran, que era el jurídico, le dije al Sargento, mi Sargento dónde quedó el Dr. SANJUÁN que escuche como grita y como pide ayuda, como también lo hacía el policía que gritaba auxilio, auxilio, transcurrieron varios minutos y seguían disparando de parte y parte, tanto de la parte de la guardia como de la calle me supongo que la policía, lanzaron gases, por lo que el Sargento y yo nos cubrimos el rostro con las camisas del uniforme que humedecimos con el agua de la cisterna del baño, así pasó un rato hasta cuando no supe cómo se fue calmando la situación. PREGUNTADO: Manifiéstenos a qué hora empezaron estos hechos y a qué hora aproximadamente culminó CONTESTÓ: Bueno no pudo precisar la hora exactamente, se que fue en la mañana como a las 9:30 eso fue temprano, tampoco puedo precisar cuánto tiempo duró porque uno en ese susto los minutos se le hacen años, pero yo creo que eso fue como una media hora supongo yo, eso siempre se demoró. PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si tiene conocimiento que estos hechos le hayan causado algún tipo de lesión psicológica o física al Dr. SANJUÁN QUINTERO, en caso afirmativo en que establecimiento o establecimiento lo trataron y por cuánto tiempo. CONTESTÓ: Bueno yo creo que a todos los que estábamos ese día laborando nos afectó en gran manera esos hechos, el Dr. SANJUÁN si se notaba un poco demacrado. Le pregunté inclusive que si estaba enfermo y que porque [sic] fumaba tanto cigarrillo y dijo que no podía dormir, que esa vaina lo tenía muy nervioso y que se sentía mal, en cuanto a si recibió tratamiento, de eso si no tengo conocimiento. PREGUNTADO: Manifiéstele al Tribunal si tiene conocimiento de las razones por las cuales se presentó este interno de fuga de los internos de la cárcel de Arauca. CONTESTÓ: No, solo sé que trataron de fugarse pero las causales si no las sé (...). PREGUNTADO: Porque [sic] tuvo que entregársele la cédula al interno que la estaba solicitando en la parte externa del penal al siguiente día de haber salido y no el mismo día de su libertad. CONTESTÓ: Porque salió muy tarde. PREGUNTADO: Quiénes han sido los encargados de guardar los documentos de identificación de los internos. CONTESTÓ: Los funcionarios de la oficina de jurídica, eso siempre se ha llevado en la oficina de jurídica (...) cuando adquieren su libertad se les entrega, también ahí mismo. PREGUNTADO: Cuándo usted salía de la oficina jurídica donde labora y hacía paso obligado por el recinto del comandante de guardia, normalmente cómo era el grado de atención en cuanto a seguridad se refiere del agente a la policía nacional. CONTESTÓ: Bueno, ellos siempre permanecían ahí, viendo televisión en la guardia, tomaban tinto, por ahí caminaban, permanecían ellos ahí (...)" (fls. 37 a 40 del cdno. No. 3) (Subrayas de la Sala).

Seguidamente, se halló la declaración juramentada de José Luis Sayago Botello, Personero Delegado en lo Administrativo de la Personería Municipal de Arauca, quien se encontraba en el lugar y hora de los hechos, de los cuales refirió:

"(...) Efectivamente el 26 de febrero de 1999, me encontraba en desarrollo de una diligencia de visita especial como Personero Delegado en lo penal en horas de la mañana, y en esos momentos se dio inicio a un intento de fuga por parte de algunos internos, hubo intercambio de disparos con la fuerza pública, sin embargo no puedo

precisar cómo se desarrollaron los hechos, pues en vista del intercambio de disparos solo pude atinar a lanzarme al piso en compañía de otro interno y de mi secretaria para proteger mi integridad física. PREGUNTADO: Manifiéstele a éste Tribunal si como consecuencia de los hechos que usted relata resultaron personas lesionadas físicamente o psicológicamente, en caso afirmativo precísenos su nombre y las lesiones si las conoce. CONTESTÓ: Tengo entendido que hubo tres heridos (...). En cuanto si hubo personas lesionadas psicológicamente hasta el momento no tengo conocimiento pero si puedo informarle que la ocurrencia de estos hechos generaron un trauma en mi secretaria y en mí, pues como podrá imaginarse el hecho de haber sufrido este tipo de evento genera una inestabilidad emocional en mi casi que he ido superando poco a poco. PREGUNTADO: Manifiéstenos cuánto tiempo duró el hecho de la toma en sí, es decir, desde el momento en que inicio hasta que la autoridad recuperó el control de la situación. CONTESTÓ: Una hora, tengo entendido, porque realmente para mí el tiempo fue bastante largo, luego de que culminaron los hechos y la autoridad controló la cárcel fue que me dijeron en la parte exterior que había durado una hora el intento de fuga. PREGUNTADO: Manifiéstele a esta Corporación si conoce los motivos y circunstancias que originaron este intento de fuga, precisando el medio por el cual le permite conocer de ese hecho. CONTESTÓ: Al finalizar el intento de fuga se me enteró por parte de la guardia de la cárcel que esta había sido adelantada por internos del patio uno,, sindicados de rebelión, las demás circunstancias no puedo precisarlas (...), pero tal como se me comentó algunos internos del patio uno desarmaron a la guardia, ingresaron hasta la parte administrativa de la cárcel y allí desarmaron a un policía procediendo luego a iniciarse un intercambio de disparos en número abundante, tanto así que en el lugar donde yo me encontraba ingresaron alrededor de diez disparos según las esquirlas de las paredes que sentimos. PREGUNTADO: Durante estos hechos tuvo conocimiento en qué lugar se encontraba el Asesor Jurídico Dr. SANJUÁN QUINTERO y por qué medios se enteró de su ubicación. CONTESTÓ: Durante el desarrollo del intento de fuga no tuve oportunidad de observar dónde se encontraba el Doctor SANJUÁN posteriormente (...) me enteré que (...) había quedado en medio del fuego cruzado entre la segunda reja de la puerta de la calle hacia la parte administrativa, es decir en la parte administrativa tengo entendido que quedó, donde según me dijeron se dio el intercambio de disparos entre uno de los policías y los internos que intentaron la fuga (...). PREGUNTADO: En sus constantes idas a la cárcel como Ministerio Público qué posición de seguridad asumía la gente de la Policía Nacional que se encontraba al servicio en el recinto del Comandante de Guardia. CONTESTÓ: Pues siempre que ingresé a la cárcel observé que se encontraba un funcionario de la Policía Nacional al interior en la primera reja su actividad en este lugar estaba dirigida a prestar apoyo a la guardia pues las demás funciones de seguridad estaban a cargo de la guardia penitenciaria por lo tanto la función de la Policía era de un apoyo pasivo (...)" (fls. 44 a 46 del cdno. No. 3) (Subrayas de la Sala).

También así, se confrontó la declaración rendida por el Dragoneante del INPEC Guillermo Martínez quien, en desempeño de sus funciones, repelió el intento de fuga. Así narró su experiencia:

“(…) La tentativa de fuga fue en el 99, el 26 de febrero del 99, a eso de las diez de la mañana yo me encontraba ahí en la guardia y en el momento le dije al comandante (…) que se llama JIMÉNEZ MENESES RICARDO, le manifesté que iba a entrar hasta el patio al taller y él me abrió y yo me fui y llegué hasta la reja que da acceso al patio dos, llame al comandante de patios no aparecía por ahí, entonces me devolví, había un interno ahí le pregunté dónde estaba el comandante y ellos me manifestaron que se encontraba en la celda del patio uno, enseguida fui (…) y ahí mismo me agarraron unos internos y metieron a la celda y enseguida me amarraron con las manos atrás, los pies, me pusieron un trapo en la boca y fuera de eso me metieron un chuzo por el costado y el compañero ya se encontraba ahí dentro de la celda amarrado que era BESGAR LEONARDO [sic], los internos se salieron hacia el pasillo de la celda, enseguida nosotros nos soltamos y le manifesté echemos candado a la celda y él me dijo no ya se fueron por el pasillo volémonos por el patio de las mujeres, enseguida nos volamos hacia la terraza, y ahí el servicio de la garita dos le pasó un revólver a LEONARDO y yo salí corriendo por la terraza hasta la garita uno el servicio se llama MONTAGU le dije pásame el revólver que hay una fuga, enseguida él me bajó el revólver con una cabuya rapidito y yo salí corriendo hacia la guardia, no alcancé a llegar a la guardia, miré un policía tirado en el piso y los otros internos estaban haciendo disparos y me comenzaron a disparar yo como llevaba el revólver yo también les contesté, a lo último ya la policía de afuera le echaban tiros y en los momentos de los tiros del cruce resulté herido yo en el pie izquierdo a la altura del tobillo, enseguida los internos corrieron otra vez hacia adentro, yo me subí hacia la dirección ahí estaba el Procurador Regional, me parece, él ya me vio, me quitó la bota y ahí hasta que llegó la policía y llegaron otros compañeros y me sacaron no se más. Eso demoró por ahí unos diez minutos eso fue poquito. PREGUNTADO: Manifiéstele a esta Corporación si usted tuvo oportunidad de constatar o de presenciar durante estos hechos que relata en qué lugar se encontraba el asesor jurídico de la cárcel Dr. SANJUÁN QUINTERO. CONTESTÓ: No, en ese momento no. PREGUNTADO: Manifiéstenos qué personas resultaron con lesiones físicas o psicológicas de este intento de fuga que usted nos relata. CONTESTÓ: Física de los que estaba ahí, resultaron heridos el policía, un interno que no supe quien lo hirió y mi persona que me hirieron en la mitad de la escalera y en la celda la puñalada, de las psicológicas no sé quien resultaría (...). PREGUNTADO: antes del intento de fuga cómo era el nivel de atención, en cuanto a seguridad se refiere, por parte del agente de la Policía Nacional, que se encontraba asignado en el recinto del comandante de guardia CONTESTÓ: Por parte de la Policía había un servicio, un puesto fijo ahí afuera a veces entraban hasta el recinto de la guardia a tomar agua y volvían y salían. PREGUNTADO: Carecía de personal de custodia y vigilancia y armamento la cárcel de Arauca para la época de los hechos. CONTESTÓ: No solo en el momento de los hechos carece de personal de vigilancia y de armamento sino todavía (...)” (fls. 49 a 52 del cdno. No. 3).

La Secretaria de la Administración del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, Ana Ceila Hernández Ramírez, presente en el penal el día de los hechos, también recordó:

“(...) Si me encontraba presente en el penal el día de los hechos, mi oficina está ubicada en el segundo piso de la parte administrativa de la cárcel, estaba en el segundo piso cuando escuché de pronto gritos y como palabras fuertes en el primer piso, el Inspector Reinaldo Alfaro en esa época se encontraba conmigo en la oficina, decidimos salir de la oficina para verificar qué era el motivo de la bulla, el inspector REINALDO salió mucho antes que yo, y yo me quedé en la mita [sic] del pasillo cuando escuché que alguien le gritaba a él quédese ahí hijueputa [sic], yo me quedé insofaco [sic] quieta donde estaba y escuché que el inspector les decía no tranquilo no me vallan [sic] a hacer nada (...). Regresé a mi oficina y junto con MARÍA DEL PILAR la niña de pagaduría y decidimos cerrar la oficina y salir hasta la casa fiscal de la dirección para refugiarnos, en ningún momento tuve conocimiento de dónde se encontraba el señor ÁLVARO SANJUÁN, ni idea, la oficina de él funciona en el primer piso, pero no sé dónde estaba él (...)” (fls. 69 y 70 del cdno. No. 3).

María del Pilar Beltrán Carreño, funcionaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, narró:

“(...) Si estaba, pero estaba en mi oficina y mi oficina queda en el segundo piso, entonces no me di cuenta de dónde estaba él. Lo único que me di cuenta es que yo estaba en mi oficina y empezaron a sonar las rejas en el primer piso de pronto llegó la secretaria de la dirección y me sacó y nos dirigimos hacia el alojamiento de los guardianes (...). PREGUNTADO: Precísele al tribunal cuánto tiempo demoró estos hechos del intento de fuga desde el momento en que empezó hasta cuando se adquirió el control de nuevo. CONTESTÓ: La verdad es que en el momento es tanto el miedo y el temor que uno se siente que podía ser 10 o 20 minutos, no se con exactitud (...)” (fls. 71 y 72 del cdno. No. 3).

De igual manera, se valoró el testimonio obrante a folios 53 y 54 del cuaderno No. 3, rendido por Teresa Elizabeth Mercado Gamboa –Psicóloga Especialista de La Previsora de Vida S.A.-, quien respondió así al cuestionario:

“(...) La relación que mantengo con el INPEC está sustentada en un contrato laboral de parte de la administradora de riesgos PREVIATEP, presto servicios como psicóloga en casos específicos de la población carcelaria, de los funcionarios del INPEC básicamente, conocí al señor Álvaro Sanjuán hace aproximadamente año y medio, no recuerdo exactamente, vine a la ciudad de Arauca, para evaluar a once (11) personas que estaban implicadas en desórdenes que habían ocurrido en el centro carcelario. PREGUNTADO: Manifiéstenos en qué fecha ocurrieron los hechos que le correspondió evaluar con posterioridad,

igualmente si recuerda quienes fueron esas once personas que tuvo oportunidad de evaluar. CONTESTÓ: Aproximadamente fue como hacia finales de febrero del 99, recuerdo haber encontrado a diez personas para evaluar ya que una de ellas, se encontraba en vacaciones, fueron 9 guardianes y una persona de administrativa que era el Asesor Jurídico, el Dr. Sanjuán. PREGUNTADO: Manifiéstele a este Tribunal cuál fue su concepto respecto al grupo de evaluados, y específicamente cuál fue respecto al Dr. Sanjuán. CONTESTÓ: Mi concepto fue crisis de ansiedad, asociada a incidente de trabajo, en todos los casos fue el mismo concepto. PREGUNTADO: Manifiéstele al Tribunal, usted como psicóloga, si considera que pud haberse presentado algún daño de tipo psicológico relacionado con el intento de fuga de la cárcel, que deba ser indemnizado. CONTESTÓ: Se observó una alteración de tipo psicológico, que suele presentarse cuando se expone a ese tipo de situaciones, éste suele ser superable mediante psicoterapia, usualmente los pacientes resuelven favorablemente esta alteración. PREGUNTADO: La misma pregunta respecto al grupo. CONTESTÓ: Usualmente yo hago la visita y emito una serie de recomendaciones, para superar esa alteración psicológica (...), además de mencionar a cada paciente la necesidad de acudir a su E.P.S., para su intervención psicológica. PREGUNTADO: Cuál es el procedimiento a seguir, cuando le reportan un caso en particular, en este caso los hechos del 26 de febrero del 99 (...) CONTESTÓ: Una vez recibido el reporte de parte de la cárcel, se hace el desplazamiento y se procede a evaluar psicológicamente a aquellas personas que hayan estado implicadas en el incidente. PREGUNTADO: Qué seguimiento se le hizo a cada caso en particular y en cuántas oportunidades. CONTESTÓ: Como lo mencioné anteriormente se efectuaron las correspondientes evaluaciones haciendo la recomendación en cada caso particular, de la necesidad de acudir a la E.P.S., para recibir el correspondiente tratamiento (...) (fls. 53 y 54 del cdno. No. 1) (Subrayas de la Sala).

También, rindió testimonio Rubén Darío Rosas Molina, quien se desempeñaba como Comandante de vigilancia de la Cárcel de Arauca. Refiriéndose a los hechos, expresó:

“(...) En la Cárcel de Arauca se presentó un intento de fuga a principio del mes de febrero, fecha exacta no sé, se iban a fugar unos internos, se sonó la alarma, hubo una serie de disparos, llegó la Policía a apoyar la cárcel y no se salió ningún interno. En el momento que se fueron a fugar los presos, retuvieron la guardia y les quitaron las llaves de las rejas a los guardianes, nadie podía salir, ni yo tampoco porque había una serie de disparos hasta que todo pasó, el candado como que lo rompieron con un tiro, no me acuerdo muy bien lo que pasó. PREGUNTADO: Dígame al despacho si Usted recuerda si en el incidente que narra también el Dr. ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN quedó retenido, esto es sin poder salir y por espacio de cuantos minutos y en qué condiciones. CONTESTÓ: Si nos vamos al sitio de los hechos tendíamos que hacer una inspección ocular donde ocurrieron los hechos, porque no solamente él se encontraba dentro de la cárcel los otros empleados también estaban dentro de la cárcel en el momento que se presentó el incidente y yo creo que en medio de una balacera nadie va a salir de donde se encuentra refugiado, sería ilógico, a penas

pasó el incidente, todo pasó a la normalidad, el tiempo que duró no cuánto fue. Yo encontraba en la oficina donde compartía con él, cuando yo escuché el incidente me oculté en el baño con una guardiana en un baño, no sé en qué parte se encontraba él. PREGUNTADO: Dígame al Despacho en su concepto Usted considera cuál fue la causa o a qué se debió que se hubiera presentado esa revuelta de los internos y haber desarmado al personal de guardia. CONTESTÓ: Revuelta no fue, revuelta es cuando actúan todos los internos, esto era un intento de fuga de tres o cuatro internos que intentaban fugarse y debido a la escasez de guardia que ha asistido en la mayoría de las cárceles de Colombia aprovecharon las circunstancias para tomarse el comando de guardia donde había un revolver, inclusive desarmaron a un policía y con esa arma fue que nos intimidaron. PREGUNTADO: Dígame al Despacho cómo fue la actuación de la Policía para contrarrestar el intento de fuga, esto es si fue adecuada. CONTESTÓ: Doctora realmente en la cárcel hay sitios donde hay un botón de alarma, cuando uno la conecta inmediatamente la escucha la Policía y el Ejército, la Policía se presentó rápidamente, yo me tuve que ocultar porque los internos habían desarmado a un policía y estaban intimidando la guardia, al ver esto alcancé a verlos y me oculté cuando sonó la alarma. Llegó la Policía, hicieron unos disparos y a lo último hirieron a un interno y los otros se fueron al patio donde les correspondía. Para mí si fue adecuada la actuación de los policías porque si ellos no nos hubieran apoyado se hubieran ido los internos, inclusive dentro de la cárcel se encontraba un fiscal haciendo una diligencia de indagatoria y habían explosivos donde se estaba haciendo la diligencia, hubieran llegado allí hubiera sido peor la situación. PREGUNTADO; Cuánto tiempo duró el episodio al que está haciendo referencia. CONTESTÓ: Duró como unos quince a veinte minutos, la Policía queda cerca a la cárcel (...). PREGUNTADO: Son contestes [sic] y convergen los testimonios de los dragoneantes ORDUZ MURCIA CARLOS, VESGA SÚAREZ LEONARDO, RANGEL ZAMBRANO EDILBERTO, ROMERO ALFARO REINALDO rendidos ante la unidad de control interno de la cárcel de Arauca, en el sentido que las fallas en la seguridad de la Cárcel de Arauca obedecen a la falta de personal de guardia penitenciaria y armamento. CONTESTÓ: Si es cierto y yo estoy de acuerdo con esto. Incluso se instauró una tutela por parte de nosotros los uniformados para que se nos pudiera aumentar la planta. PREGUNTADO: Desea agregar algo más, corregir aclarar en la presente diligencia: CONTESTÓ: Lo hechos ocurridos en dicha cárcel y la falta de personal de vigilancia no son culpa mía sino culpa del Estado ya que no dota las cárceles con personal y armamento (...)" (fls. 89 a 92 del cdno. No. 3).

Carlos Andrés Orduz Murcia, Dragoneante del INPEC, recordó las difíciles circunstancias del intento de fuga, detallando en su declaración:

“(...) Yo cuando eso trabajaba en una oficina de redención de penas de Trabajo y Estudio, en la Cárcel del Distrito Judicial de Arauca. Me encontraba laborando en la oficina, cuando a eso de las nueve o diez de la mañana, escuchaba malas palabras como si estuvieran peleando ahí afuera de la oficina; inmediatamente salí y pude ver que en el piso se encontraba el interno ALDEMAR LOZANO OSTOS pelando [sic] con

uno de los policías que se encontraba de servicio, del cual no sé el nombre. Inmediatamente corrí y tomé el interno por el cuello. Lo jalaba pero no fue posible separarlos: momentos después salió el interno DIAZ ANGULO DELIO, de la parte interna tomó un revólver, me encañonó y me obligó a tenderme frente a la guardia. Siguieron peleando el interno y el policía; finalmente el interno le logró quitar la miniuzzi [sic] e inmediatamente sonó un disparo, también le quitó dos granadas y un revólver, el armamento de dotación que tenía el policía. Echaron una granada para adentro, el revólver que le quitaron al policía, con ese se quedó el interno ANGULO DÍAZ, le quitaron también el revólver al Dragoneante RANGEL GILBERTO, que salió a ver qué era lo que pasaba, lo encañonaron y después de quitarle el revólver lo pusieron en las mismas condiciones que a mí. El sargento ROSAS, que se encontraba en la oficina de jurídica, junto con una secretaria de nombre SILVIA CÁRDENAS, en el momento al salir de la oficina, se dio cuenta de lo que estaba sucediendo e inmediatamente activó la alarma. Gracias a esa alarma fue que no se pudieron fugar, porque inmediatamente hubo apoyo del Ejército, del DAS, de la Marina, de la Policía y la SIJIN. Como el Dragoneante RANGEL, quien era el que tenía las llaves de la reja principal, quedó a este lado de la guardia, no se pudo abrir la reja fácilmente y les tocó a los uniformados, a la Policía, abrir los candados con sus armas de dotación, con galil y pistola. Quedaron en un cuartico, no podían pasar porque la siguiente reja estaba cerrada por el otro costado, pero al lado había una reja donde podían observar hacia la guardia. De ahí hicieron unos disparos: el interno OSTOS resultó herido. Él era el que tenía encañonado al inspector, de quien no me acuerdo el nombre, y cayó inmediatamente al piso: el otro interno, DELIO DÍAZ ANGULO, en vista de que ya prácticamente no tenía nada que hacer, me tomó por el cuello de la camisa, me puso el revólver en la cabeza y me tomó como rehén para volver a entrar a la parte interna. Ahí llegamos a una reja que queda al final del pasillo donde había un grupo de internos, al interno ANGULO DÍAZ le dije insistentemente que me hiciera el favor de entregarme el revólver que yo salía y calmaba todo ya que por el hecho de saber que había armamento en la parte interna, las cosas se iban a complicar. Como veinte minutos después el mencionado interno me hizo entrega del arma, en el momento que procedieron a echar gases lacrimógenos, iba a hablar con el interno MACIAS GÓMEZ WILTON, quien se encontraba en el patio uno y tenía el revólver del Dragoneante que se encontraba en la reja principal. El efecto de los gases no me dejó hablar con él y salí corriendo hacia la parte externa, hacia la guardia. Subí a los alojamientos, me bañé la cara y posteriormente bajé, la Policía ya había entrado y estaba en la guardia (...) no entraba a la parte interna. Se procedió a contar armamento a ver que hacía falta. Eso fue todo (...) CONTESTÓ: En ese momento la Cárcel de Arauca no contaba con suficiente personal de Guardia y armamento apropiado (...) la falla de seguridad obedece a la falta de personal de guardia (...). Yo cuando salí de la oficina donde me encontraba laborando los encontré peleando tirados en el piso, al interno ALDEMAR LOZANO OSTOS y al policía, de quien desconozco el nombre. Si no estoy mal el policía ya estaba apuñaleado. Ahí forcejaron y el interno le quitó la miniuzzi [sic] y ahí mismo sonó un disparo. El policía también salió herido, ahí fue donde le quitaron las granadas y el revólver. El policía después de eso quedó quieto en el piso y bastante sangre se veía. Para mi concepto, el policía no tuvo responsabilidad, porque él se encontraba prestando su servicio

fuera de la guardia y es normal ver pasar internos tanto para entrevistas con el director, como entrevistas con el asesor jurídico, como entrevistas conmigo mismo, por cuestiones de computo, entonces, eso fue lo que aprovechó el interno (...). Generalmente los veía era ahí en la guardia o en la parte externa, y sí está permitido entrar con armamento es en la parte interna, en los patios, donde solamente se puede entrar con el bastón de mando (...). Ellos prácticamente estaban de refuerzo porque había rumores de que la subversión se iba a meter a sacar internos, para una mejor reacción porque ellos cargaban radio y les quedaba fácil comunicarse directamente a la Policía. Ellos mantenían de pronto afuera, al frente de la cárcel en la calle, pero a veces ellos entraban a tomar agua o tintico, así (...)" (fls. 101 a 103 del cdno. No. 3).

Finalmente, se cotejó el testimonio rendido por Ricardo Jiménez Meneses quien, para la fecha de los hechos, fungía como Comandante de Guardia de la Cárcel del Circuito de Arauca. Su declaración se registró así:

"(...) Ese día me encontraba de Comandante de Guardia y como a las ocho de la mañana se envió una remisión a un juzgado de un interno. A las ocho y media ingresó una visita carcelaria de la Personería en ese momento me encontraba solo en el recinto de la guardia, en la reja No. 1 se encontraba el guardián RANGEL ZAMBRANO EDILBERTO y en la oficina del comando de vigilancia se encontraba el Sargento ROSAS RUBÉN DARÍO. Se empezó a sacar los internos de la visita carcelaria, según lista que entregó el personero Municipal, se habían sacado tres (3) internos respectivamente, para entrevistas con el Personero. Al momento de pasar al tercero llegó la remisión de la interna FRANCENIT RESTREPO me parece que es pero ella ya está muerta, como ella estaba en la lista de los solicitados la pasé con el Personero, al terminar la entrevista me dirigí hacia la reja que dirige al patio de los internos para ingresarla a su patio. Es de anotar que en el momento de ingresar la interna al penal, los dos patrulleros que se encontraban de servicio ingresaron al recinto de la guardia a pasar una ronda, al momento de abrir la reja se encontraba uno de los internos que intentaron fugarse ese día de los cuales no recuerdo sus nombres, el cual al abrir la reja e ingresar la interna se me avalanzó [sic] encuellándome y amenazándome con un chuzo de fabricación carcelaria, en ese momento yo lo empujé pero en cuestión de instantes habían otros tres internos encima mío, con chuzos también de fabricación carcelaria, diciéndome que si hacía ruido me mataban y que les entregara el revólver y las llaves de la reja, yo les decía que no tenía armamento y además no era el encargado de las llaves de la puerta que da a la calle. En ese momento me registraron amenazándome de que si no entregaba las llaves lo que iba [sic] a correr era sangre, al ver que no encontraron nada de llaves, uno de ellos me llevó hacia la parte interna, los otros tres salieron sigilosamente a la parte de la guardia y regresaron como a los cinco minutos con dos revólveres de los cuales uno de ellos se lo entregó al interno que me tenía secuestrado en el baño que había en el pasillo. Es de aclarar que antes que ellos ingresaran al patio provenientes de la guardia se había escuchado un disparo, al momento del interno recibir el revólver me lo puso en la cabeza diciéndome que si intentaba algo me mataba, y me llevó a la

guardia, al llegar allí el interno ALDEMAR LOZANO se encontraba con una mini-uzi o ametralladora y una granada. Los otros dos internos portaban cada uno un revólver los cuales se los habían quitado al patrullero de servicio y al guardián RANGEL ZAMBRANO. Es de anotar que el patrullero al cual le quitaron las armas se encontraba herido en el suelo, al momento de estar allí me empujó donde estaban mis demás compañeros. Acostados en el piso ya que los internos tenían bajo control la situación. En ese momento se activó la alarma del penal la cual los puso más nerviosos amenazando que si no apagaban la alarma mataban a uno de nosotros apuntándonos con un revólver y la mini-uzi. De ver nosotros el desespero de los internos le gritábamos que no fueran pendejos que la Policía no demoraba en llegar que entregaran las armas y además que la alarma no se podía desactivar ya porque se desactivaba de la misma parte donde había sido activada. En ese momento el interno ALDEMAR LOZANO ingresó donde se encontraba el panel de control de la alarma, dándole patadas y tumbándola pero esta no dejaba de sonar. En esos momentos llegó la Policía a la Cárcel por la parte de afuera y la terraza, al ver esto los internos se asustaron más y uno de ellos el cual se encontraba lejos de la puerta de acceso al patio, encañonó al compañero ORDUZ MURCIA CARLOS ANDRÉS para escudarse con él y poder pasar frente a donde se encontraban los policías los cuales estaban en la puerta de ingreso a la cárcel y tenían un poco de visibilidad por lo cual lo deberían pasar. Al llegar a la puerta e ingreso al patio el interno se veía allá adentro y le veíamos la mano con el revólver en la cabeza del compañero ORDUZ, en ese momento se escuchó un golpe como de cuando se cae una persona y vimos al cabo ROMERO que cogió la mini-uzi y la granada que tenía el interno ALDEMAR LOZANO, el cual se encontraba cerca donde estaba la alarma, el cabo ROMERO subió inmediatamente al segundo piso con el arma, al ver esta situación el guardián RANGEL ZAMBRANO y el suscrito decidimos correr hacia un alojamiento que se encontraba al lado izquierdo donde ocurrían los hechos ya que estábamos en peligro tanto de los internos como de las balas que disparaban los policías respondiendo al ataque de los internos puesto que los señores agentes no tenían la visibilidad de poder observar quienes se encontraban en el suelo. Al llegar al alojamiento cerramos la puerta y segundos después se escuchó un grito y una persona lloraba desconociendo quien podía ser. Momentos más tarde llegó el Dragoneante ORDUZ llamándome y diciéndome que ya había acabado todo y estaba bajo control. Salí y observé que la Policía se encontraba en la parte interna de la guardia y el patio y decían que faltaba una granada y un revólver, rato después la granada fue arrojada del patio al pasillo donde se encontraba la Policía, pero esta no estaba despinada y el revólver lo botaron hacia la terraza desconociéndose quién lo había lanzado. Después de esto se efectuó la contada del personal de internos a cargo de la guardia, estando todos los internos completos incluyendo el interno ALDEMAR LOZANO que se encontraba herido. Es de anotar que el Dragoneante MARTÍNEZ GUILLERMO se encontraba herido de bala en un pie y chuzado en el costado izquierdo con un arma cortopunzante [sic], esta herida se la había propinado el interno ALDEMAR LOZANO en el momento que fue secuestrado a la fuerza en la parte interna con el Dragoneante VESGA SÚAREZ LEONARDO, según cuenta el Dragoneante MARTÍNEZ después de los hechos sucedidos. PREGUNTADO: Como Comandante de guardia que usted se encontraba que acciones tomó para impedir el intento de fuga. CONTESTÓ: En el momento del inicio del intento de

fuga yo fui secuestrado y lo único que pude hacer era decirle a los internos que no fueran locos que ellos no podían volarse ya que la cárcel contaba con algunas medidas de seguridad efectivas y además había refuerzo de la Policía Nacional fuera del penal, aconsejándoles que desistieran de lo que querían hacer, es de aclarar que en el momento de ocurrir los hechos me encontraba sin armamento ya que por escasez de guardia me encontraba solo y el disponible se encontraba en remisión por lo cual no podía portar el armamento ya que tenía que ingresar al pasillo donde se encuentra la reja que va a la parte interna y allí era prohibido ingresar con armamento por seguridad. Además yo fui secuestrado por los internos que intentaron fugarse ese día. PREGUNTADO: El armamento con que fue secuestrado inmovilizada la guardia penitenciaria a quién pertenecía. CONTESTÓ: Primero que todo al momento de abrir la reja los internos se me abalanzaron con chuzos de fabricación carcelaria con los cuales pudieron quitarle la vida a cualquier persona. Por otra parte el armamento que se apoderó los internos era del patrullero que se encontraba de servicio en la cárcel y de un guardián, de dotación oficial de la cárcel y de la Policía. PREGUNTADO: Supo usted en qué circunstancias fue despojado del armamento de dotación el agente de Policía Nacional. CONTESTÓ: Si, el agente se encontraba en el recinto de la guardia preguntando cómo se llamaba el Personero que hacía la visita carcelaria para su respectiva anotación en su minuta y a la vez pasando una revista interna, estaba haciendo la anotación y en ese momento se encontraba de espaldas y él nunca se imaginó que me habían secuestrado y que iban tres internos armados con armas cortopunzantes de fabricación carcelaria, además él sabía que yo me encontraba sacando internos para la visita carcelaria. En ese momento uno de los internos se le botó encima tumbándolo y propinándole varias puñaladas, al ver eso el otro interno le quitó el revólver y le disparó para que el interno ALDEMAR LOZANO le pudiera quitar la mini-uzi, en ese momento el guardián RANGEL EDILBERTO se fue encima del interno para auxiliar al agente pero el otro interno se encontraba escondido con el revólver encañonando al guardián y despojándolo del arma de dotación (...). PRGUNTADO: Aparece en la declaración rendida por usted ante la Dirección Regional Oriente de Bucaramanga que la falla de seguridad obedece a la falta de personal de guardia para cubrir y reforzar todos los puestos de vigilancia y la escases de armamento. Qué tiene que decir al respecto. CONTESTÓ: Si porque la cárcel de Arauca se encuentra en zona roja y el personal de internos que hay allí es de alto riesgo y es necesario que haya buen número de personal de guardia, para poder cubrir los servicios de vigilancia ya que en ocasiones hay remisiones u otra clase de actividades donde necesiten una unidad de guardia y quedan los huecos en el servicio desmejorando la seguridad. En cuanto al armamento, si es necesario cambiar algunos de los fusiles (...)" (fls. 108 a 111 del cdno. No. 3).

2.9 A la postre, obra en el proceso copia auténtica del proceso de tutela, acción constitucional impetrada por el Dragoneante de la Cárcel del Circuito de Arauca Leonardo Vesga Suárez –el 22 de julio de 1999-, con el fin de exigir la protección de los derechos fundamentales a la vida y al trabajo -en condiciones dignas-, de los funcionarios públicos asignados a dicho centro de reclusión del orden

Nacional, vulnerados por el alto grado de hacinamiento y escasez de personal de guardia, en consecuencia de lo cual deprecó la asignación de 20 dragoneantes más, el traslado inmediato de los internos de mayor peligrosidad y la dotación de armamento idóneo y suficiente para los efectivos (fls. 48 a 51 del cdno No. 4)

El Juzgado Laboral del Circuito de Arauca -en sentencia proferida el 4 de agosto de 1999-, decidió conceder la tutela y acceder a las pretensiones por hallar demostrada la vulneración de los derechos fundamentales invocados, decisión que fue apelada oportunamente por la entidad accionada, esgrimiendo su régimen legal especial –que no se rige por las normas laborales ordinarias-, gracias a la naturaleza armada de su función de custodia y vigilancia que, por demás, involucra la seguridad nacional; de allí que –arguyó-, la Corte no puede atribuirse funciones legislativas para modificar la normativa laboral especial que les rige, ni mucho menos para cogobernar o coadministrar las partidas presupuestales de la nación ni las erogaciones prestacionales contempladas para cada entidad. Sostuvo, además, que tampoco es dable exigírsele construcciones o restauraciones de las plantas físicas, toda vez que esa competencia, por disposición legal expresa, pertenece al Fondo de Infraestructura Carcelario FIC.

Expresó, así mismo, que el déficit de personal de guardia y de armamento idóneo y suficiente en la Cárcel del Circuito de Arauca no es excepcional, ni mucho menos, tampoco la situación de hacinamiento de internos, si no que, por el contrario, son cargas que agobian a todas las prisiones del Estado, problemáticas que no son de resorte exclusivo de la institución, sino también del Gobierno Nacional y del presupuesto que se le permita ejecutar para dicho fin. Discutió que el traslado de internos y los niveles de seguridad tampoco son competencia de la Corte, ya que son función exclusiva del INPEC, como ente especializado.

Mediante sentencia de tutela del 8 de octubre de la misma anualidad, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta resolvió el recurso de apelación, revocando en todas sus partes la sentencia del *a-quo* y, en su lugar, denegando la tutela. Así argumentó el fallo:

“(…) En el caso sub examine, se considera por la Sala que no debió haber prosperado la acción de tutela impetrada, así el señor Juez haga especulaciones jurídicas a la luz del derecho constitucional y el nuevo Estado Social de Derecho, pues las explicaciones que se dan por parte del funcionario coordinador del INPEC son de recibo, porque efectivamente el señor juez de tutela no puede convertirse en

colegislador, sino que debe atenerse a que en relación al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Inpec, éste se encuentra reglamentado en la ley, y es ella la que debe tener aplicación en cada caso y por tanto sus funciones, reglamentos y horarios de trabajo en esos centro se los señala la ley; de donde mal puede un juez de tutela derogar una ley especial para aplicar una ordinaria o común como se pretende en el presente caso, esencialmente en cuanto a horas de trabajo, en donde debe existir disponibilidad permanente del servicio.

En lo referente a nombramientos de guardianes, como también el reemplazo de los traslados está sometido a un presupuesto; y es el Inpec, quien en cumplimiento a lo establecido en el presupuesto que es ley, hará los nombramientos allí determinados, sin que pueda ordenársele en forma arbitraria e inmiscuyéndose en lo normado existente para ello por parte el juez constitucional, el nombramiento de guardianes cuando tal techo no aparece contemplado en la normatividad presupuestal que rige a la Institución.

Tampoco puede ordenársele al Inpec la constitución, remodelación o adecuaciones de los centros porque como bien lo argumentó el apelante, es el FONDO DE INFRAESTRUCTURA CARCELARIA "FIC", quien a partir del 29 de junio de 1999 tiene esa función.

Igualmente a través de éste medio subsidiario y específico de tutela no es viable ordenar el traslado de internos de las cárceles, por ser del resorte del Inpec de acuerdo a normas expresas sobre si propio régimen Ley 65 y decretos complementarios, en donde se señalan los fundamentos que puede tener el Inpec, para llevarlos a cabo, tales entre otros motivos de seguridad y en estas condiciones tampoco puede el juez de tutela convirtiéndose en legislador, ordenar traslados que tienen su fundamento en la ley.

Encuentra por fin la Sala, después de comentar los desaciertos del juez de tutela en su fallo, que no existe la violación del derecho fundamental de la vida que se está impetrando, porque no aparece en forma concreta la vulneración ya que no se aportó ninguna prueba, sino que se trata de un hecho de carácter general la inseguridad referida, pero no sólo lo es en esta penitenciaria, sino de todas las cárceles que han sido objeto de atentados contra la integridad física de los guardianes, directivos y demás personas de las mismas y en el caso presente, a pesar de los atentados e inseguridad que pueden haber existido y que puedan repetirse, no se acredita en forma individual o se concreta la violación de ese derecho a la vida, invocado por el accionante (...)" (fls. 37 a 40 del cdno. No. 4).

2.10 Para terminar, obran en el proceso pruebas destinadas a restarle crédito a la idoneidad de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero como Asesor Jurídico de la Cárcel del Circuito de Arauca, argumentando faltas en su labor que –atribuidas a su responsabilidad-, pudieron ser el origen de las lesiones que sufrió *a posteriori*, con ocasión del intento de fuga del 26 de febrero de 1999. Sin embargo, a la parte demandada no solo le bastaba afirmarlo, sino que además debía satisfacer la imposición de la carga probatoria a que le compelia su acusación, situación que

no se presentó. Para desatenderla, basta la constancia expedida –el 3 de noviembre de 2000-, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura –obrante a folio 797 del cuaderno No. 4-, que reportó así:

“(…) QUE REVISADOS LOS LIBROS DE ANTECEDENTES DE ESTA CORPORACIÓN, ASÍ COMO LOS DEL TRIBUNAL DISCIPLINARIO, NO APARECE SANCIÓN DISCIPLINARIA ALGUNA CONTRA EL (LA) DOCTOR (A) SANJUÁN QUINTERO ÁLVARO FERNANDO IDENTIFICADO CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA NÚMERO 19386533 Y LA TARJETA DE ABOGADO (A) NÚMERO 56920 POR FALTA A LA ÉTICA PROFESIONAL (…)”.

3. Por otro lado, los argumentos dirigidos a la acreditación del régimen de falla del servicio, no tienen asidero puesto que, bajo los supuestos de hecho planteados-, se está en presencia de los postulados del daño especial.

Conforme a la valoración probatoria, se encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico, consistente en las lesiones sufridas por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero y, en consecuencia, por su grupo familiar, lesiones que no estaban en la obligación de soportar, en razón a que el ordenamiento jurídico no les imponía la carga de tolerar los perjuicios irrogados con motivo del intento de fuga perpetrado por los internos de la Cárcel de Arauca.

En efecto, resulta incuestionable que, a partir del violento intento de fuga que adelantaran internos de la Cárcel del Circuito de Arauca el 26 de febrero de 1999 - en horas de la mañana-, el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero –funcionario público del INPEC, quien se desempeñaba en ese sitio de reclusión como Asesor Jurídico-, sufrió una afectación psicológica denominada “*síndrome de estrés postraumático*”, que se manifestó en su estabilidad emocional y, además, en la disfunción de su miembro viril, padecimientos que afectaron permanente y parcialmente su capacidad laboral en un 41,3%, y terminaron por proyectarse en las relaciones cotidianas con su entorno.

A su vez, la antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerar o padecer el daño.

En ese orden de ideas, se pudo comprobar la antijuridicidad del daño, pues la participación y exposición en una fuga armada a la que se dan unos violentos asociales que, por dicha categoría, se encuentran bajo la custodia y vigilancia de la Administración -privados de la libertad-, no se trata de una carga que le imponga el Estado a todos los ciudadanos en las mismas condiciones –Asesores Jurídicos de las cárceles del INPEC-, bajo las que se vio inmiscuido el abogado Sanjuán Quintero, ni aún –en observación de las circunstancias particulares-, como consecuencia de inexactitudes cometidas en el desempeño de su labor, subterfugio que no pueden oponer las entidades demandadas para exculpar su intervención.

Ahora bien, constatada la existencia del daño antijurídico, la Sala aborda el análisis de imputación dirigido a determinar si el mismo deviene imputable a la administración pública.

Según la Aseguradora de Riesgos Profesionales La Previsora de Vida S.A., no le asiste responsabilidad en cuanto no se trató de accidente de trabajo ni enfermedad profesional, sino que la calificación que mereció el intento de fuga armado apenas llegó a “incidente”, aún así, no corresponde indemnizar cuando estos se producen por culpa imputable al empleador, lo que competiría a la jurisdicción laboral; la demandada, Ministerio de Defensa –Policía Nacional-, esgrimió la inexistencia de la obligación por la falta de legitimación en la causa, ya que nada tuvo que ver con el origen del daño comoquiera que sus agentes actuaron con legitimidad y en cumplimiento de su deber; quizá la defensa más dispersa sea la ejercida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, que cuestionó la veracidad de las lesiones tanto como su origen, expuso que la actuación de la Policía Nacional y de la Guardia del reclusorio fue legítima, y contrapuso la culpa exclusiva de la víctima por sobrevenir el evento mientras éste enmendaba irregularidades de su labor.

Si se omitiera el hecho de que los internos se encuentran bajo la especial protección y cuidado del Estado, no sería descabellado consentir con La Previsora, que se trató del hecho exclusivo de un tercero, argumentando que fue con ocasión del intento de fuga de tres reclusos que se propiciaron las circunstancias en que salió lesionado psicológicamente el Asesor Jurídico de la Cárcel de Arauca. Claro, sin la especial sujeción de los actos de los privados de la libertad a la potestad punitiva de la Administración, no existiría responsabilidad de

la entidad demandada pues –en virtud de su deber de oponer resistencia armada al violento ataque de los evasores-, más allá de intentar conjurar al mínimo el riesgo de las potenciales víctimas –expuestas al fuego cruzado-, ninguna responsabilidad le asistiría por la conducta de los reos.

Así las cosas, y dando por cierto el carácter legítimo de la resistencia que opusieron las fuerzas de seguridad a la fuga, en ese orden, resulta ineluctable discurrir de qué manera influyeron las precauciones de las que se valieron policiales y guardianes para preservar la seguridad del penal ya que, aún cuando su actuación fue legítima y proporcional al ataque, sin lugar a duda la ejecución de la estrategia -aunque fuera la esperada-, influyó en las consecuencias que ya resultan incontrovertibles.

La valoración del acervo probatorio permite concluir –apartándose del título de imputación elegido en la demanda-, que el Estado -representado por los agentes de la Policía Nacional y los guardianes del INPEC-, aunque en desempeño de una función propia de su naturaleza, determinaron las circunstancias bajo las que se produjo el daño a los demandantes, y que éstos no estaban en la obligación jurídica de soportar.

Es decir, el Estado en desarrollo legítimo de sus funciones, colateralmente provocó un daño especial que no buscaba; la resistencia a la fuga exigió a los guardias y policías cerrar las rejas y enfrentar a los internos armados, sin que alcanzaran a liberar del inminente peligro a los dos funcionarios que se vieron atrapados en medio del escenario violento, vulnerables ante el desespero irracional de los internos y la dificultad de su rescate –ofrecida por la reja cerrada-, en una situación, irrefutablemente sobrecogedora, que se prolongó alrededor de media hora.

Respecto de este título de imputación, la Sala se pronunció recientemente, mediante sentencia del tres de mayo de 2007, cuyos términos reitera para el caso sub- examine así:

“1. Régimen de responsabilidad aplicable

“En el presente caso la responsabilidad deviene, como se manifestó en la sentencia recurrida, de la aplicación de la teoría del daño especial, régimen de responsabilidad que pone acento en el daño sufrido por la víctima, la cual debe ser preservada frente al perjuicio no buscado, no

querido, ni tampoco merecido²¹. Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad, la igualdad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores objetivos con los que se ha enriquecido el catálogo de títulos de imputación al Estado²².

“El daño especial cuenta con una larga tradición en la jurisprudencia de esta Corporación, siendo utilizada por primera vez en 1947²³, ocasión en la que manifestó:

“Consecuencia recta de la anterior proposición, en razón pura, es la de que la operación administrativa ni los hechos que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí, en cambio, causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o producto de la necesidad de obrar en un momento dado, menos dignos de resarcimiento, que es lo que la ley colombiana ha querido, a diferencia de otras legislaciones que sólo conceden acción cuando el

perjuicio proviene de una vía de hecho”²⁴.

“A partir de ese momento esta Corporación ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto del daño especial, en la cual el título de imputación tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado²⁵.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, curso de derecho Administrativo, t. II, ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 369.

²² Lo expuesto es soportado por los aportes que numerosos autores han realizado al tema de la responsabilidad, de los que constituye un buen ejemplo el tratadista Vázquez Ferreyra, quien escribió:

“Insistimos en señalar que los factores objetivos de atribución constituyen un catálogo abierto sujeto a la expansión. Por ello la mención sólo puede ser enunciativa. Al principio sólo se mencionaba el riesgo creado; un análisis posterior desprendido del perjuicio subjetivista permitió vislumbrar a la equidad y la garantía. Hoy conocemos también otros factores, como la igualdad ante las cargas públicas, que es de creación netamente jurisprudencial.” –subrayado fuera de texto-

VÁZQUEZ FERREYRA Roberto A., Responsabilidad por daños (elementos), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 197.

²³ Oportunidad en que el Consejo de Estado conoció la demanda de El Siglo S.A. contra la Nación, en virtud del cerco policial y la suspensión de servicios de que habían sido objeto las instalaciones del rotativo durante 27 días, medios con los que pretendió impedir que la multitud destruyera la maquinaria del periódico.

²⁴ Consejo de Estado, sentencia de julio 27 de 1947. C.p. Gustavo A Valbuena.

²⁵ En este sentido esta corporación ha consagrado:

“Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la

“Los supuestos de aplicación de este título de imputación han sido variados, todos ellos creando líneas jurisprudenciales que se han nutrido de un común denominador de naturaleza principialista.

“En este sentido encontramos los casos de daños sufridos por conscriptos en desarrollo del servicio militar obligatorio²⁶, el hecho del legislador –ley conforme a la Constitución- que genera imposibilidad de accionar ante un daño antijurídico y la construcción de obras públicas que disminuye el valor de los inmuebles aledaños²⁷.

“Igualmente, el daño especial ha sido el sustento para declarar la responsabilidad del Estado en eventos de escasa ocurrencia que van desde el ya conocido cierre del diario el Siglo²⁸, la liquidación de un banco²⁹, la retención de un vehículo que transportaba sulfato de potasio por creer que era un insumo para la fabricación de estupefacientes³⁰ o el daño a una aeronave que había sido secuestrada por miembros de un grupo guerrillero³¹; hasta eventos muy similares al que ahora ocupa a la Sala, verbigracia, enfrentamientos entre el ejército y la guerrilla en un área urbana de la ciudad de Cali³², el ataque bélico de un grupo

responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.”

Extractos de Jurisprudencia, Tomo III, Enero, Febrero y Marzo de 1989, pag. 249 y 250, citado en CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p. Juan de Dios Montes Hernández, 1º de agosto de 1991, p. 13.

²⁶ Entre otras, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, No. de radicación 16205, de Agosto 1º de 2005, C.p. María Helena Giraldo, caso de las lesiones sufridas por un conscripto

²⁷ Entre otros, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente 4493, C.p. Carlos Betancur Jaramillo; y CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, No. de radicación 24671, de diciembre 13 de 2005, C.p. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁸ En la ya mencionada sentencia del CONSEJO DE ESTADO, de julio 27 de 1947. C.p. Gustavo A Valbuena. [En esa ocasión, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de examinar aquella situación tan singular en la cual el presidente de la república, Alfonso López, fue detenido por unidades militares en la ciudad de Pasto, lo que originó una crisis y propició que ocupara la presidencia de manera transitoria, el primer designado, quien en virtud de sus facultades otorgó poderes de policía al Ministro de la Defensa para que dictara una resolución tomando posesión y censura de todos los periódicos y revistas del país; a uno de los diarios que no se le designó censor fue al periódico El Siglo, que luego se debió proteger paradójicamente por la misma fuerza pública frente a las turbas enardecidas que iban a atacar sus instalaciones, y por esa protección que le prestó el Estado, se vio en la imposibilidad circular derivándose así un perjuicio].

²⁹ [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 1976, radicación: 1.482. Magistrado Ponente: Jorge Valencia Arango].

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente 5502, C.p. Juan de Dios Montes Hernández, 1º de agosto de 1991.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 6097, C.p. Julio Cesar Uribe Acosta, 20 de marzo de 1992.

³² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente 6110, C.p. Policarpo Castillo Dávila, sentencia de 24 de abril de 1991.

guerrillero contra el cuartel de la policía de la población de Herrera, departamento del Tolima³³, o la muerte de un joven en un enfrentamiento entre guerrilla y ejército, sin claridad acerca de la autoría de la muerte³⁴

“El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. En este sentido, resulta valiosa la referencia que nos aporta la jurisprudencia de esta corporación al decir:

“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad.”³⁵

“Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal.

“Lo dicho no debe entenderse como un reducto de arbitrariedad del juez, fruto exclusivo de su personal idea de justicia. Por el contrario, este tipo de razonamiento es el que se exige de todos y cada uno de los operadores jurídicos, quienes al momento de aplicar la ley deben permear su interpretación con los principios constitucionales vigentes dentro del sistema jurídico³⁶, sobre todo a partir de la entrada en rigor

³³ En donde resulta especialmente enunciativo un párrafo de dicha providencia, que se transcribe “No puede perderse de vista que de no hacerse responsable a la Nación colombiana, como se enuncia en el párrafo anterior, bien, aplicando el principio de responsabilidad por daño especial, ora siguiendo las enseñanzas de quienes abogan por la responsabilidad originada en el desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas (o desigualdad de los ciudadanos ante la ley), o, por último, como lo entiende esta Sala, según la teoría de la “lesión” al patrimonio de administrado, se desconocería la noción de equidad.”

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 7716, C.p. Julio Cesar Uribe Acosta, 17 de junio de 1993.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 4655, C.p. Dr. Antonio José Irisarri Restrepo, en Extractos de Jurisprudencia del consejo de Estado, primer trimestre de 1989, Tomo III, Publicaciones Caja Agraria, Bogotá, p. 249 y 250.

³⁶ Exigencia que se deriva de la idea de “sistema” del ordenamiento jurídico, es decir, de cuerpo único y armónico de normas jurídicas, que se relacionan con base en reglas de jerarquía, competencia y vigencia. Es esta la base del principio de hermeneútica conforme a la Constitución, que exige la interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales con armonía y estricta

de la nueva Constitución, norma que incorpora los valores y principios como un elemento axial dentro de su estructura, algo que debe reflejarse en la concepción del derecho que tengan los operadores jurídicos que funcionan dentro del sistema.

“Lo expresado anteriormente se encuentra en sintonía con el entendimiento que ha presentado la Corte Constitucional, que al respecto consagró

“la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.”³⁷
(Subrayado dentro del texto de la sentencia)

“Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que de sentido al Estado Social de Derecho.

“Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata de el uso de la discrecionalidad que permite –e incluso, en algunos casos exige- el ordenamiento para eventos en que la vía excepcional es la que cumple con el valor de justicia material que se busca³⁸

“A su turno nuestra Corte Constitucional ha identificado tres elementos característicos de la equidad:

“El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes - sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial - es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada

observancia de los preceptos constitucionales. En este sentido Corte Constitucional se ha referido al principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, entre otras en la sentencia C-070 de 1996 y C-038 de 2006.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1547 de 2000, M.P. (e): Cristina Pardo Schlesinger, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil.

³⁸ “Porque la equidad no es fuente del Derecho, sino medio de determinación del Derecho justo”, como sabiamente lo ha enseñado ENTRENA KLETT Carlos María, La equidad y el arte de juzgar, Ed. Aranzadi, 2ª Ed., Navarra, 1990, p. 23.

decisión dadas las particularidades de una situación”³⁹

“De manera que la actuación en equidad se refiere a una particular decisión del juez, que excepciona la aplicación de la regla general en virtud a que sus resultados se denotan ante él como lejanos a la idea de justicia que se quiere desarrollar. Y precisamente, esta es la filosofía que ha inspirado a la jurisprudencia en los casos de aplicación del daño especial, la cual inició su desarrollo con la idea de evitar que la inexistencia de falla en el servicio conllevara a la consolidación de situaciones con un claro desequilibrio en las cargas que debían soportar los administrados.

“Como se anotó, la justicia material se concreta en los casos de daño especial en el objetivo de reequilibrar la asunción de cargas públicas, en virtud a que el perjuicio sufrido presenta características de excepcional y anormal. En otras palabras es un perjuicio que, desde la perspectiva del principio de igualdad frente a las cargas públicas, resulta considerablemente superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón del ejercicio de los poderes de actuación con que cuenta la administración. En este sentido, respecto de las calidades del perjuicio sufrido, se estableció por el Consejo de Estado desde los primeros años de implementación de esta teoría

“El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. **El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado.**”⁴⁰ –negrilla fuera de texto-

“Esta anormalidad y especialidad del perjuicio es, precisamente, la que conlleva a un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas⁴¹. Sin embargo, no debe entenderse dicho principio como el

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-837 de 2002.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p. Pedro Gómez Parra, septiembre 30 de 1949.

⁴¹ En este sentido ha expresado esta corporación:

“todo perjuicio anormal, que por su naturaleza e importancia exceda las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser considerado como una violación de la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas, y por consiguiente debe ser reparado”

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p.: Guillermo González Charry, abril 21 de 1966.

anhelo de lograr una equiparación matemática entre los administrados frente a la actividad administrativa; el contenido que el mismo involucra es, evidentemente, el mantenimiento de un relativo balance en esta materia. En consecuencia, es posible considerar como legítimas las imposiciones que puedan ser ubicadas dentro de los parámetros que, de acuerdo con la jurisprudencia, acepta el principio de igualdad ante las cargas públicas; y, en este mismo sentido, el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad administrativa haya ocasionado un grado de perjuicio que exceda el ámbito de molestia que debe ser soportado.

“La igualdad, y como se antepuso, su manifestación en el equilibrio ante las cargas públicas, aparece como el bien jurídico a restituir en estos casos, fruto directo de postulados equitativos a los que repugna, como lo expresan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los eventos de extrema desigualdad en la repartición de las cargas públicas.

“Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social –y por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto ha consagrado:

“Los actos dañinos derivados del uso de la fuerza legítima, son indemnizados bajo dos fundamentos, a saber, uno el de la solidaridad nacional según el cual el Estado Social de Derecho debe asumir las cargas generales que incumben a su misión, tal el evento de lesiones personales o daños materiales infringidos con el objeto de reprimir una revuelta, o por causa de esta. Otro, el deber de asumir los riesgos inherentes a los medios empleados particularmente en sus actividades peligrosas o riesgosas.”⁴²

“En armonía con lo manifestado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha entendido que la solidaridad dentro del Estado Social de Derecho es simplemente un medio para dar aplicación real a uno de los valores fundacionales del Estado moderno: la justicia material, principio sobre el cual la Corte Constitucional refirió:

“El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.

“Dicho principio es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del Juez, sino también de la

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, rad. 8490, 27 de enero de 2000, C.p. Jesús María Carrillo Ballesteros.

administración cuando define situaciones jurídicas o actúa sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias.”⁴³

De este extracto jurisprudencial se derivan dos ideas que resultan capitales al desarrollo argumentativo del presente caso y que reafirman las razones expuestas: la idea de que la justicia material busca la aplicación efectiva de principios y valores constitucionales; y, que es la misión del juez, entre otros, velar por su efectiva materialización.

“En resumen, la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.

“Se denota claramente la gran riqueza sustancial que involucra la teoría del daño especial y, cómo no, lo esencial que resulta a un sistema de justicia que, como el de un Estado Social de Derecho, debe buscar mediante el ejercicio de su función la efectiva realización de los valores y principios esenciales al mismo.

“Sin mayor preámbulo se iniciará el estudio de los elementos que en el caso concreto configuran el título de responsabilidad”⁴⁴(se subraya).

En concepto de la Sala, el acervo probatorio aporta seguridad inconcusa sobre el desarrollo de los hechos. Tres internos de la Cárcel de Arauca -cuyo cuidado y custodia se encontraba a cargo del INPEC-, planearon una evasión de la custodia, y en medio de su ejecución redujeron con violencia a guardianes y policías que protegían el penal, enfrentando la institucionalidad y atentando contra la seguridad de los asociados.

En consecuencia, el devenir de los hechos sirve como fundamento de aplicación de la teoría del daño especial, en esta ocasión no por cuanto el ataque estuviera dirigido contra la Administración, sino en virtud de la responsabilidad asignada por la Constitución -que aún sin ser el propósito de la Institución, contaba con recursos insuficientes de armamento y dragoneantes efectivos-, de garantizar la seguridad

⁴³ Sentencia T-429 de 1994 M.p. Antonio Barrera Carbonell

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de tres de mayo de 2007, expediente: 16.696 (06081), actor: Luz Marina Ramírez Barrios y otros. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

y salvaguardia de los ciudadanos y por la ley, cuando se trata de garantizar la seguridad de los privados de la libertad, visión que acentúa su enfoque en la lesión sufrida por la víctima, que debe ser preservada frente al perjuicio no buscado, no querido, ni tampoco merecido⁴⁵. Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores objetivos de imputación de responsabilidad estatal con los que se ha enriquecido este catálogo⁴⁶.

En el presente caso, el análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a todas luces tiene la característica de ser anormal y excepcional, es decir, un daño antijurídico que el grupo de demandantes no tenía la obligación de soportar, en cuanto se le impuso una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de la labor estratégica de mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza de policía.

Ahora bien, respecto a los principios de solidaridad y daño especial -en otras oportunidades-, ya se ha evocado el agudo estudio que detalla cómo en Francia el principio de la indemnización de los daños causados por hechos de guerra, inspiró al legislador la ley 26 de diciembre de 1914, que adoptó la noción de solidaridad como principio fundante de las indemnizaciones. De allí se destaca:

“(…) El legislador consagró un sistema de reparación totalmente autónomo, fundado en la noción de solidaridad nacional: la igualdad destrozada en detrimento de algunas personas solamente puede restablecerse porque existe en el corazón de la nación un sentimiento de solidaridad. La solidaridad es un principio único, eterno, en el que reside su grandeza, por el que la nación debe extraer el motivo de su obligación: la deuda de la nación es impuesta a su soberanía por la

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, curso de derecho Administrativo, t. II, ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 369.

⁴⁶ Lo expuesto lo soportan los aportes de numerosos autores al tema de la responsabilidad, de los que constituye un buen ejemplo el tratadista Vázquez Ferreyra, quien escribió:

“Insistimos en señalar que **los factores objetivos de atribución constituyen un catálogo abierto sujeto a la expansión. Por ello la mención sólo puede ser enunciativa. Al principio sólo se mencionaba el riesgo creado**; un análisis posterior desprendido del perjuicio subjetivista permitió vislumbrar a la equidad y la garantía. Hoy conocemos también otros factores, como la igualdad ante las cargas públicas, que es de creación netamente jurisprudencial.” –subrayado fuera de texto-

VÁZQUEZ FERREYRA Roberto A., Responsabilidad por daños (elementos), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 197.

solidaridad... la unidad nacional no sería más que una metáfora sino engendrara, para toda la nación, al tiempo beneficiaria y tributaria de esta unidad, la obligación de vincularla, no en consideración de una infracción de la nación, sino en consideración de ella misma³¹⁴⁷.

El más prestigioso teórico contemporáneo de la justicia, John Rawls -respecto al tema-, consideró que ésta se fundamenta en una concepción solidarista entre quienes comparten una relación de convivencia, y a partir de tal modelo contractual es posible aspirar a un mínimo de ella.

Así las cosas -conforme a criterios ya expuestos en los ámbitos académico y doctrinal-, los gobiernos ostentan una baraja de prerrogativas especiales dispuestas para la prevención y represión de las acciones violentas en su contra, lo que, de manera paradójica, puede degenerar en la modificación de la construcción teórica que se tenga del Estado, con lo cual se plantea –entonces-, un serio problema de naturaleza constitucional, dificultad abierta por éstas normativas de excepción que acotan los derechos fundamentales, desdibujando la delgada línea fronteriza entre la legalidad y la ilegalidad de Estado, brete en cuyo debate Colombia tiene amplia experiencia.

Sin embargo, y no obstante queda manifiesta la encrucijada entre “eficientismo” y “garantismo” que los Estados democráticos deben lidiar, para lograr afrontar ciertos tipos de violencia sin comprometer los límites del Estado de derecho⁴⁸, en el presente evento la legalidad del proceder de los agentes de seguridad del Estado no se vio comprometida, ni se cuestiona el deber que tenían de cumplir los fines de seguridad del Estado.

Aún así, no deja de ser dramático el debilitamiento a que se somete la organización estatal cuando acude a transformaciones profundas que socavan el Estado social de derecho para combatir dichos tipos de violencia. No obstante, a pesar de no estar involucrada legislación especial alguna al respecto, sigue siendo insoslayable que, como en el presente caso, tratándose de luchas en contra de la organización, las víctimas son ajenas al objetivo directo de la confrontación, en razón de lo cual debe acudir en favor de éstas, bien a través de los sistemas de

³¹ Véase. J.O. Déb., 1 de junio de 1915, año Xe 1904.

⁴⁷ GUSTAVO QUINTERO NAVAS, Conflicto armado y responsabilidad del Estado: análisis del derecho colombiano a la luz del derecho francés, Revista N° 10 de derecho público Universidad de los Andes, 1999, pág. 173.

⁴⁸ JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, Ob. Cit., pág. 18.

indemnización legal, o bien de los resarcitorios propios del régimen de la responsabilidad.

No se olvide que los mecanismos de indemnización son el resultado de las guerras europeas ante la magnitud de los daños y el número de víctimas, éstas fueron el acicate para el avance en la materia y no la excusa para no reparar los daños ocasionados a la población⁴⁹.

Así también lo ha entendido la Corte Constitucional y su posición ha sido plasmada en diferentes providencias, de las que se puede citar:

“Los jueces en desarrollo de su función, se repite, deben hacer una interpretación de la normatividad que involucre los principios y valores constitucionales, a efectos de dar prevalencia a los derechos de los asociados. Por lo tanto, éstos, en su labor interpretativa, no pueden dejar de lado la doctrina constitucional, pues ella, precisamente, plasma el sentido y orientación que debe darse al ordenamiento jurídico. Se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no sólo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la constitución... No puede olvidarse que la función de los jueces, en el marco de un Estado social de derecho (...) es, precisamente, materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no sólo el mantenimiento de un orden justo sino la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano, artículo 2^o⁵⁰.

En nuestro medio la normativa que deviene desde 1993, de manera reiterada ha invocado no solo el mismo principio, sino además el del “daño especial” que reciben las víctimas, pero en el plano de la realidad lo contemplado en dichas disposiciones se torna insuficiente porque no cumple un verdadero papel indemnizatorio, se trata como allí se destaca de una simple asistencia humanitaria coyuntural, lo que demanda indudablemente ante su insuficiencia que el juez en el horizonte de esos dos principios - solidaridad y daño especial -, encumbre el estado actual de la jurisprudencia, para realizar lo que la normatividad enuncia pero no cumple ante su propia limitación de “asistencia humanitaria”, que le da más un entorno de retórica legislativa que de verdadero compromiso con las víctimas inocentes de una guerra que no les pertenece. Puede el juez, teniendo como punto de partida la unidad del ordenamiento jurídico, desarrollar y dar aplicación al bloque de constitucionalidad y a las leyes de ayuda humanitaria, para

⁴⁹ JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, Ob. Cit., pág. 144

⁵⁰ Sentencia Corte Constitucional SU-846/2000.

encontrar los fundamentos de imputación que predicen algunos como algo insustituible y sacramental que les permite seguir anclados en el universo utópico de los conceptos, ignorando el incumplimiento de los fines del Estado que son los que justifican su existencia. De allí que “El concepto de “bloque de constitucionalidad”, tan arraigado ya en nuestra doctrina y en la jurisprudencia, no es sino expresión de ese fenómeno, en el cual la Constitución formal y la legislación ordinaria establecen una potente alianza normadora que afecta los elementos básicos del ordenamiento jurídico, a sus principios esenciales⁵¹.

Finalmente, considerar los actos de violencia contra la Nación como el hecho exclusivo de un tercero, en términos del mal llamado nexo de causalidad, implicaría condenar a la impotencia a la población, dado que quien tiene el deber jurídico de protegerla, porque tiene el monopolio legítimo de la fuerza, es el Estado, encarnado en sus fuerzas militares y de policía –y en este caso del INPEC-.

En todo evento que pueda tener ocurrencia y que vaya dirigido contra la sociedad en su conjunto, y no obstante su carácter de absolutamente injustificable⁵², sería utópico pretender que los ciudadanos no tienen el deber de soportar las cargas que su ocurrencia implica. Sin embargo, es el concepto de Estado Social de Derecho que apareja nuestra realidad constitucional, el que debe inspirar las respuestas que el sistema produzca en materia de cárceles, las que necesariamente deberán honrar los reiterados principios de igualdad y solidaridad, entre otros, que hacen que el Estado colombiano sea lo que es, y no otra forma de organización política.

Por consiguiente, en cuanto el intento de fuga comprometía la seguridad de la sociedad en su conjunto, pero se localiza materialmente en el perjuicio excepcional y anormal respecto de un ciudadano o grupo de ciudadanos muy reducido, será toda la sociedad la que soporte, de forma equitativa, esa carga. En efecto, la solidaridad fundamentaría la atribución de esos daños al Estado:

⁵¹ LÓPEZ GARRIDO, Diego, Ob. Cit., pág. 167.

⁵² La Asamblea General de la ONU, en su quincuagésimo primer período de sesiones, por medio de la resolución A/RES/51/210 de 17 de diciembre de 1996, punto 1.2., expresó:

“Reitera que los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan para poder justificarlos.”

“La solidaridad impone el deber de reparar, el fin reside en no dejar a la víctima desprotegida ante un daño injusto, que no tenga el deber de soportar; de allí que se produzca la ampliación de los factores de atribución de responsabilidad, hasta avanzar más allá de la noción de culpa, antes la frontera en la que se detenía el resarcimiento⁵³.

“Se ha producido una socialización de los riesgos y de la incidencia de los daños, hasta alcanzar a dañadores que con la concepción tradicional no hubieran respondido.

“También la solidaridad justifica distribuir entre los diversos miembros de una sociedad, el pesos resarcitorio del daño, cuando ha sido causado en ocasión de un perjuicio público, brindado en interés común⁵⁴, como sería el daño sufrido por un vecino o transeúnte, a consecuencia de una bala perdida disparada por la policía persiguiendo a unos ladrones⁵⁵”⁵⁶.

La mencionada sentencia de esta Corporación también consagra esta idea

“en el caso sub examine, el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de éstas, no tiene porque soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión, el actuar de la administración, en estos casos, es lícito, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo”⁵⁷

Por lo que queda expuesto, instrumentalizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso, implica la realización de un análisis que acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista

⁵³ LÓPEZ MESA, Algunos excesos en materia de responsabilidad del Estado. “¿Es posible aplicar al Estado la doctrina del riesgo creado?”. En Revista de Derecho Administrativo, cit, Año 10, N° 27/29, pp. 437 y ss; ídem, Curso, cit., T III, p. 67; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., t.4, p. 85.

⁵⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., t.4, p. 86; CSJN, 27/2/97, “Compañía Swift de La Plata c. Estado nacional”, Ley 1998-D-128; ídem, 21/3/95, “Rebesco, Luis M. c. Estado nacional-Policía Federal-”, ED, 166-377; Cám. Nac. Fed. CC, Sala II, 16/9/97, “Carranza, Julia A. y otros c. municipalidad de Buenos Aires”, La Ley, 1999-C-794, J. Agrup., caso 13.935.

⁵⁵ La CSJN ha decidido que cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente del perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general – los daños- en el caso, muerte a raíz de los disparos efectuados por un policía durante la persecución de delincuentes – deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad Portu obrar lícito (CSJN, 10/4/01, “C. de G., F. c. Provincia de Buenos Aires”, DJ, 2001 -3- 866).

⁵⁶ TRIGO REPRESAS Félix A., LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil, el derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, Buenos Aires, La Ley, Tomo I, pág. 32.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. No. 8577, cit.

jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea de éste, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad.

La teoría del daño especial es conveniente, no solo porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento iusprincipialista que nutre de contenido constitucional la solución que en estos casos profiere la justicia contencioso administrativa. Sin descartar desde luego, que en algunos eventos equivalentes, podrán aplicarse los otros regímenes de responsabilidad -falta del servicio y riesgo excepcional-, si las facticidades que se juzgan así lo reclaman, pues se itera, la teoría del daño especial es subsidiaria, en el entendimiento de que sólo se aplica, si los hechos materia de juzgamiento no encuentran tipicidad, en alguno de aquéllos otros sistemas de responsabilidad administrativa a los que ya se aludió.

En virtud de lo expuesto se declarará responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

4. Indemnización de perjuicios.

A folio 33 del cuaderno No. 1, se verificó copia auténtica del registro civil de nacimiento de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, en el que figuran Miguel Sanjuán y María Nelly Quintero de Sanjuán, como sus padres.

A folio 32 del mismo cuaderno, se encuentra el registro civil de matrimonio de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero y Carmen Lucinda Uribe Alarcón, contraído en el municipio de San Cristóbal en el Estado de Táchira - Venezuela, el 24 de febrero de 1990.

Seguidamente, a folios 34 y 35, se observaron copias auténticas de los registros civiles de nacimiento de Rogelio y Surgey Natalia Sanjuán Uribe, hijos de la pareja nacidos el 16 de febrero de 1993 y el 15 de diciembre de 1997, respectivamente, con lo cual queda acreditado el parentesco de los demandantes.

4.1 Daño moral

En este orden, se accederá a los requerimientos deprecados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁵⁸.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C⁵⁹– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomaárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona.

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

Los perjuicios morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios,

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 1º de febrero de 2012, exp. 20106 y del 14 de marzo de 2012, exp. 21859, M.P. Enrique Gil Botero.

valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada o establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

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

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

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

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

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

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

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

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.”**⁶⁰ (Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “*adecuada*” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más “*benigna*” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “*compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad*”.

⁶⁰ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación⁶¹, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación⁶². El primero se explica así: *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*⁶³. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados⁶⁴.

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

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

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

⁶¹ La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” Ibidem, pág. 575.

⁶²Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

⁶³Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibidem pág. 99.

⁶⁴Ibidem, p. 101 a 103.

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”⁶⁵

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc.

Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor Robert Alexy, en los siguientes términos:

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”⁶⁶

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

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

Y ello no es correcto, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

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

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

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la

⁶⁶ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”⁶⁷

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

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”⁶⁸

Esta orientación jurisprudencial, es la misma que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, que por su importancia se transcribe, *in extenso*⁶⁹:

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.”

⁶⁸ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

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

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

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

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles *per se* de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (***Dommages matériels***), ora inmaterial (***Dommages immatériels***), bien patrimonial (*Vermögensschaden*), ya extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

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

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

Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

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

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

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

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

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “*no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado*” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... *económicamente inasibles ...*” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “*esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis*”, “*tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas*

procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...' (G. J. Tomo LX, pág. 290)". (sentencia del 10 de marzo de 1994)" (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

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

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

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

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

"Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses

protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.

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

En esa perspectiva, la forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del *arbitrio iudicis* y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida.

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

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

“Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento de una jurisdicción en particular, reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios corresponderá al juez de conocimiento, de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo al tradicional criterio del *arbitrio iudicis*.”⁷⁰

Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. 1999- 533, M.P. William Namén Vargas.

judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto⁷¹.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo⁷².

Si se profundiza en el ejercicio hermenéutico, habría que concluir que si el daño antijurídico proviene de la muerte de un hijo cuyos padres residen en otro país, sin importar el profundo y real afecto existente entre ellos, habría que reducirles la indemnización frente a los padres de otra víctima que aunque convivía con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto

⁷¹ Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: "C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes. "Se presume judicialmente que la madre y los hermanos de Carlos sufrieron con su muerte; pues de la misma presunción de hombre se infiere que la muerte de una de esas personas causa congoja; además como se probó que todos aquellos se preocupaban mutuamente, se puede deducir que la pérdida de uno de los integrantes de la familia primigenia produce en los otros un sentimiento negativo de pesadumbre. El hecho relativo a que Carlos Ernesto no vivió siempre con ellos no es hecho que desvirtúe el hecho social de afecto entre hijo y madre y hermanos y hermanos, pues la relación humana cercana no se deriva del aspecto meramente territorial, sino del vínculo espiritual" Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, exp. 13109, M.P. María Elena Giraldo.

⁷² "Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar." ANGARITA Barón, Ciro "La familia en la nueva Constitución", Talleres Macrorregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

tendrían derecho a una mayor indemnización en virtud de la idoneidad y la variable convivencia que impacta significativamente la reparación según los cuadros y la argumentación contenida en la sentencia.

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

De modo que, la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del *arbitrio juris* y la equidad, de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurió de la siguiente forma:

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

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

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

Morales y Alexander Marín Salazar, amigos de la familia de la víctima (folios 69 a 75 del cuaderno 2), que demuestran, de manera directa, la existencia y la intensidad del perjuicio sufrido.

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

“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

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

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

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

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

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”⁷³ (Se destaca).

El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley⁷⁴.

Por consiguiente, la distinción que por vía de una eventual aplicación del principio de proporcionalidad en esta materia, sí que afectaría o afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual las providencias que sean proferidas con fundamento en el citado criterio podrían ser –ellas sí– pasibles de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del mencionado instrumento se resquebraje la mencionada garantía esencial⁷⁵.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes comoquiera que obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula. En

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

⁷⁴ “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

⁷⁵ “Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas.” Plauto.

efecto, de estos documentos, se da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de las lesiones psicológicas sufridas por su esposo, padre e hijo, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir⁷⁶ que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes– no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A., norma aplicable única y exclusivamente a las decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos, toda vez que esa circunstancia garantiza y permite que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales– la condena mantenga su actualidad y, por lo tanto, no se altere o afecte en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda⁷⁷.

⁷⁶ Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: “La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la experiencia y la ciencia. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. **La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...**” (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002) (negrilla de la Sala)

⁷⁷ Y, si bien a lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado algunos Magistrados han profesado la interpretación contraria, lo cierto es que la misma siempre ha sido minoritaria, de modo que el contenido y alcance del artículo 178 del C.C.A., se ha restringido o limitado a los perjuicios materiales que son fijados, como se ha señalado, en sumas líquidas de dinero. En efecto, uno de los representantes de la posición minoritaria fue el Conjuez Hugo Palacios Mejía, quien en un salvamento de voto del expediente No. 9764, precisó: “Por fortuna, no puede decirse hoy, como se dijo en 1978, que no existe antecedente legislativo que indique cómo debe actualizarse las condenas. En efecto, el artículo 178 del código Contencioso Administrativo es terminante al prescribir que: “La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor. // “La manera de hacer el ajuste de valor en las condenas debe ser, pues, por medio del índice de precios al consumidor, o al por mayor, según haya solicitado y justificado el demandante. El artículo 106 del código penal, como dijo el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, solo es aplicable por extensión o analogía. El artículo 178, en cambio tiene aplicación directa en estos procesos. En síntesis, a mi juicio, la forma correcta de aplicar los artículos 106 del código penal, y 178 del código contencioso administrativo, que no son contradictorios sino complementarios, consiste en

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

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

“(…)

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

“(…)

“En fin, el remitirse al oro, directamente o en su valor en moneda nacional, se me antoja caprichoso e infundado económica y políticamente. El oro dejó de ser mucho ha moda (sic) o respaldo de papel moneda. Ya no es siquiera unidad o medida de cuenta. Es una mercancía y una mercancía de especulación: baste ver las oscilaciones bruscas y enormes de su precio en el mercado internacional: en el curso del último año, en comprobación de este comentario, el precio de la onza troy llegó a estar próximo a los ochocientos dólares para descender últimamente a trescientos sesenta, por influjo de las situaciones y conflictos de la política internacional, que no de la economía, y de la actitud de determinados gobiernos que constituyen sus reservas en oro y no en divisas, con lo cual resultan muy sensibles a las variaciones del precio de aquel. Todo lo cual hace más azarosa la remisión al oro o al precio del oro como medida del monto de la indemnización del daño moral.

determinar el valor que tenían 100 gramos oro en 1980, y actualizar ese valor, expresado en pesos, utilizando para hacer la actualización el índice de precios al consumidor, y no el precio del oro”.

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

No es posible acoger o aplicar un sistema que intrínsecamente se torne injusto porque no se cumplen una serie de requisitos formales como la convivencia, el número de años compartidos, la cercanía afectiva de los integrantes del núcleo familiar, etc⁷⁸.

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

En ese orden de ideas, la Sala insiste en su jurisprudencia según la cual, en aras de respetar el principio de igualdad, es imperativo que se haga la conversión automática de gramos oro –de la condena de primera instancia– a salarios mínimos, según la cual 1.000 gramos de oro corresponden a 100 SMMLV. O que el juez de segunda instancia al revocar o modificar la sentencia del *a quo*, determine los perjuicios morales en salarios mínimos.

La fuerza vinculante de esta regla jurídica se encuentra en el precedente horizontal que desde el año 2001 ha trazado o fijado la Corporación, por consiguiente, es deber del Juez de lo Contencioso Administrativo ceñirse a los parámetros fijados por su propia jurisprudencia que es vinculante. Una postura

⁷⁸ “¿Sabes qué decía mi padre? Él se encoge de hombros. Instintivamente enciendo la grabadora. *Que no es la distancia sino la proximidad lo que nos hace invisibles.*” Efraim Medina.

contraria, tendría que ser sometida a la Sala Plena de la Sección Tercera –y eventualmente ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo– para que se definiera a partir de los principios de suficiencia y razonabilidad si es preciso o no un cambio en la línea jurisprudencial.

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

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

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

“(…) El carácter vinculante del precedente judicial está en directa relación con los razonamientos obligatorios incorporados en la parte motiva de las sentencias, relacionados con la situación fáctica que envuelve el caso y que fueron determinantes para la solución del litigio, esto es, en la denominada *ratio decidendi* de la misma, cuya identificación si bien es cierto debe ser el producto de la interpretación constitucional, de todas maneras la jurisprudencia ha decantado reglas para su ubicación e identificación en aras de la seguridad jurídica y su perfecta delimitación con los aspectos de la sentencia no vinculantes.

“(…) El capricho del operador judicial, desconociendo el precedente judicial constitucional, no puede explicar más que situaciones de abuso de poder y de posible desvío del mismo, que pone en riesgo no solo el interés general de la comunidad, los derechos de la colectividad, sino también los derechos subjetivos de los asociados (debido proceso y acceso a la administración de justicia), la libertad individual, la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, de tal manera que los asociados no pueden quedar bajo estas circunstancias sometidos a los

cambiantes criterios de los jueces, en detrimento de la autonomía individual; y, sobre todo, violentando el principio constitucional de igualdad, en la medida en que se estaría sometiendo a tratamientos jurídicos diferentes situaciones fácticas similares.⁷⁹ (Se destaca).

En similar sentido, la Corte Constitucional ha señalado en relación con el denominado precedente horizontal, lo siguiente⁸⁰:

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

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

“En materia de precedente horizontal deben tenerse en cuenta dos factores. De una parte, el órgano que realice el cambio de precedente y, por otra, las condiciones de realización del mismo. En cuanto al primero, cabe distinguir entre un precedente dictado por un juez unipersonal de aquellos precedentes dictados en corporaciones judiciales, integradas por distintas salas de decisión. En el primer evento no existe dificultad en aceptar la vinculación del precedente al propio juez. Lo mismo no ocurre respecto de corporaciones con diversas salas de decisión. ¿Está la sala de decisión de un Tribunal 2 sometida al precedente fijado en la sala de decisión 1 del mismo Tribunal? La Corte Constitucional considera que sí, por dos razones independientes entre sí.

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

“11.1.1 De acuerdo con el Reglamento de los Tribunales del país, las salas de decisión están conformadas de tal manera que un mismo magistrado es presidente de una sala, en la cual presenta sus ponencias, y a la vez participa de otras salas. De esta manera existe un sistema de encadenamiento entre las distintas salas de decisión, que permiten que, en términos globales, todas las decisiones sean conocidas por los integrantes de la Corporación. El modelo parte de la idea de que una posición asumida por una sala X, será defendida por sus integrantes en las salas en que

⁷⁹ SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 34 y s.s.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (E)

ellos participan, generándose un efecto multiplicador, pues los otros integrantes de las salas de decisión defenderán la misma posición en sus respectivas salas. Este es un mecanismo institucional para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia de cada tribunal del país.

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

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

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

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

“.....
.....

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

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

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

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

admisible el cambio o separación del precedente.”⁸¹ (Negrillas adicionales).

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

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

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

De manera que, se itera, arbitrio iuris no puede ser asimilado a arbitrariedad, por el contrario a partir del arbitrio se aplica una discrecionalidad que exige del funcionario judicial un altísimo razonamiento para: i) identificar si de conformidad con los supuestos fácticos existe un precedente aplicable, ii) si existe el pronunciamiento vinculante, aplicarlo y justificar por qué es pertinente para la solución del caso concreto, o iii) en caso de que no sea pertinente, indicar las razones y circunstancias –de forma explícita y suficiente– por las cuales se aparta del mismo⁸².

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸² “La vinculación al precedente no impedirá que el órgano judicial cambie la interpretación de una norma, y con ello dé entrada a un nuevo proceso de normalización jurisprudencial. La sucesión de

El funcionario judicial no puede convertirse en un autómata en tratándose de la liquidación del perjuicio moral; resulta evidente que las situaciones fácticas que se relacionan con este tipo de daños vinculan las fibras más sensibles del ser humano, esto es, la existencia, la familiaridad, la solidaridad, la angustia, el sufrimiento, el dolor del alma, el miedo, el temor, la soledad, entre muchas otras⁸³.

Ahora bien, el hecho de que la Corte Constitucional en fallos recientes⁸⁴ haya prolijado la necesidad de que el operador judicial de lo contencioso administrativo aplique los principios de razonabilidad y racionalidad no puede ser entendido –o darle una lectura– en el sentido de que sólo el principio de proporcionalidad es el que garantiza la materialidad de esos postulados; lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestáltica, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los test de igualdad propuestos, ix) el principio de proporcionalidad, x) la sana crítica, xi) las reglas de la experiencia y, tal vez el más importante para los abogados que es, xii) el sentido común⁸⁵.

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

paradigmas interpretativos en aplicación de idéntico texto legal viene exigida por la historicidad de la realidad social y jurídica, constituyendo una exigencia de justicia. Para garantizar ésta y –subsidiariamente– preservar la seguridad jurídica, el juez ha de aportar una fundamentación objetiva y razonable. Deberá hacerlo en todos los casos en que cambie de criterio interpretativo diacrónicamente; a diferencia del legislador, cuyo enlace directo con la soberanía popular hace presumir legítimo cualquier cambio normativo, debiendo justificar tan sólo aquellos que impliquen un tratamiento sincrónico desigual entre los ciudadanos.” OLLERO, Andrés “Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 77.

⁸³ “Hacer justicia o pedirla –cuando se procede de buena fe, es lo mismo – constituye la obra más íntima, más espiritual, más inefable del hombre. En otros oficios humanos actúan el alma y la física, el alma y la economía, el alma y la botánica, el alma y la fisiología; es decir, un elemento material y externo. En la abogacía actúa el alma sola, porque cuanto se hace es obra de la conciencia y nada más que ella. No se diga que operan el alma y el Derecho, porque el Derecho es cosa que se ve, se interpreta y se aplica con el alma de cada cual; de modo que no yerro al insistir en que actúa el alma aislada.” OSORIO, Ángel “El Alma de la Toga”, Ed. Difusión Jurídica Editores, Bogotá, 2003, pág. 16 y 17.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencias T-351 de 2011, T-464 de 2011 y T-212 de 2012.

⁸⁵ “VII. Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.” OSORIO, Ángel Ob. Cit. Pág. 336.

“En ese orden de ideas, es posible identificar con plena claridad, la existencia de una línea jurisprudencial consolidada en el Consejo de Estado (Sección Tercera) en materia de daño moral y tasación de perjuicios morales. Esa jurisprudencia fue sentada en fallo de 6 de septiembre de 2001⁸⁶ y ha sido reiterada en un amplio número de pronunciamientos posteriores. En esa sentencia es posible, además, identificar *subreglas* concretas, a partir de las cuales puede efectuarse el análisis sobre la configuración del defecto o defectos alegados por el Icfes.

“En el fallo citado, la Sección Tercera recoge la forma en que se ha entendido el daño moral y se han tasado los perjuicios de carácter moral en la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa en el transcurso del tiempo. A partir de ese desarrollo histórico consideró el Consejo de Estado que, en materia de daño administrativo resultaba pertinente separarse de los criterios establecidos en el ámbito penal, y dejar de lado la tasación del mismo en *gramos oro* para utilizar, en cambio, el salario mínimo como vía de cálculo, por razones de índole económica y, principalmente, por la conexión que se mantiene entre el salario mínimo y el costo de vida.

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

“La reparación, en efecto, conforme a nuestro sistema legal, sólo debe atender a la entidad del daño mismo; debe repararse todo el daño causado, y sólo el daño causado, independientemente de la culpabilidad de su autor, o de la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, y éste es un principio común a todos los casos, al margen de que la reparación se efectúe en un proceso penal, civil, laboral, contencioso administrativo o de otra índole. Este postulado básico (...) fue consagrado de manera expresa por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos: “Art. 16.- Valoración de los Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. No puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad. No

⁸⁶ Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01 (Expedientes 13232-15646).

se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización. Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones. En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral. Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.

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

“En ese marco, el último cargo que aborda la Sala plantea asuntos de especial trascendencia para el derecho constitucional en tanto (i) deja abierta la duda de la vinculación de los jueces administrativos a la jurisprudencia del Consejo de Estado; (ii) formula el problema de si, en la materia, debe aceptarse una discrecionalidad plena del juez, lo que, en principio, podría afectar el derecho al debido proceso y el derecho a

la motivación de los fallos judiciales; y (iii) plantea la inquietud de qué debe entenderse por equidad y/o si existen parámetros racionales para que la tasación del daño sea objeto de una justificación susceptible de ser ilustrada intersubjetivamente, y por lo tanto, de control legal y constitucional.

“A juicio de la Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales.”⁸⁷ (Negrillas adicionales - subrayado del texto original).

“.....
.....

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

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

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

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-351 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas.

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. [...]”⁸⁸

“7.2.1.6. La jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser *intensa*, no puede ser cualquier tipo de contratiempo.⁸⁹ En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales.⁹⁰ Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados.⁹¹

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara).

⁸⁹ 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.”

⁹⁰ Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 (CP Hernán Andrade Rincón) [Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109)]. Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: *‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’* (fl. 48 C. 2). || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes transcrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

⁹¹ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden

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

“Pero ello, claro está, no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales.⁹² **Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminadoras.**

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

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.”

⁹² 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.”

no es arbitrariedad. Tampoco, por supuesto es sinónimo de falta de racionalidad y de razonabilidad.

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

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

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

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

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

“No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutiblemente derecho a entrar ella, junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto de ‘perro’. Si el legislador hubiera querido prohibir también el caso con osos, tenía dos caminos para hacerlo así: o bien haber añadido la palabra ‘osos’ a continuación de la palabra perros; o bien haber

empleado una designación más amplia, por ejemplo 'animales de cierto tamaño'; o 'animales peligrosos' o 'animales que puedan ocasionar molestias a los viajeros', o simplemente 'animales', pero lo cierto es que usó la palabra 'perros', la cual es perfectamente unívoca y no ofrece ninguna posibilidad racional de que se le dé un sentido diverso del que tiene, ni más amplio ni más restringido: ni animales diferentes de los perros, ni una determinada especie de perros: sencillamente cualquier perro y nada más que los perros.

“Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier lego en la materia de Derecho, pero con sentido común, habrá de reputar como descabellada esta interpretación, aunque ella sea incontrovertiblemente correcta, la única absolutamente correcta, desde el punto de la lógica tradicional. Este caso, ciertamente tan sencillo, constituye un impresionante síntoma del hecho de que por lo visto la lógica tradicional es inadecuada, al menos en parte, para iluminarnos en la interpretación de los contenidos de los preceptos jurídicos. La contemplación de este caso nos sugiere irresistiblemente las vehementísimas sospechas de que hay problemas de interpretación jurídica, para los cuales la lógica tradicional no sólo no nos sirve, sino que produce consecuencias disparatadas. ¿Por qué? Porque la lógica tradicional [...] no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.”⁹³

“7.2.1.8.1.4. A la luz de la aplicación del derecho que demandarían las nociones de subsunción conceptual de la lógica clásica, la solución *racional*, como sostiene Recasens Siches, es claramente *irrazonable*. **Si bien es imposible deducir de la mera aplicación literal de la regla que los osos quedan excluidos de poder ingresar a la estación de trenes, es claro, de acuerdo al sentido común, que si se considera incompatible el ingreso de perros, con mayor razón la de osos. No tiene sentido que ningún guarda deje entrar al oso, así el cartel hable únicamente de perros. Pero, se insiste, esta inferencia es razonable, no racional.**⁹⁴

“7.2.1.8.1.5. Además de mostrar que la aplicación del derecho tiene que ver más **con la 'lógica de lo razonable'**, que con la 'lógica de lo racional', el ejemplo permite desvirtuar la afirmación según la cual, la interpretación de un texto jurídico sólo tiene lugar en aquellos casos en que el mismo no es claro, y su sentido ha de ser precisado. La vieja regla de interpretación según la cual, no es dado al intérprete buscar el sentido de una norma cuando su sentido literal es claro. Si se aplicara

⁹³ RECASENS SICHES, LUIS (1956) *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Editorial Porrúa S.A. México, 1980. pág. 165. Con relación al origen del ejemplo dice Recasens Siches: “Aunque sin sacar de él ni remotamente las consecuencias que me parecen pertinentes, Radbruch [Gustav Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914]. –tomándolo creo que de Petrasyski– relata un caso, el cual, aunque muy sencillo, puede servir para ejemplificar con gran relieve la idea que propugno en este libro, y que acabo de bosquejar”.

⁹⁴ Existen diversas formas de usar la expresión 'racional'; acá se hace referencia con esta expresión a la lógica clásica tradicional con base en la cual se construyó buena parte del saber jurídico tradicional.

esta regla clásica de interpretación al caso de la estación de trenes citada por Recasens Siches, se tendría que concluir necesariamente que el oso sí puede entrar a la estación de trenes. Es decir, nuevamente la solución racional del caso sería irrazonable. El dueño del oso en el ejemplo, podría insistir diciendo lo siguiente: *–según una aplicación literal del texto (se prohíbe el paso al andén con perros), mi perro puede entrar; el texto es claro en tal sentido. Y es precisamente esa claridad del texto, la que impide que se trate de dar otra solución al caso, cambiando la regla aplicable con base en una interpretación que apele al ‘espíritu de la norma’–.*

“Por supuesto, bajo el orden constitucional vigente, ninguna autoridad puede amparar una decisión jurídica que sea irrazonable por el hecho de fundarse en una aplicación racional de los textos. Una lectura de una norma legal que desatienda o despreteja los valores, bienes y principios que son objeto de protección jurídica de la propia norma, por ejemplo, es irrazonable jurídicamente, sin importar cuán racional sean los argumentos que sostengan tal lectura del derecho. Incluso, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, antes del cambio a la Carta Fundamental en el año 1991, el Congreso de la República había excluido de amplias áreas del derecho la centenaria norma de prohibición de interpretación de textos que fueran claros (v. gr., de códigos completos que regían parte importante de la población).⁹⁵

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

“La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o intuición judicial. El ejercicio de la discrecionalidad debe tener en cuenta (a) “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) “*la gravedad objetiva de la lesión*”.

⁹⁵ Por ejemplo, a propósito de la aplicación de Código de la Infancia de 1989, la Corte Constitucional indicó lo siguiente: “[...] cuando una persona va a interpretar el sentido de una disposición normativa, para con base en ella tomar una decisión que afecta a la vida de un menor, *el interés superior del menor* se tomará en cuenta por encima de cualquier otra consideración (art. 44, C.P. y art. 20, C. del M.) El artículo 22 del Código del Menor hace explícita esta consideración hermenéutica al imponer al intérprete del texto la siguiente regla de lectura: ‘*la interpretación de las normas contenidas en el presente Código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor.*’ El Código no otorga espacio de discrecionalidad al intérprete para usar o no el parámetro de lectura. || No se trata de una regla de interpretación residual que sólo debe usarse en aquellos casos en que la ley ‘no sea clara’, se trata de una pauta de interpretación obligatoria en todos los casos. En otras palabras, no es aceptable dentro del orden constitucional vigente entender el significado de una norma del Código del Menor, tanto en general como en el caso concreto, que no implique en efecto, la protección del interés superior del menor, así se trate de una lectura fiel al texto.” Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Manuel José Cepeda Espinosa, SV Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Alvaro Tafur Galvis).

En cualquier caso, la decisión de definición de los perjuicios morales deben tener en cuenta los principios de equidad, razonabilidad y reparación integral.

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

“(…)”⁹⁶

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

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

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2012, M.P. María Victoria Calle.

Lo anterior, por cuanto las reglas de la experiencia⁹⁷, y la práctica científica⁹⁸ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido o cuando se padecen lesiones se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo, presunción que se hace extensiva inclusive a los abuelos y nietos.

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

En consecuencia, resulta imperativo para esta Sala reiterar su precedente horizontal y, por lo tanto, la línea jurisprudencial sobre la materia, según la cual los perjuicios morales dada su connotación de inconmensurables no pueden ser sometidos a reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización, ya que están encaminados a compensar –no indemnizar– bienes jurídicos de contenido

⁹⁷ “El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias sociales y económicas (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo.

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

⁹⁸ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida.”

personalísimo –subjetivos– y, por ende, que no pueden ser sometidos a una ponderación, ya que no existen derechos en conflicto o tensión. De este modo, la Sala acoge los planteamientos críticos del profesor Rafael Asís, quien en relación con el principio de proporcionalidad o ponderación ha formulado los siguientes cuestionamientos:

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

“De nuevo, en este punto surgen complicaciones. Una primera vía de aproximación, de índole negativa, consiste en afirmar que un fin es ilegítimo cuando está expresamente prohibido por la Constitución. Esta vía permite descartar opciones de desarrollo pero deja abierto un amplio marco de posibilidades. La segunda vía de aproximación, esta vez de índole positiva, consiste en afirmar que son fines legítimos todos aquellos que tienen que ver con la realización de valores, principios, bienes o derechos constitucionales. Por tanto, desde esta vía, se exige que el desarrollo se ponga en conexión con alguno de estos referentes constitucionales. Obviamente, el marco de posibilidades sigue siendo amplio.

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

“(…) Como hemos visto estos subprincipios plantean una serie de problemas y, difícilmente, puede decirse que con su utilización se garantiza el logro de las únicas decisiones correctas.”⁹⁹

Así las cosas, como en el *sub judice* las demandadas no desvirtuaron la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes (madre, esposa, hijos y hermanos) de acuerdo con las pruebas allegadas, habrá que decretar el perjuicio

⁹⁹ DE ASÍS, Rafael “El juez y la motivación en el derecho”, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 114 a 117.

solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta su naturaleza y gravedad.

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

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

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

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

En cuanto a la presunción del perjuicio moral de los familiares en los casos de lesionados, la Sala ha precisado que para ello no es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones. En efecto, independientemente de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear como la que impera en la sociedad colombiana, no

resulta equitativo que ese padecimiento moral, su prueba y reconocimiento se condicione al resultado material del daño en cuanto a su mensurabilidad¹⁰⁰.

Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar.

En ese orden de ideas, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2013 y se condenará, a las demandadas, a pagar solidariamente 70 salarios para Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, e igual cifra para la esposa, Carmen Lucinda Uribe Alarcón. Para cada uno de sus hijos y, adicional, a cada uno de sus padres, se les reconocerá 40 salarios.

4.2 Daño material

4.2.1. Daño emergente

No se asignará indemnización por este concepto a los demandantes, comoquiera que no obra prueba conducente que dimensione la afectación pecuniaria que sufrieron, y como bien se ha insistido, es del resorte de las partes demostrar los supuestos de hechos alegados. Si bien es cierto que apartes de algunos

¹⁰⁰ La Sala ha recogido la tesis jurisprudencial plasmada en sentencia del 18 de marzo de 2004, que señalaba:

“Una situación distinta se presenta cuando tratándose del daño moral derivado de la muerte o lesionamiento grave de un ser querido, la jurisprudencia ha deducido judicialmente éste, de la simple prueba del estado civil - junto con la demostración de la muerte o lesión grave -, tratándose de vínculos de consanguinidad cercanos como los existentes entre padres, hijos, hermanos y abuelos, sin que sea necesario demostrar el padecimiento o dolor moral sufrido. Evento en el cual, la legitimación material en la causa del demandante, podrá aducirse a través de la prueba del estado civil (tratándose de parientes cercanos), junto con la prueba de la muerte o lesión grave del pariente cercano, ya que el juez a partir de estos hechos **infiere el dolor**; de lo contrario deberá demostrarse el padecimiento moral sufrido con motivo del hecho dañoso. En relación con el daño moral sobre lesiones personales la Sala ha distinguido con fines probatorios las graves de las leves.

En cuanto a las lesiones graves y respecto a la víctima directa ha indicado que con la demostración de la gravedad de la lesión se deduce la existencia del dolor moral; y en lo que atañe **con las víctimas indirectas** ha estimado que sufren dolor moral cuando además de demostrar la gravedad de la lesión del lesionado también prueban su condición o de pariente o de persona cercana, hechos que debidamente probados son indicadores de su padecimiento moral. **En lo que concierne con las lesiones leves y respecto a la víctima directa** ha estimado que la prueba de la lesión es suficiente para deducir el impacto moral; pero **respecto a la víctimas indirectas** - trátense de parientes o de damnificados - es necesario demostrar a) la lesión leve, b) el parentesco o la condición de damnificado y c) el dolor o padecimiento moral. (Subrayado y negrilla del texto)

testimonios dan cuenta de ciertas dificultades en sus relaciones que debió enfrentar Sanjuán Quintero -experimentadas con posterioridad al evento traumático-, también es cierto que no se aportaron pruebas tendientes a cuantificar el presunto daño emergente.

4.2.2. Lucro cesante

En relación con el lucro cesante, conforme al dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, la incapacidad parcial permanente de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero asciende al 41.3%.

Ahora bien, en cuanto al salario que el demandante devengaba como profesional del derecho al servicio del INPEC, obra en el proceso desprendible de nómina a su nombre –expedido por el empleador-, correspondiente al 15 de marzo de 1999 (fls. 85 del cuaderno No. 1), donde consta que el salario devengado por Sanjuán Quintero, en su cargo de Profesional Universitario, correspondía a \$1'128.994.00 mensuales, valor que actualizado corresponde a \$2'349.573¹⁰¹

La suma de \$2'349.573 debe ser adicionada en un 25%, por el valor de las prestaciones sociales, para un total de \$2'936.966. Comoquiera que conforme al dictamen médico, el señor Sanjuán Quintero disminuyó su capacidad en un 41,3%, el valor de este porcentaje será el correspondiente a la renta actualizada, esto es, \$1'212.967. Se tendrá en cuenta, además, que, Álvaro Fernando Sanjuán tiene una vida probable de 38,29 años.

La indemnización a que tiene derecho comprende dos períodos: uno vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha del hecho hasta la fecha actual, para un total de 169 meses, y el otro, futuro, que corre desde la fecha de esta sentencia hasta el fin de la vida probable del lesionado, para un total de 290 meses, de lo cual resulta:

Liquidación de la indemnización debida o consolidada:

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

¹⁰¹ $Va = \$1'128.994.00 \frac{112.88 \text{ (IPC Marzo 2013)}}{54.24 \text{ (IPC Febrero 1999)}}$

i

$$S = \$1'212.967. \frac{(1 + 0.004867)^{169} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$ 316'936.205}$$

Liquidación de la indemnización futura o anticipada:

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

$$S = \$1'212.967. \frac{(1 + 0.004867)^{290} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{290}}$$

$$\mathbf{S = \$188'255.246}$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura, por concepto de lucro cesante, se obtiene un valor total de \$505'191.451.

Así las cosas, la indemnización por concepto de lucro cesante, a favor del señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, asciende a un valor total de quinientos cinco millones ciento noventa y un mil cuatrocientos cincuenta y un pesos (\$505'191.451.)

4.3 Daño a la salud

En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, en las que se señaló:

“De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los

ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

“Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad¹⁰².

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

“Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.

¹⁰² “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico - legal, mientras que **el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...**”¹⁰³ (Se destaca).

“En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)¹⁰⁴, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)¹⁰⁵.

“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

“Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del

¹⁰³ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

¹⁰⁴ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

¹⁰⁵ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial¹⁰⁶. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

“En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica¹⁰⁷. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

“De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

¹⁰⁷ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁰⁸ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de

“En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal¹⁰⁹.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes,

manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia psicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

¹⁰⁹ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

“Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearón las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

“En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

“No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

“Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

“Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto,

permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.”

Así mismo, la Sala en sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente: 22.163, determinó, de acuerdo con el principio del *arbitrio iuris*, los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud, en cuanto a su contenidos objetivo (estático) y subjetivo (dinámico).

Conforme a lo anterior, debe señalarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, es del 41,3%, se le reconocerá por este concepto el valor de 165 salarios de la misma índole, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal.

4.4. Medidas de justicia restaurativa en virtud de la grave lesión al derecho a la salud (derecho a la sexualidad):

La sexualidad etimológicamente tiene dos acepciones: i) como el conjunto de condiciones anatómicas y físicas que caracterizan cada sexo, y ii) entendida como el apetito sexual.

De allí que, el modo de estudio de la sexualidad en el ser humano siempre ha estado referido a esas dos dimensiones, es decir, a la integridad psicofísica relacionada con cada género sexual o desde la perspectiva del interés sexual. Por consiguiente, el estudio de la sexualidad ha sido abordado por diversas materias como la filosofía, la psicología, la medicina, la sociología y el derecho.

En efecto, desde la antigua Grecia se ejerció una clara distinción o clasificación del “amor” como sentimiento humano. Para esos efectos, se indicó que la primera manifestación de aquél consistía en el denominado “eros” o la pasión, la segunda, en el “*phili*” o el cariño y el tercero el “*ágape*” o el amor más profundo (incondicional - religioso).

De este modo, el *eros* se opone al *thánatos*, en tanto constituye la pulsión de la vida, lo que desencadenó que desde el psicoanálisis o la psicología conductista se denominara como un instinto, de manera específica, el sexual.

No obstante lo anterior, para algunos autores el *eros* lejos de constituir un impulso, refleja un sentimiento que se integra a la noción de amor, esto es, la pasión; por tal motivo, no podría ser confundido o yuxtapuesto por un impulso¹¹⁰. Por consiguiente, existiría una mayor cercanía entre el impulso sexual con *afrodita*¹¹¹ que con *eros*.

En ese orden de ideas, la sexualidad es un concepto que desde los orígenes de la humanidad ha ocupado un lugar preponderante en las cavilaciones y disquisiciones filosóficas y humanistas. Lo anterior, en aras de comprender lo que Freud denominó el objeto y el fin sexual, entendido el primero como el sujeto o la persona de la cual parte el deseo sexual, mientras que el segundo constituye el acto, el comportamiento o la actividad a la cual compele el instinto sexual¹¹².

En esa línea de pensamiento, el sentimiento del amor pasional no puede ser confundido con el deseo o el apetito sexual, esta última manifestación es lo que se integra a la sexualidad, razón por la cual es posible hablar de amor sin contacto físico, como tener interacción sexual sin que medie el amor pasional.

Por lo tanto, existen dos formas de abordar el estudio jurídico de las afectaciones psicofísicas relacionadas con la esfera sexual del ser humano: i) el plano del amor o del romanticismo, que constituye un sentimiento más que un impulso, y que, en términos del psicólogo evolucionista Steven Pinker se originaría en el alma (teoría dualista)¹¹³, y ii) el sexo y la sexualidad, que en las sociedades modernas sería

¹¹⁰ COMPTE-SPONVILLE, André "Ni el sexo ni la muerte – Tres ensayos sobre el amor y la sensualidad", Ed. Paidós, Barcelona, 2012, pág. 33.

¹¹¹ "Diosa del amor y del matrimonio, aclimatada en Grecia, pero probablemente procedente de Oriente... Afrodita presenta siempre un aspecto juvenil y lozano, como corresponde a la atracción y la ilusión sexuales. Sus antecedentes más antiguos no pasan de ser toscos ídolos de la fecundidad, con hipertrofia de los caracteres sexuales." REVILLA, Federico "Diccionario de Iconografía y Simbología", Ed. Grandes Temas – Cátedra, Madrid, 2012.

La representación artística más reconocida de afrodita (Grecia) o de Venus (Roma), es la escultura conocida como la Venus de Milo, que se encuentra en el museo del Louvre (Paris), y pertenece al período helenístico de la cultura griega.

¹¹² Cf. FREUD, Sigmund "Tres ensayos sobre teoría sexual", Ed. Alianza, Madrid, 2009, pág. 9 y 10.

¹¹³ La teoría dualista parte del reconocimiento de que los seres humanos están integrados por una dimensión objetiva – corporal, así como por una de naturaleza inmaterial que es el alma. Para un

considerado algo privado, ponderado de manera obsesiva, regulado por la costumbre y por el tabú, objeto de chismes y burlas, y desencadenante de furiosos ataques de celos¹¹⁴.

En esa perspectiva, un estudio de la sexualidad implica, necesariamente, diferenciarla del amor –entendido éste en sus diversas manifestaciones–. En efecto, el amor como se precisó con anterioridad, tiene tres dimensiones que hacen parte de la esfera interna, emocional o afectiva del sujeto, mientras que la sexualidad se relaciona de manera directa con el ámbito psicofísico –principalmente el genital - y el impulso o el deseo que se genera en relación con el sexo como actividad placentera–.

Por ende, el análisis de la sexualidad debe ser desligada de los parámetros del amor, ya que si bien son manifestaciones diferentes en el ser humano. La sexualidad, tal y como lo puso de presente el reconocido profesor Michel Foucault, en su reconocido texto de la “Historia de la sexualidad”, ha estado regida por el tabú y por una moral victoriana que generó que su estudio y análisis se centrara desde dos perspectivas, ambas censurables desde el plano filosófico y biológico: i) desde el psicoanálisis (Freud) en el que cualquier orientación diferente a la aceptada por la moral hegemónica era analizada como una desviación o aberración, y ii) desde la medicina en relación con el estudio de las enfermedades y las curas, relativas a los órganos genitales masculino y femenino¹¹⁵.

análisis profundo y riguroso sobre esta clasificación entre la teoría física y la teoría dualista, se recomienda consultar: KAGAN, Shelly “Death”, Yale University Press, 2012.

¹¹⁴ Cf. PINKER, Steven “The Blake Slate”, Ed. Penguin Books, 2002, pág. 253. “El sexo es la fuente concentrada de mayor placer físico generado por nuestro sistema nervioso, entonces por qué es un tema emocional espinoso. En todas las sociedades, el sexo es al menos calificado como sucio. Es manejado en privado, ponderado de forma obsesiva, regulado y custodiado como un tabú, sujeto de chisme y provocación...” (Traducción libre).

¹¹⁵ “Era, en efecto, [se refiere a la sexualidad] una ciencia hecha de fintas, puesto que en la incapacidad o el rechazo a hablar del sexo mismo se refirió sobre todo a sus aberraciones, perversiones, rarezas excepcionales, anulaciones patológicas, exasperaciones mórbidas. Era igualmente una ciencia subordinada en lo esencial a los imperativos de una moral cuyas dimensiones reiteró bajo los modos de la norma médica. So pretexto de decir la verdad, por todas partes encendía miedos; a las menores oscilaciones de la sexualidad prestaba una dinastía imaginaria de males destinados a repercutir en generaciones enteras; afirmó como peligrosos para la sociedad los hábitos furtivos de los tímidos y las pequeñas manías más solitarias; como fin de los placeres insólitos puso nada menos que la muerte: la de los individuos, la de las generaciones, la de la especie.

“También esta ciencia se ligó por lo tanto a una práctica médica insistente e indiscreta, locuaz para proclamar sus repugnancias, lista para correr en socorro de la ley y la opinión, más servil con las potencias del orden que dócil con las exigencias de lo verdadero... En nombre de una urgencia biológica e histórica justificaba los racismos de Estado, entonces inminentes. Los fundaba en la “verdad”. FOUCAULT, Michel “Historia de la Sexualidad – La voluntad del saber”, Tomo I, Ed. Biblioteca Siglo Veintiuno – Biblioteca Nueva, Barcelona, 2012, pág. 53 y 54.

En este punto, la Sala reconoce que una sociedad pluralista como la colombiana no puede entender la sexualidad bajo una perspectiva oscurantista o vedada, sino que, por el contrario, su existencia y diversas manifestaciones son el reflejo de la complejidad del ser humano, de su multiculturalismo, de sus variadas dimensiones, de la diferencia, de la asimetría; una sociedad guiada por los mismos parámetros en materia de sexualidad es inadmisibile, porque sería la regulación de un ámbito privado del ser humano regido por la moral y las costumbres impuestas por la mayoría. Por lo tanto, la libre elección en el ejercicio de la sexualidad es un imperativo ínsito al ser humano, donde la sociedad y el poder público no tiene facultad de intervención, salvo la de garantizar los derechos de igualdad y de libertad.

Una de las mejores y más poéticas explicaciones del amor se encuentra en el diálogo platónico “El banquete”, en el cual, en palabras de Aristófanes, el gran filósofo griego explica la naturaleza humana, así:

“En otro tiempo la naturaleza humana era muy diferente de lo que es hoy. Primero había tres clases de hombres: los dos sexos que hoy existen y un tercero, compuesto por estos dos, el cual ha desaparecido conservándose sólo el nombre... Sea lo que quiera, estoy seguro de que todos seremos dichosos, hombres y mujeres, si, gracias al amor, encontramos cada uno nuestra mitad, y si volvemos a la unidad de nuestra naturaleza primitiva. Ahora bien, si este antiguo estado era el mejor, necesariamente tiene que ser también mejor que el que más se le aproxime en este mundo, que es el de poseer a la persona que se ama según se desea.”¹¹⁶

No obstante lo anterior, Platón condenó al igual que muchos filósofos antiguos, medievales y modernos, la visión de la sexualidad como una función placentera del ser humano, para reprocharla y condenarla bajo una idea preconcebida de ser un impulso catalogado como un mal menor que sólo debía tener como finalidad la reproducción (lo que la restringía al encuentro heterosexual)¹¹⁷.

En la modernidad y postmodernidad, la sexualidad deja de ser una ciencia o estudio circunscrito al ámbito de la reproducción humana –desde una visión

¹¹⁶ PLATÓN, “Diálogos – El banquete”, Ed. Biblioteca EDAF, Madrid, 24ª edición, 2005, pág. 177 a 182. Los impulsos y deseos sexuales, al margen de los límites que impone la sociedad –que por lo general hacen pender sentimientos de culpa o vergüenza sobre la sexualidad del ser humano – buscan satisfacerse en algún momento de la existencia, razón por la que no se puede negar la naturaleza sexual. En efecto, en términos del filósofo teutón Arthur Schopenhauer: “mensch kann tun was er will; er kann aber nicht wollen was er will” [se puede elegir lo que se hace, pero no lo que se quiere].

¹¹⁷ Cf. PLATÓN, “Las leyes”, VIII, 783ª, Ed. Akal, Madrid, 1988, pág. 357.

cristiana o de la psicología evolutiva— para ser un plexo de afectos, fantasías y de comportamientos que están relacionados, aunque sea sólo de manera imaginaria, con el disfrute del cuerpo del otro, o del propio¹¹⁸.

Sin embargo, lejos está de ser la sexualidad un tópico que deje de causar estupor y morbo, al grado tal que el Estado en un flagrante paternalismo interviene con pundonor en la sociedad para reprochar y limitar el derecho a la igualdad en esta materia.

La sexualidad y sus manifestaciones, pueden ser aprehendidas desde una perspectiva mucho más abierta, más utilitarista y estética; en efecto, según Kant “la comunidad sexual es el uso recíproco que un hombre [una persona] hace de los órganos y capacidades sexuales de otro... Un apetito referido al goce de otros seres humanos.”¹¹⁹ Se entiende de esta manera la sexualidad como una necesidad de hallar un objeto de placer, para el disfrute de otra persona, sin que esta circunstancia suponga una desavenencia moral, comoquiera que esa “cosificación”, se da en un plano de igualdad y reciprocidad, puesto que se disfruta del otro de forma proporcional o equivalente a como el otro lo hace; en esa perspectiva, la sexualidad no lesiona el imperativo categórico moral, ni atenta contra la humanidad.

Como corolario de lo anterior, la sexualidad es una clara manifestación de la integridad psicofísica del ser humano, ya que se relaciona de manera directa con un componente orgánico de la persona —los órganos genitales y reproductivos de ambos sexos— y con una parte funcional y psicológica, la búsqueda de placer en el otro, el encuentro en el que el ser humano demuestra que lejos de toda su evolución, hace parte de una gran especie, de un reino animal, que es parte inescindible de este mundo que se integra no sólo de racionalidad sino de sentimientos, impulsos, deseos y pasiones; el sexo, resulta innegable, nos reitera que somos otra especie más del género, que con independencia de nuestras capacidades hacemos parte fundamental de un mundo y un ecosistema, de esta manera nos devuelve —en cierto sentido— a una condición primitiva pero para liberar nuestros impulsos y pasiones, para que, de un lado, podamos perdurar —a

¹¹⁸ Cf. COMPTE-SPONVILLE, André Ob. Cit. pág. 172.

¹¹⁹ KANT, Immanuel “Principios metafísicos del derecho”, Ed. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1era edición, 1873, pág. 112.

partir de la reproducción– y, de otro, esa interacción –con el ser deseado y/o amado– permita alcanzar un noble ideal, esto es, la felicidad.

Ahora bien, desde un plano médico - legal, la sexualidad ha sido definida por la OMS como: “un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca al sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vivencia a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales. La sexualidad puede incluir todas estas dimensiones; no obstante, no todas ellas se vivencian o se expresan siempre. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales.”¹²⁰

De la definición brindada por la Organización Mundial de la Salud, la doctrina especializada ha extraído varias características que determinan la sexualidad humana, desde el plano médico - legal¹²¹:

- i) El erotismo que consiste en la posibilidad de sentir placer sexual a través del deseo, la excitación y el orgasmo.
- ii) La vinculación afectiva y/o amorosa que se desarrolla a partir del contacto interpersonal (capacidad para sentir, amar o enamorarse).
- iii) La reproductividad que incluye no sólo la capacidad de tener hijos, sino también los sentimientos de maternidad y paternidad.
- iv) La identidad sexual desarrollada, que comprende no sólo la apreciación genital y de placer que se tiene del propio cuerpo, sino todas las construcciones mentales y conductuales en relación con el apetito y orientación sexual de la persona (bisexualidad, homosexualidad, heterosexualidad, etc.).

La afectación o alteración de la sexualidad de la persona, en aquellos eventos en que el daño consiste en la lesión física que genera disfunción sexual (del hombre o de la mujer) o psicológico que impide concretar el acto sexual (v.gr. pérdida del apetito sexual, pérdida de la capacidad de relacionarse, afectación de los niveles

¹²⁰http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf

¹²¹ CRIADO DEL RÍO, María Teresa “Valoración médico legal del daño a la persona – Valoración del Daño Corporal”, Tomo II, Ed. Colex, Madrid, 2010, pág. 509.

de excitación, etc.), es posible analizarse bajo la égida de dos posiciones diferenciables en la teoría de la valoración del daño corporal: i) como daño inmaterial autónomo, distinto del daño a la salud y el moral, o ii) como una de las manifestaciones del daño a la salud, porque en últimas, el daño sexual produce una alteración a la integridad psicofísica de la persona en los términos explicativos del daño a la salud.

En Colombia, a partir de las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031¹²², se reconoció la importancia del daño a la salud para el resarcimiento de afectaciones a la integridad psicofísica de la persona, sin importar el órgano, la función o la capacidad que se lesionara. De este modo, se reiteró en los mencionados pronunciamientos –proferidos por la Sala Plena de la Sección Tercera– que en aquellos escenarios en los que el daño reclamado consiste en un daño a la esfera psicofísica, los perjuicios que pueden ser reconocidos por el juzgador, son los siguientes: i) daño moral, ii) daño a la salud, y iii) los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que se encuentren probados en el proceso.

Por consiguiente, es necesario insistir que la modificación negativa a la órbita psicofísica del sujeto –incluida la del ámbito sexual– es un factor que debe ser indemnizado bajo el prisma del daño a la salud y, por ende, bajo los parámetros resarcitorios contenidos en las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, así como en la providencia del 28 de marzo de 2012, exp. 22163¹²³, proferida por esta Subsección, oportunidad en la que se desarrollaron los componentes estático y dinámico que integran el daño a la salud, así como se explicó la metodología con apoyo en la cual se liquida y valora el mismo.

En efecto, en el último pronunciamiento referido, la Sala discurrió de la siguiente manera:

“De manera que sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma:

“1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del *arbitrio iuris*, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual

¹²² M.P. Enrique Gil Botero.

¹²³ M.P. Enrique Gil Botero.

permitirá emplear la regla de tres¹²⁴, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme¹²⁵.

“2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el *arbitrio iuris*, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud¹²⁶.”

“Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

“No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje

¹²⁴ “Por lo anterior, y de conformidad con el acta de la junta médica laboral, en la que consta la amputación del brazo izquierdo a la altura del codo realizada a Sigifredo Salazar Ramírez, se hace evidente el daño a la salud, por el cual se le reconocerá por este concepto el valor de 264 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal, valor que resulta proporcional con la lesión sufrida, como quiera que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, como una incapacidad del 95 o 100% se ha concedido el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de febrero de 2012, M.P. Enrique Gil Botero.

¹²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del: 14 de marzo de 2002, exp. 12.054, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, 13 de diciembre de 2004, exp. 14722, Germán Rodríguez Villamizar, 5 de junio de 1998, exp. 11545 M.P. Juan de Dios Montes, 6 de mayo de 1993, exp. 7428, M.P. Julio César Uribe Acosta, 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P. Enrique Gil Botero, 8 de julio de 2009, exp. 17960, M.P. Enrique Gil Botero, 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero, sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

¹²⁶ Según las recomendaciones del grupo de Tréveris que elaboró la recomendación a la Comisión, al Parlamento y al Consejo Europeo, nacido por iniciativa de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, “(...) toda persona que haya sufrido un atentado a la salud debe, en virtud de los principios fundamentales de dignidad de la persona humana y de tutela de la salud, recibir una reparación; esa reparación debe ser diferente de la que recibirá la víctima por las pérdidas económicas sufridas por los daños que sólo son susceptibles de una valoración subjetiva; el principio de igualdad, entonces impone un tratamiento igualitario para las víctimas, que se logra con la valoración de carácter objetivo del daño, es decir con las bases que ofrece la ciencia médico legal, que puede crear tablas o baremos con grados de invalidez, a los que cada Estado podrá fijar un valor determinado; de todas formas, dice el documento, se insta a los Estados para dejen al juez un campo de apreciación equitativo para ajustar la reparación a las circunstancias propias del caso.” CORTÉS, Édgar Ob. Cit. Pág. 184.

adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave¹²⁷.”

En esa línea de pensamiento, no resulta viable reconocer autonomía al “daño sexual” porque, precisamente, el daño a la salud permite la reparación –en el campo de los perjuicios inmateriales– de la integridad psicofísica, esfera dentro de la que se enmarca o ubica la imposibilidad de desarrollar el acto sexual, bien por una disfunción o pérdida anatómica corporal, o por una alteración psicológica que afecta la posibilidad de llevarlo a cabo.

Y, sin embargo, resulta conveniente en esta oportunidad fijar una serie de criterios de valoración del daño corporal –sexual– cuyo análisis y verificación deviene imprescindible por parte del operador judicial, en aras de establecer una adecuada apreciación de las dimensiones estática y dinámica del daño a la salud. Esos parámetros, son¹²⁸:

- i) La incapacidad funcional derivada de la alteración de la función sexual y, por lo tanto, de la capacidad para realizar el acto sexual y, consecuentemente, obtener placer.
- ii) El sufrimiento o padecimiento psíquico, derivado de la pérdida de la vida sexual.
- iii) La incapacidad para desarrollar de manera armónica una vida afectivo-familiar y la vida de pareja.
- iv) La alteración estética si la hay.

De otro lado, en cuanto se refiere a la integridad o indemnidad en la evaluación del daño en materia de derechos humanos y derechos fundamentales, resulta preciso reafirmar que la misma constituye un principio general en materia de responsabilidad o, en perspectiva de la Corte Constitucional, significa que “(...) *el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud*

¹²⁷ “Sin embargo, como sucede también en otras experiencias europeas, jurisprudencia y doctrina buscan identificar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad. El uso del criterio de cálculo por puntos diferencial brinda una herramienta muy importante en este sentido. Luego, una tabla indicativa de sus valores, elaborada sobre la base de los precedentes liquidaciones judiciales ofrece una base de uniformidad indispensable para satisfacer el principio de paridad de tratamiento.” KOTEICH, Milagros La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés” en: Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 178 y s.s.

¹²⁸ Cf. CRIADO DEL RÍO, María Teresa “Valoración médico legal del daño a la persona – Valoración del Daño Corporal”, Tomo II, Ed. Colex, Madrid, 2010, pág. 510.

*del daño causado, más no puede superar ese límite*¹²⁹. Este principio es un supuesto de coherencia, lógico y empírico, pues si la reparación no coincide con el daño, tal ruptura de equilibrio degeneraría en un atentado contra la esencia de la reparación integral, la cual se traduce en restituir el equilibrio o llevar las cosas a su estado anterior.

A partir de la Constitución Política de 1991 y, concretamente, en 1998 con la expedición de la ley 446, se estableció en Colombia desde la perspectiva del derecho de daños y sin importar cuál sea la fuente que lo genera, la obligación de que la reparación del perjuicio sea “integral”, lo que conlleva, para el juez, el deber de abordar el restablecimiento del perjuicio desde una perspectiva íntimamente ligada al estudio y valoración del daño, siempre y cuando este se analice en su completa e íntegra dimensión.

Significa lo anterior que la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha establecido la insuficiencia del criterio indemnizatorio del perjuicio, puesto que el daño proveniente de la vulneración de derechos humanos no puede circunscribirse a un aspecto netamente económico, comoquiera que, la lesión de una garantía de este tipo conlleva la afectación de multiplicidad de facetas de quien lo soporta. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido como el precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de su ocurrencia, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, máxime si se refiere a la lesión de un bien o interés legítimo que se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH), y más aún si se armonizan los preceptos jurídicos nacionales con el contenido de la Convención Americana que, a términos del numeral 1 del artículo 63 establece la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para, una vez establecida la violación de un derecho o libertad de los allí contenidos y desarrollados, ordenar su reparación.

La aplicación efectiva y material del principio de reparación integral en Colombia, ha permitido que se reconozca la insuficiencia del criterio indemnizatorio en relación con el derecho de daños; en consecuencia, la jurisprudencia nacional ha articulado los postulados resarcitorios del orden nacional con los criterios contenidos en la jurisprudencia de tribunales internacionales, concretamente de la

¹²⁹ Sentencia C-917 de 1993

Corte Interamericana de Derechos Humanos, de tal forma que se han abierto camino, entre otras, las medidas de tipo satisfactorio, las garantías de no repetición y, en general, de justicia restaurativa y conmemorativa, todas encaminadas al restablecimiento del núcleo de los derechos que se ven afectados con la producción del daño, en consonancia de lo que se ha entendido como la constitucionalización del derecho de daños, fenómeno impulsado por el neoconstitucionalismo y con la fortaleza actual de los textos constitucionales modernos, en donde el contenido programático es el eje central del poder público, razones por las que adquieren relevancia los principios de dignidad humana, de igualdad y solidaridad.

En este sentido, nótese que el hecho de que el Consejo de Estado haya estructurado una línea jurisprudencial en torno a los lineamientos de la justicia restaurativa en aquellos casos en que el daño tiene su génesis en la violación a los derechos humanos, nada obsta para que en ciertas circunstancias que no supongan la afectación o alteración de las garantías inalienables del ser humano, se reconozcan medidas satisfactorias o garantías de no repetición, puesto que los citados criterios resarcitorios que integran el principio de reparación integral, no deben ser circunscritos única y exclusivamente a los supuestos en los que se vulneren derechos humanos; *a contrario sensu*, será importante que los jueces en cada caso concreto, dependiendo la magnitud del daño, determinen con fundamento en el *arbitrio iuris*, las medidas más idóneas para retrotraer los efectos nocivos del daño antijurídico, en procura de obtener la *restitutio in integrum* del perjuicio, objetivo primordial del derecho de daños.

Entonces, la Corporación ha avalado una hermenéutica garantista, que defiende la protección activa de los derechos humanos, lo que se ha traducido en una prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno. Aún así, es posible señalar, en relación con el principio de reparación integral, que este no sólo comprende los casos de graves violaciones de derechos humanos sino cualquier asunto en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado. En ese orden, en los casos en los que **no esté de por medio** una grave violación a derechos humanos, o la vulneración flagrante de un derecho fundamental –en su dimensión subjetiva u objetiva–, la Sala se encuentra limitada por los principios de congruencia y de *no reformatio in pejus*; por lo tanto, en estos eventos la parte actora podrá solicitar en la demanda cualquier tipo de medida relacionada con: la *restitutio in integrum* del daño; medidas de satisfacción; indemnización plena de

perjuicios; la rehabilitación, y garantías de no repetición, pero no podrán ser decretadas medidas o pretensiones de oficio.

Por el contrario, en los supuestos en que el daño antijurídico tiene su génesis en la grave violación a derechos humanos o el desconocimiento de derechos fundamentales el Juez de lo Contencioso Administrativo podrá decretar todo tipo de medidas encaminadas a la restitución de las garantías mínimas afectadas.

En efecto, en los procesos ordinarios de responsabilidad extracontractual del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha trazado una serie de principios en relación con la aplicación de los principios de congruencia y de no *reformatio in pejus*, que podrían sintetizarse así:

En procesos en los que el daño proviene de **graves** violaciones a derechos humanos o la vulneración grave o significativa de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de *restitutio in integrum* y de reparación integral.

Así las cosas, en este tipo de procesos, siempre que se constate la violación a un derecho humano, sea fundamental o no, **a causa de una grave lesión**, será procedente adoptar todo tipo de medidas de justicia restaurativa para proteger no sólo la dimensión subjetiva sino objetiva del derecho afectado.

En los procesos en los que el daño no provenga de graves lesiones a derechos humanos, es posible que el hecho dañoso lesione o afecte un derecho fundamental –tanto en su órbita subjetiva como objetiva-, razón por la que se podrán adoptar las medidas resarcitorias solicitadas con la demanda o las que de oficio o a petición de parte considere el juez, pero encaminadas a salvaguardar el núcleo esencial del derecho, bien sea en su órbita subjetiva u objetiva.

En consecuencia, se insiste, nada impide que en la demanda se soliciten medidas de justicia restaurativas dirigidas a reparar integralmente el daño, pero ello deberá estar expresamente consignado en el respectivo libelo introductorio, salvo que el daño se derive de graves violaciones a derechos humanos o derechos fundamentales, en cuyo caso el juez administrativo debe velar porque la reparación del daño sea integral dada la magnitud de los hechos.

Entonces, no puede ser indiferente la necesidad de graduar la indemnización del daño inmaterial, pues como se indica en las directrices del reconocido Ex Relator de la ONU, Theo van Boven, “la reparación deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones”¹³⁰; el juez de la reparación no puede ser impasible a esos postulados que vienen delimitados por el derecho internacional de los derechos humanos y que se entronizan en el ordenamiento interno, concretamente a partir de la cláusula contenida en el artículo 93 de la Carta Política.

En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de un derecho fundamental, 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.

Definido el anterior panorama, la Sala acude a la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado –como también al apoyo de los pronunciamientos de la Corte Constitucional–, para concluir que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona –si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos– es posible que se adopten medidas de satisfacción 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, siempre y cuando las mismas sean necesarias para restablecer el núcleo o dimensión objetiva del derecho fundamental que ha sido afectado por una entidad estatal.

Al respecto, en pronunciamiento anterior de la Sección, se precisó¹³¹:

¹³⁰ Señala la directriz No. 7 de la Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, preparada por el Sr. Theo van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías: “De conformidad con el derecho internacional, los Estados tienen el deber de adoptar, cuando la situación lo requiere, medidas especiales a fin de permitir el otorgamiento de una reparación rápida y plenamente eficaz. La reparación deberá lograr soluciones de justicia, eliminando o reparando las consecuencias del perjuicio padecido, así como evitando que se cometan nuevas violaciones a través de la prevención y la disuasión. La reparación deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido, y comprenderá la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.” Tomado de “Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones”, compilación de documentos de la Organización de Naciones Unidas, Comisión Nacional de Juristas, Bogotá, 2007, pág. 307.

¹³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P.

“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 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."¹³²¹³³

Por consiguiente, resulta perfectamente viable, en aplicación del principio de "reparación integral", como se ha visto, que el juez de lo contencioso administrativo adopte medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado, entre las cuales encontramos:

a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, es la forma perfecta de reparación, y que solo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias¹³⁴.

b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial¹³⁵.

c) **Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole**¹³⁶.

d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc¹³⁷.

e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas

¹³² 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...

¹³³ CIDH, caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203.

¹³⁴ Corte interamericana. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia e reparaciones del Caso Bámaca Velásquez, sent. De 22 febrero 2002.

¹³⁵ Corte Interamericana. Caso Aloeboete y otros, sentencia de reparaciones, párr.50.

¹³⁶ Corte Interamericana. Caso Masacre de Pueblo Bello, párr. 273.

¹³⁷ Corte Interamericana. Caso Las Palmeras c/ Colombia, sent. De 6 diciembre 2001, párr. 68.

encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras¹³⁸.

En el caso concreto, se torna necesario adoptar medidas de justicia restaurativa, en la modalidad de la rehabilitación, para reparar de manera integral el daño padecido por la víctima directa; lo anterior, toda vez que el pago de una indemnización por concepto del daño a la salud, está orientada a compensar –de modo paliativo– la afectación a la integridad psicofísica del lesionado, sin que ello constituya un óbice para que, en virtud de la grave afectación al derecho fundamental a la salud, se decreten o adopten una serie de decisiones que busquen el restablecimiento del núcleo esencial de la garantía constitucional afectada.

De allí que, el daño a la salud no sólo pueda ser resarcido a través del pago de una indemnización de conformidad con los parámetros jurisprudenciales trazados a partir del año 2011, sino que, de igual forma, es posible que se garantice la reparación integral del mismo no sólo por medio de la garantía indemnizatoria, sino también en virtud de la rehabilitación a la cual está compelida la administración pública que irroga un daño sobre un derecho de contenido fundamental o cuando se violan de manera grave los derechos humanos.

Del *sub judice* se desprende, tal y como quedó acreditado, que el daño sufrido por el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, aun cuando justificada la intervención armada de la administración pública, se produjo en medio del intento de fuga de algunos presos y la legítima resistencia que opusieran efectivos del INPEC y la Policía Nacional; accionar que a pesar de frustrar el escape, sin duda llegó a favorecer las circunstancias en que se afectó de manera grave el derecho a la salud del demandante –más aún si se tiene en cuenta que la asonada sobrevino sin la responsabilidad de Sanjuán Quintero– de allí que sea preciso determinar medidas de rehabilitación que garanticen la mayor aproximación a la efectiva integralidad de su reparación.

En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la siguiente medida dirigida a garantizar el principio de justicia restaurativa:

¹³⁸ *Ibidem*

Como medida de rehabilitación, se ordenará a la entidad demandada que brinde al señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, toda la asistencia psicológica o psiquiátrica que requiera en aras de superar el síndrome de estrés postraumático que lo aqueja.

De igual forma, se dispondrá que se suministre –mientras que los médicos y/o psicólogos tratantes lo consideren necesario– en cualquier presentación el medicamento denominado “sildenafil o sildenafilo” (compuesto UK-92,480), durante el tiempo que su patología psicológica persista o hasta tanto no se determine que la disfunción eréctil que se desencadenó con ocasión del Síndrome de Estrés Postraumático “SIP” padecido haya sido superado con los tratamientos pertinentes adelantados; por ende, se insiste, el propósito de la medida consiste en garantizar –en cuanto sea posible– el derecho al goce de la sexualidad para el señor Sanjuán Quintero y su pareja, procurando la mayor aproximación a la reparación integral del daño provocado.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 17 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, en su lugar se decide:

1) Declárase patrimonialmente responsable a la Nación, -Ministerio de Defensa, Policía Nacional- e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, por los daños morales y a la salud ocasionados a los demandantes Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, Carmen Lucinda Uribe Alarcón, Rogelio y Surgey Natalia Sanjuán Uribe, Miguel Joaquín Sanjuán Escalante y María Nelly Quintero de Sanjuán.

2) Condénase a la Nación, - Ministerio de Defensa, Policía Nacional - e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, a pagar, por concepto de daños morales, a Álvaro Fernando Sanjuán Quintero **70 SMMLV**, e igual cifra para su esposa, Carmen Lucinda Uribe Alarcón. En cuanto a Rogelio y Surgey Natalia Sanjuán

Uribe, para cada uno la suma de **40 SMMLV**. Finalmente, **40 SMMLV** para Miguel Joaquín Sanjuán Escalante, e igual cifra adicional para María Nelly Quintero de Sanjuán.

3) Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional - e Instituto Nacional Penitenciario, a pagar a Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, por concepto de daños materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de **\$505'191.451**.

4) Condénase a la Nación, - Ministerio de Defensa, Policía Nacional - e Instituto Nacional Penitenciario, a pagar a Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, por concepto del daño a la salud irrogado, la suma de **165 SMMLV**.

5) Como medida de rehabilitación, se ordenará a la entidad demandada que brinde al señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, toda la asistencia psicológica o psiquiátrica que requiera en aras de superar el síndrome de estrés postraumático que lo aqueja.

De igual forma, se dispondrá que se suministre –mientras que los médicos y/o psicólogos tratantes lo consideren necesario– en cualquier presentación el medicamento denominado “sildenafil o sildenafilo” (compuesto UK-92,480), durante el tiempo que su patología psicológica persista o hasta tanto no se determine que la disfunción eréctil que se desencadenó con ocasión del Síndrome de Estrés Postraumático “SIP” padecido haya sido superado con los tratamientos pertinentes adelantados.

6) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
HOZ

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de la Sala

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS DE
RECLUSOS - Cambio de jurisprudencia**

La posición de la Sala, en mi criterio, sólo puede considerarse como un “obiter dicta” aislado, ya que la Sub-sección C ha procurado, en su jurisprudencia, dar continuidad al precedente de la Sala de Sección Tercera en materia de responsabilidad por muerte y lesiones de reclusos. (...) está claro que la Sala en la presente providencia plantea una posición aislada, que no puede distorsionar, o llevar a equívocos respecto a la decantada construcción que existe en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por muerte o lesiones de reclusos, y de la procedencia o no de la causal eximente del hecho exclusivo del tercero. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de la Corte Constitucional, T-881 de 2002. Consultar sentencias de: 21 de febrero de 2011, exp. 19725; 26 de mayo de 2010, exp. 1880; 9 de junio de 2010, exp. 19849 y de 27 de noviembre de 2002, exp. 13760.

**DEMOSTRACION DEL DAÑO ANTIJURIDICO Y LA PRUEBA DEL DAÑO
ESPECIAL - No deben confundirse / DAÑO ANTIJURIDICO - Noción.
Definición. Concepto / DAÑO ESPECIAL - Noción. Definición. Concepto**

En mi criterio la sentencia confunde la demostración del daño antijurídico con la prueba del daño especial como criterio de motivación dentro del juicio de imputación. Es preciso aclarar: el daño antijurídico es considerado como la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno. (...) En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”. (...) Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro,

determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida. (...) el daño especial, como régimen de responsabilidad ha sido elaborado a partir de la concepción de igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados; esto implica considerar i) que las cargas ordinarias o normales que se aplican sobre todos los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al Estado, pero ii) los sacrificios particulares a que se vea abocado un ciudadano a consecuencia de un acción lícita del Estado corresponde a una situación anormal que amerita ser compensada; así las cosas, aquí se prescinde por completo de la noción de actividad riesgosa. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre daño antijurídico, consultar sentencias de: 9 de febrero de 1995, exp. 9550; 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG y de 14 de septiembre de 2000, exp. 12166.

DELIMITACION DE LA FALLA EN EL SERVICIO - Con base en la ley 65 de 1993

La Sala lejos de encuadrar el caso concreto en el daño especial, debía haber realizado el juicio de imputación (con base en sus propios argumentos), estudiando si se produjo la falla en el servicio fundada en el incumplimiento de deberes normativos (imputación objetiva). Específicamente, la Sala, en mi criterio, debió examinar cómo en la ley 65 de 1993 el parágrafo 1º del artículo 31 determina el deber positivo de vigilancia interna y externa del centro carcelario o penitenciario; el artículo 32 establece el deber positivo de la conducción de operaciones; el artículo 34 consagra el deber positivo de contar con mínimos medios materiales en todo centro carcelario o penitenciario, entre otros. Por lo tanto, no podía la Sala analizar en abstracto la consideración del daño especial como criterio de motivación de la imputación para el caso en concreto, si se manifiesta en su argumentación una orientación más a la materialización de una falla en el servicio.

FUENTE FORMAL: LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 31 / LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 34

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento / PERJUICIOS MORALES - Acreditación

En los eventos en los que la afectación a las personas es por la muerte y las lesiones accidentalmente producidas, como que se desprende de los hechos ocurridos el 31 de julio de 1994, no puede reducirse su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes. La premisa, inicial, para fundamentar esto se radica en 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 en este tipo de eventos se produce entre la esfera moral de cada individuo. 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 Humanos. Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los

perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, 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 familia como espacio básico de toda sociedad (el segundo 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 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 fundamental.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 63.1 / LEY 446 DE 1996 - ARTICULO 16

PERJUICIOS MORALES - Parientes cercanos. Presunción de dolor / PERJUICIOS MORALES - Aplicación reglas de la experiencia

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 reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar 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 familia como espacio básico de toda sociedad. Y se afirma que se trate de parientes cercanos, 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 Política.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 41

TASACION DE LOS PERJUICIOS MORALES - Motivación

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. (...) no cabe la menor duda que la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 ha venido siendo deformada, de tal manera que en la actualidad sólo interesa citar aquellos apartes en los que el sustento del 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. (...) la

motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”. (...) la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a los bienes muebles o inmuebles que resulten afectados; 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodología para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el “quantum” indemnizatorio.

PERJUICIOS MORALES - Criterios para su tasación

El juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles). Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes, sino que debe considerarse las circunstancias de cada caso en concreto, las singularidades de los sujetos, de los grupos familiares y la aplicación de los anteriores criterios. Sin embargo, una vez definidos los criterios o referentes objetivos (como lo señala la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 23492), cabe determinar el “quantum” indemnizatorio, para lo que cada juez en el ejercicio de su razonado arbitrio puede emplear el método, o metodología, que permita una ponderada dosificación, siendo para este caso procedente la aplicación de la metodología del “test de proporcionalidad”, como expresión de la debida continuidad de las sentencias de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 y de 23 de agosto de 2012.

PERJUICIOS MORALES - Aplicación del test de proporcionalidad

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

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

DAÑO A LA SALUD - Obligación de motivar su tasación

El daño a la salud, concretado en el perjuicio fisiológico reclamado a favor de los lesionados, debía ser reconocido por la Sala en el caso concreto, siempre que se encontrara demostrado el daño corporal y el déficit funcional padecido derivado de las lesiones que sufrieron como consecuencia de los hechos ocurridos el 31 de julio de 1994. Sin embargo esto no se corroboró, constató, ni se valoró adecuadamente por la Sala, ya luego de citar la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, en la sentencia sólo se procede a liquidarlo sin determinar probatoriamente el reconocimiento y tasación del perjuicio fisiológico reclamado, y encuadrado como daño a la salud. Por lo anterior, y en mi criterio, al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, que su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial. En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente, aunque con alcance colectivo, como el de la "salud" (Artículo 49 C.P.), y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la "correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla". En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 49

DAÑO A LA SALUD - Tasación. Tope

Para la tasación y reconocimiento del daño a la salud, la Sala en proveído reciente, puntualizó que "sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma: "1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos

mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme. “2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud.

TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Criterios

La Sala debía haber considerado que una tasación adecuada de los perjuicios fisiológicos reclamados a favor de los lesionados debía tener en cuenta los siguientes criterios: a) el alcance del daño corporal; b) su desdoblamiento en el déficit corporal que a partir de las lesiones sufridas condiciona sus vidas; c) la edad en la que se produjo. Porque el simple hecho de establecer la tasación y la liquidación con base sólo en el criterio estático, esto es la incapacidad, sin valorar el criterio dinámico del perjuicio lleva a aplicar una regla de tres que no tiene motivación o justificación suficiente, lo que puede representar un exceso en el ejercicio del arbitrio judicial y una potencial afectación a los derechos de cualquiera de los extremos de la litis.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 07001-23-31-000-2000-00118-01(26621)

Actor: MIGUEL JOAQUIN SANJUAN ESCALANTE

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC

Referencia: ACLARACION DE VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

1 Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala de Sub-sección C en la sentencia de 23 de abril de 2013, me permito aclarar el voto en cuanto a las

siguientes cuestiones: 1) se cambia la jurisprudencia respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de reclusos; 2) no se distingue claramente entre daño antijurídico y daño especial, y no explica en qué consistió la ruptura de la igualdad de las cargas públicas para el caso en concreto; 3) no se delimitó normativamente la falla en el servicio con base en la ley 65 de 1993; 4) falta de motivación y justificación en la tasación y liquidación de los perjuicios morales para el caso en concreto; y, 5) alcance del daño a la salud, y falta de motivación y justificación al emplear la regla de tres sin argumento alguno.

1.- Se cambia la jurisprudencia respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de reclusos.

2 La Sala en la sentencia consideró:

“(…) Si se omitiera el hecho de que los internos se encuentran bajo la especial protección y cuidado del Estado, no sería descabellado consentir con La (sic) Previsora, que se trató del hecho exclusivo de un tercero, argumentando que fue con ocasión del intento de fuga de tres reclusos que se propiciaron las circunstancias en que salió lesionado psicológicamente el Asesor Jurídico de la Cárcel de Arauca. Claro, sin la especial sujeción de los actos de los privados de la libertad a la potestad punitiva de la Administración, no existiría responsabilidad de la entidad demandada pues –en virtud de su deber de oponer resistencia armada al violento ataque de los evasores-, más allá de intentar conjurar al mínimo el riesgo de las potenciales víctimas –expuestas al fuego cruzado-, ninguna responsabilidad le asistiría por la conducta por la conducta de los reos” (subrayado fuera de texto).

3 La posición de la Sala, en mi criterio, sólo puede considerarse como un “obiter dicta” aislado, ya que la Sub-sección C ha procurado, en su jurisprudencia, dar continuidad al precedente de la Sala de Sección Tercera en materia de responsabilidad por muerte y lesiones de reclusos. En efecto, en la sentencia de la Sub-sección C de 21 de febrero de 2011 (expediente 19725) se argumentó:

“Para la Sala, es perentorio reafirmar el precedente según el cual la obligación del Estado derivado de la relación de especial sujeción, no se agota en la vigilancia y control, sino que se proyecta hacia la necesidad de preservar la vida e integridad personal de los reclusos, cuya protección no queda limitada, restringida o suprimida por la condición en la que se encuentran. Así mismo, dicha obligación se expresa en la obligación del Estado de devolver a los ciudadanos en condiciones similares a aquellas que presentaba antes y durante el proceso de reclusión, so pena de tener que responder patrimonialmente por los perjuicios que haya sufrido el recluso durante el tiempo de reclusión y/o detención, o internamiento carcelario.

Y no puede la demandada argumentar que la demostración del buen servicio y vigilancia adecuada es casi imposible, porque sería tanto como prodigar el desorden, el caos y la primacía del delito al interior de los centros penitenciarios y carcelarios, con el agravante de permitir que los derechos a la vida e integridad personal de los reclusos quede en suspenso, o

prácticamente se supriman y opere la sistemática violación de los mismos, afectando los compromisos internacionales del Estado que por vía del artículo 93 de la Carta Política, le exigen el respeto de la dignidad, vida e integridad personal de todos aquellos que se encuentren recluidos en este tipo de centros.

(...)

Afirmar, como pretende la demandada, que se trató de un hecho imprevisto y tremendamente incontrolable, sólo revela la ineficiencia y la ineficacia de la actividad de la administración pública, lo que es reprochable invocar como argumento para eximirla de responsabilidad, ya que las potestades que le otorga la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) deberían, y deben, ser suficientes para controlar el acceso de armas o elementos para perpetrar ilícitos a su interior, controlar las actividades de los reclusos y prevenir la ocurrencia de situaciones, que como los motines no son circunstancias que diluyan o adelgacen las obligaciones de la demandada de custodia y vigilancia”.

4 A dichos presupuestos, que se enriquecieron, se les dio continuidad en la sentencia de la Sub-sección C de 24 de marzo de 2011 (expediente 22269),

“(...)En relación con las personas que se encuentran privadas de la libertad, quienes deben soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales o de terceros respecto de quienes puedan ser víctimas al interior del establecimiento carcelario, el Estado debe garantizar por completo la seguridad de los internos y asumir todos los riesgos que lleguen a presentarse.

En virtud de dicha circunstancia, esta Sección ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados a las personas privadas de la libertad, en centros carcelarios, es objetivo, teniendo en cuenta las condiciones especiales en las cuales se encuentran y con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política. Así pues, ha puesto de presente que en estos casos, entre las personas presas o detenidas y el Estado existen “relaciones especiales de sujeción”¹³⁹, teniendo en cuenta su sometimiento a un régimen jurídico especial, pero correlativamente, al limitar el ejercicio de ciertos derechos, surgen otros de carácter especial que deben ser garantizados por la autoridad competente.

(...)

Así pues, cuando se encuentre acreditado un daño antijurídico causado por la muerte del recluso y/o detenido, debe concluirse que el mismo resulta imputable al Estado, bajo un régimen objetivo de responsabilidad.

(...)

En consecuencia, desde el punto de vista jurídico del deber de la Autoridad Carcelaria, la tarea protectora tiene como objeto mantener al recluso en las mismas condiciones que presentaba al momento de la privación de la libertad, por cuanto el deber de esa protección se amplía a la custodia y vigilancia constante de los internos¹⁴⁰, teniendo en cuenta la especial relación de sujeción que existe entre el Estado y el recluso o detenido (...)

¹³⁹ Sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 18800. M.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 9 de junio de 2010, expediente: 19849. M.P. Enrique Gil Botero. Ver sentencia de la Corte Constitucional T-881 de 2002.

¹⁴⁰ Sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente: 13760. M.P. María

Lo anterior permite concluir que la realización de una conducta criminal dentro de un centro carcelario, quebranta por omisión el deber de vigilancia impuesta al Estado, por cuanto la muerte producida fue consecuencia de una persona que se encontraba sometida a la vigilancia estatal; como también quebranta por omisión esos deberes legales, porque un recluso portaba un arma de fabricación carcelaria y agredió con ella a un interno, que igualmente se encontraba bajo la custodia del establecimiento penitenciario, sin perder de vista que el hecho de la agresión ocurrió en horas de visitas

(...)

En los eventos de la muerte de reclusos, existe la posibilidad de presentarse alguna causal eximente de responsabilidad, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero. Teniendo en cuenta que la muerte del señor Reina se produjo por el accionar de otros reclusos del penal, no es dable considerar la existencia de la causal eximente del hecho de un tercero, para así limitar la responsabilidad de la administración, en atención a la consideración de la posición de garante del INPEC, de la relación de especial de sujeción entre la autoridad y el detenido o recluso, respecto de la cual el Estado es el llamado a respetar y garantizar la vida e integridad personal del interno ante acciones tanto de otros reclusos, como de los directivos, funcionarios o personal de la guardia de la cárcel, máxime si los hechos desafortunados se presentaron dentro del centro carcelario, incumpliendo así el Estado con la obligación de proteger la vida e integridad de las personas, tal como lo dispone el artículo 2° de la Carta Política, y la ley 65 de 1993.

Por lo tanto, no es de recibo el argumento del Tribunal en considerar que la riña ocurrió cuando se llevaba a cabo el horario de visita familiar y que por lo mismo, esta situación complicaba la permanente vigilancia de los reclusos, por cuanto este argumento de manera manifiesta demuestra la ineficiencia de los controles que debe cumplir el INPEC, máxime si tales obligaciones están contempladas en la ley que los regula y que ordena el cumplimiento de sus fines.

Para la Sala es importante resaltar que el Estado cuando ejerce la función de administrar el régimen carcelario y penitenciario está llamado a cumplir, respecto al recluso, la obligación de salvaguardia de los derechos fundamentales constitucionales que sigue ostentando toda persona, respecto a la agresión o afectación que pueda producirse por otro recluso, o por el personal de guardia y seguridad del centro carcelario, e incluso en circunstancias excepcionales, como riñas o motines, el director del centro carcelario tiene la posibilidad de solicitar el refuerzo de la vigilancia del centro de reclusión, lo que no fue atendido, así como está en la obligación de llevar a cabo una requisa razonable para evitar que al interior del centro carcelario existan y utilicen armas de cualquier tipo, cuya expresa prohibición está legamente consagrada en la ley 65 de 1993.

Además, es inaudito que como consecuencia del incumplimiento de las expresas obligaciones legales de vigilancia y custodia, el Estado tenga que pagar este tipo de indemnizaciones, lo que representa también la falta de compromiso de la administración pública para con la política de Estado en materia carcelaria y penitenciaria, que en ningún caso puede ser objeto de medidas correctivas por vía judicial, como se impone al tener que decidir este tipo de casos”.

5 A lo anterior, cabe agregar lo argumentado por la Sala de Sub-sección C en la sentencia de 8 de agosto de 2012 (expediente 23691):

“(…)Sea lo primero decir, que los establecimientos carcelarios están instituidos no sólo como una localidad en la cual se ejecutan las medidas privativas de la libertad o se controlan las medidas de aseguramiento, sino que su funcionamiento conlleva finalidades que exceden estos propósitos, así, el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un valor humano y solidario¹⁴¹, labor que el INPEC se encuentra obligada a desarrollar bajo los límites del respeto por la dignidad humana del interno y la garantía de sus derechos constitucionales y humanos universalmente reconocidos¹⁴²”.

6 Como puede observarse de la lectura de la anterior jurisprudencia, está claro que la Sala en la presente providencia plantea una posición aislada, que no puede distorsionar, o llevar a equívocos respecto a la decantada construcción que existe en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por muerte o lesiones de reclusos, y de la procedencia o no de la causal eximente del hecho exclusivo del tercero.

7 Despejada la primera de las cuestiones, abordo ahora la confusión, en la que incurre la Sala, entre los presupuestos del daño antijurídico y del daño especial.

2.- No se distingue claramente entre daño antijurídico y daño especial, y no explica en qué consistió la ruptura de la igualdad de las cargas públicas para el caso en concreto.

8 En mi criterio la sentencia confunde la demostración del daño antijurídico con la prueba del daño especial como criterio de motivación dentro del juicio de imputación. Es preciso aclarar: el daño antijurídico es considerado como la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

¹⁴¹ Artículo 10 Ley 65 de 1993.

¹⁴² Artículo 5° de la Ley 65 de 1993.

9 De acuerdo con la Sala en la presente sentencia:

“(…) En el presente caso, el análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a todas luces tiene la característica de ser anormal y excepcional, es decir, un daño antijurídico que el grupo de demandantes no tenía la obligación de soportar, en cuanto se le impuso una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de la labor estratégica de mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza de policía” (subrayado fuera de texto).

10 La confusión, en la que incurre la Sala, entre daño antijurídico y daño especial exige precisar:

10.1 El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁴³ y del Estado impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹⁴⁴; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹⁴⁵; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii)

¹⁴³ “(…) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

¹⁴⁴ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁴⁵ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

porque sea "irrazonable"¹⁴⁶, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁴⁷.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"¹⁴⁸. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"¹⁴⁹.

¹⁴⁶ "(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)"., ob., cit., p.186.

¹⁴⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción", en BREWER CARIAS, Allan; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

¹⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal - bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales "debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

¹⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: "El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"¹⁵⁰.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos" ¹⁵¹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁵², anormal¹⁵³ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁵⁴.

10.2 En tanto que, el daño especial, como régimen de responsabilidad ha sido elaborado a partir de la concepción de igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados; esto implica considerar *i)* que las cargas ordinarias o normales que se aplican sobre todos los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al Estado,

límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que "no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

¹⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que "la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos", definiéndose como "violación de una norma especial o de la más genérica *alterum non laedere*". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

¹⁵¹ Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

¹⁵² Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁵³ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹⁵⁴ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

pero *ii*) los sacrificios particulares a que se vea abocado un ciudadano a consecuencia de un acción lícita del Estado corresponde a una situación anormal que amerita ser compensada; así las cosas, aquí se prescinde por completo de la noción de actividad riesgosa.

Sobre los elementos que se deben reunir para para la configuración del daño especial la doctrina ha sostenido:

“(…) la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida social.

[…]

La especialidad es una condición inherente a la responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas: esta no puede en efecto considerarse como realizada sino cuando un ciudadano administrado puede prevalerse de un tratamiento especialmente desfavorable que le haya impuesto sacrificios particulares”¹⁵⁵.

En tanto que el daño especial es una doctrina, fundamento o criterio de fundamentación de la imputación de la responsabilidad que fue introducida por la jurisprudencia del Consejo de Estado de 1947. En la sentencia de 17 de noviembre de 1967 la Sección Tercera sostuvo, que lo “de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado”. En tanto que en la sentencia de 28 de octubre de 1976 esta Corporación argumentó,

“Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad, que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado

(…)

Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general en la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivo de principios generales de derecho público interno, suficiente para configurar la responsabilidad. El Estado ha cumplido, pero la Nación, tributario de aquél y destinataria de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido por uno de los administrados y, por equidad, debe ocurrir a compensar el daño causado”.

¹⁵⁵ PAILLET, Michel. La Responsabilidad Administrativa. [Traducción: Jesús María Carrillo] 1º Edición, 2001, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 219-221.

Se estructura el daño especial como fundamento de atribución de la responsabilidad en,

“(…) la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, aplicación del principio más general de las personas ante la ley.

(…)

La solución de principio exige, para que un daño sea reparado, que presente dos caracteres distintos y acumulativos: el perjuicio debe ser anormal y especial.

(…)

La anormalidad del perjuicio indemnizable corresponde a la idea simple de que la vida social implica inconvenientes y que si sólo estos inconvenientes traspasan cierto ‘umbral’, cierto nivel, dan derecho a reparación

(…)

Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente, **porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad**¹⁵⁶.

Así mismo, se sostiene que se caracteriza porque la,

“(…) tendencia a responsabilizar los entes administrativos, en virtud del comúnmente denominado “daño especial”, presenta, entre otras características las de prescindir de toda noción de culpa o de conducta ilícita del agente, de igual manera, se fundamenta primordialmente en la incidencia del daño que objetivamente ha soportado el particular de manera individual o personal, dado que sus congéneres, o, por lo menos, un grueso número de ellos ha padecido igual deterioro en sus bienes que integran el patrimonio; y, el proceder o conducta de la administración, como ha quedado vislumbrado, es a todas luces lícito y hasta loable”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Sección Tercera, sentencia de 1 de agosto de 1991, expediente 6277. En la sentencia de 30 de noviembre de 1989 la Corporación planteó: “El sólo hecho de permitir el tránsito de vehículos automotores y personas por sitios potencialmente peligrosos, no constituye una falla administrativa generadora de responsabilidad, mas (sic) si esta tolerancia se realiza en sitios realmente peligrosos, si existe responsabilidad estatal, porque el Estado no puede en ningún caso permitir que los asociados se sometan con plena seguridad al peligro”. Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 1989, expediente 5424. Puede verse también, Sección Tercera, sentencias de 24 de octubre de 1991, expediente 6472; de 31 de mayo de 1990, expediente 5824. El daño especial se caracteriza porque se presenta “en aquellas en las que la administración en desarrollo de una actividad legítima afecta a los derechos de una persona por el rompimiento de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas”. Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, expediente 6828. En la doctrina se sostiene que se “está en presencia de una medida no culposa, pero excepcional que ocasiona a un particular en el interés general, un perjuicio anormal. El fundamento de la responsabilidad reside en el atentado a la igualdad de todos ante las cargas públicas... la ruptura de esta igualdad no es generadora de responsabilidad sino en la medida en que resulte de una falta, o de la realización de un riesgo”. RIVERO, Jean. *Derecho administrativo.*, ob., cit., pp.310 y 311.

¹⁵⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 1991, expediente 6334. En la sentencia de 20 de febrero de 1989 se sostuvo: “La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquier persona, el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la

A las anteriores características, la jurisprudencia agrega,

“El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas¹⁵⁸, se acentúa de manera especial con el art. 13 de nuestra nueva Constitución, cuando prescribe que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

(...)

A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados (sic);
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración”¹⁵⁹.

En la sentencia de 3 de mayo de 2007 se consideró,

igualdad de las personas ante la ley”. Así mismo, en la sentencia de 5 de julio de 1991 se argumentó: “Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal aun (sic) administrado, un daño que excede el sacrificio común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal”.

¹⁵⁸ El “principio de igualdad ante las cargas públicas, nacido como concreta manifestación del principio de igualdad en el ámbito tributario, incorpora esencialmente la idea de beneficio cuando es manejado en el ámbito de la responsabilidad de la Administración: en su virtud, los daños que el funcionamiento de los servicios públicos, la actividad administrativa, pueda ocasionar, deben ser siempre -tanto cuando haya culpa o antijuridicidad como cuando no- asumidos por la colectividad (a través de la Administración y la institución de la responsabilidad administrativa) porque son producto de una actividad (la desarrollada por la Administración) que a todos (a toda la colectividad) beneficia... La asunción de la indemnización del daño por parte de la colectividad, por parte de la Administración, es vista, así, como mecanismo restablecedor de la igualdad rota y como compensación del sacrificio -en aras de la colectividad- de la víctima... La aplicación y desarrollo de dicho principio en el ámbito de la responsabilidad administrativa se debe en gran medida a DUGUIT, que basó en él y en un conexo principio de solidaridad nacional para con las víctimas de las acción pública su defensa... de la responsabilidad objetiva global de la Administración”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., pp.190 y 191.

¹⁵⁹ Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, expediente 6453.

“El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal. Lo dicho no debe entenderse como un reducto de arbitrariedad del juez, fruto exclusivo de su personal idea de justicia. Por el contrario, este tipo de razonamiento es el que se exige de todo y cada uno de los operadores jurídicos, quienes al momento de aplicar la ley deben aplicar la ley deben permear su interpretación con los principios constitucionales vigentes dentro del sistema jurídico, sobre todo a partir de la entrada en rigor de la nueva Constitución, norma que incorpora los valores y principios como un elemento axial dentro de su estructura, algo que debe reflejarse en la concepción del derecho que tengan los operadores jurídicos que funcionan dentro del sistema. Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que de sentido al Estado Social de Derecho. Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata del uso de la discrecionalidad que permite –e incluso, en algunos casos exige- el ordenamiento para eventos en que la vía excepcional es la que cumple con el valor de justicia material que se busca”¹⁶⁰ (subrayado fuera de texto).

En diferentes supuestos de hecho la Sala de Sección Tercera ha aplicado como fundamento de la responsabilidad el daño especial.

10.2.1 Daño especial como fundamento de imputación en caso de daños antijurídicos ocasionados como consecuencia de una obra pública.

“Se puso en evidencia que la obra del puente de la 53 con la carrera 30 produjo un daño de carácter excepcional a los dueños del mueble aledaño a dicha obra... Daño o perjuicio que no surge de una falta del servicio (la actividad de la entidad demandada fue legítima) sino el hecho de habersele impuesto a los demandantes una carga especial en beneficio de la comunidad. Carga que rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (forma del principio general de la igualdad ante la ley)”¹⁶¹.

“De las pruebas aportadas al proceso se deduce que el inmueble ubicado... de Cartagena sufrió unos perjuicios por la construcción de un puente sobre el caño Zapatero. Estos perjuicios se pueden resumir así: la única forma de acceso es peatonal, presenta agrietamientos y frente a él quedaron ubicados los postes de energía que bloquean la entrada al mismo; circunstancias éstas

¹⁶⁰ Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2007, expediente 16696.

¹⁶¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 1991, expediente 6334.

que desvalorizaron el bien. No cabe duda que el caso que ocupa la atención de la Sala merece ser gobernado con fundamento en el régimen del daño especial, pues, la lesión se originó en una actividad lícita de la administración esto es la construcción de una obra pública, puente vehicular, realizada en beneficio de la comunidad, con la cual se causaron perjuicios a los demandantes”¹⁶².

10.2.2 Daño especial como fundamento de imputación en caso de daños antijurídicos ocasionados como consecuencia de enfrentamientos armados o ataques de grupos armados insurgentes.

“Frente a un caso juzgado por esta Sala, en donde las fuerzas del orden actuaron activamente para contrarrestar la acción bélica contra el mismo grupo subversivo M - 19, según hechos ocurridos en Cali los días 1, 2, 3 y 4 de diciembre de 1985, resultaron muertos y heridos varios habitantes del barrio “Siloé”¹⁶³... “Ciertamente ese operativo militar antiguerrillero cumplido en Cali los días 30 de noviembre y 1 de diciembre del año 1985 fue una acción legítima de las fuerzas armadas, porque ese reducto guerrillero implicaba peligro y amenaza permanente sobre la ciudad, sus habitantes y autoridades. Actuación que se cumplió en beneficio de toda la comunidad y en función de proteger sus intereses. Pero esa operación bélica puso a las familias domiciliadas en este sector en situación de que da respuestas aun (sic) riesgo de naturaleza excepcional, que excedió las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos como contrapartida por la protección y amparo que les brindan los organismos del Estado.... Debe concluirse por consiguiente que se configuraron los supuestos de la responsabilidad sin falta del Estado y que los actores tienen derecho a indemnización, porque se rompió la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, la equidad que debe reinar para todos los ciudadanos ante los sacrificios que implica para los administrados la existencia del Estado y las actuaciones legítimas de sus fuerzas armadas”¹⁶⁴.

“(...) no cabe duda alguna que el grupo guerrillero M - 19 irrumpió injustamente en ataque bélico contra el cuartel de la policía de la población de Herrera Departamento del Tolima, el 1 de julio de 1985 desde tempranas horas de la madrugada, efectuando desmanes de todo género en contra de la vida, la integridad personal y bienes pertenecientes no solamente a la institución policía allí localizada, sino además contra múltiples de los ciudadanos allí radicados”¹⁶⁵.

(...)

No puede perderse de vista que de no hacerse responsable a la Nación Colombiana... aplicando el principio de responsabilidad por daño especial, ora

¹⁶² Sección Tercera, sentencia de 13 de diciembre de 2005, expediente 24671. Puede verse Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, expediente 16980.

¹⁶³ Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 1991, expediente 6014.

¹⁶⁴ Sección Tercera, sentencia de 24 de abril de 1991, expediente 6110.

¹⁶⁵ En otro caso la Sala de Sección Tercera consideró: “Para la Sala está suficientemente claro que el occiso, fue ajeno a los hechos que generaron la actuación armada de los militares que segaron la vida al pretender imponer el orden y reaccionar contra quienes los agredían, no había razón entonces, para que Ramírez Izaquita tuviera que asumir la carga pública impuesta con el comportamiento armado de la tropa, que en su caso concreto superó la capacidad de sacrificio que como ciudadano le correspondía”. Sección Tercera, sentencia de 14 de diciembre de 1993, expediente 8844. En otra ocasión

siguiendo las enseñanzas de quienes abogan por la responsabilidad originada en el desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas (o desigualdad de los ciudadanos ante la Ley), o, por último, como lo entiende esta Sala, según la teoría de la "lesión" al patrimonio del administrado, se desconocería la noción de equidad"¹⁶⁶.

"(...) frente a circunstancias que muestran que la administración, en ejercicio de una actividad legítima, como es la de hacerle frente a la subversión, causa daños a terceros inocentes¹⁶⁷. Esta realidad exige que se indemnice a los perjudicados los daños causados. No hacerlo implicaría declarar a la víctima responsable, pues como los recuerda George Vede, "... el responsable es el que soporta la carga definitiva del daño" (Derecho Administrativo, Aguilar, pág.279). Por lo demás, la antijuridicidad del perjuicio se vivencia, en el caso en comento, pues en ningún precepto constitucional o legal consagra que en casos de enfrentamiento de la fuerza pública con las fuerzas de la subversión, las víctimas tengan que soportar el perjuicio causado"¹⁶⁸.

"La Fuerza Pública para hacerle frente a una situación de perturbación del orden público, y con miras a rescatar a los ciudadanos retenidos, causó un daño, el cual debe ser indemnizado, no obstante que el proceder de la administración fue lícito... Se encuentra, pues, el sentenciador frente a una acción no culposa, pero excepcional, que ocasionó a un particular, en el interés general de la comunidad un perjuicio moral... el fundamento de la responsabilidad nace del atentado a la igualdad de todos ante las cargas públicas"¹⁶⁹.

10.2.3 Daño especial como fundamento de imputación en caso de daños antijurídicos ocasionados como consecuencia la situación y actividades a las que se someten a los conscriptos.

"La interpretación racional de los hechos, enseña que en desarrollo de la instrucción militar a que están obligados los ciudadanos de defensa y para el mantenimiento de las instituciones patrias, precisamente por el riesgo extraordinario a que están sometidas las personas y vinculadas a ese servicio entre otros por la manipulación de equipos y armas de suyo peligrosas, se produjo la muerte del conscripto... La posibilidad de perder la vida de una manera tan absurda no estaba ni es contemplada en las provisiones normales del servicio militar obligatorio, pues no obedeció a circunstancias propias de esa actividad como serían los enfrentamientos o combates con la subversión o la delincuencia común"¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 1991, expediente 6014.

¹⁶⁷ En otro caso se dijo: "La menor sufrió un daño antijurídico que no tenía porqué soportar, en un enfrentamiento entre fuerzas del orden y subversivos y si bien es cierto aquellas actuaron en cumplimiento de su deber legal, la menor debe ser resarcida de los perjuicios sufridos por esa carga excepcional que debió soportar". Sección Tercera, sentencia de 7 de abril de 1994, expediente 9261.

¹⁶⁸ Sección Tercera, sentencia de 9 de abril de 1992, expediente 6805. Puede verse también Sección Tercera, sentencia de 2 de octubre de 2008. Radicación. 520012331000200400605 AG.

¹⁶⁹ Sección Tercera, sentencia de 20 de marzo de 1992, expediente 6097.

¹⁷⁰ Sección Tercera, sentencia de 20 de agosto de 1992, expediente 7156. Puede verse Sección Tercera, sentencias de 28 de abril de 2005, expediente 15445; de 1 de marzo de 2006, expediente 13887; de 14 de septiembre de 2011, expediente 38222.

10.2.4 Daño especial como fundamento de imputación en caso de daños antijurídicos ocasionados como consecuencia de actos administrativos legales y decisiones administrativas.

“Para la Sala es incuestionable que el perjuicio que eventualmente se le haya generado al demandante tuvo origen en una actividad lícita de la administración, cual fue la expedición del Plan de Ordenamiento Territorial por parte del Concejo Municipal de Pasto... lo que significa que el eventual daño tuvo como consecuencia directa una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores, pero que, pese a esa legitimidad, el demandante habría soportado una carga excepcional o un sacrificio mayor que rompió la igualdad frente a las cargas públicas”¹⁷¹.

“Sobre la responsabilidad de la administración pública por actos administrativos legales, recientemente la Sala Subrayó que cuando la acción se interpone con ocasión del rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, como sucede cuando un inmueble es declarado patrimonio arquitectónico, lo cual comporta no poder disponer del mismo libremente, habida consideración que tiene la obligación de conservar su estructura en beneficio de la comunidad, la acción de reparación resulta procedente”¹⁷².

11 Los anteriores argumentos exigen, en mi criterio, que la Sala supere la persistente confusión que existe entre los presupuestos en los que se sustenta el daño antijurídico, y aquello del criterio de motivación de la imputación del daño especial, so pena de crear una construcción ambigua que lleve a equívocos.

12 Es momento de abordar la cuestión relativa a la delimitación normativa de la falla en el servicio, para el caso en concreto, con base en la ley 65 de 1993.

3) No se delimitó normativamente la falla en el servicio con base en la ley 65 de 1993.

13 La Sala en la providencia consideró:

“(…) En consecuencia, el devenir de los hechos sirve como fundamento de aplicación de la teoría del daño especial, en esta ocasión no por cuanto el ataque estuviera dirigido contra la Administración (sic), sino en virtud de la responsabilidad asignada por la Constitución —que aún sin ser el propósito de la Institución, contaba con recursos insuficientes de armamento y dragoneantes efectivos-, de garantizar la seguridad y salvaguardia de los ciudadanos y por la ley, cuando se trata de garantizar la seguridad de los privados de la libertad” (subrayado fuera de texto).

14 Sin duda alguna, la Sala lejos de encuadrar el caso concreto en el daño especial, debía haber realizado el juicio de imputación (con base en sus propios

¹⁷¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 2004, expediente 24027. Puede verse Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006, expediente 21051.

¹⁷² Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, expediente 16421.

argumentos), estudiando si se produjo la falla en el servicio fundada en el incumplimiento de deberes normativos (imputación objetiva). Específicamente, la Sala, en mi criterio, debió examinar cómo en la ley 65 de 1993 el párrafo 1º del artículo 31 determina el deber positivo de vigilancia interna y externa del centro carcelario o penitenciario; el artículo 32 establece el deber positivo de la conducción de operaciones; el artículo 34 consagra el deber positivo de contar con mínimos medios materiales en todo centro carcelario o penitenciario, entre otros. Por lo tanto, no podía la Sala analizar en abstracto la consideración del daño especial como criterio de motivación de la imputación para el caso en concreto, si se manifiesta en su argumentación una orientación más a la materialización de una falla en el servicio.

15 Luego de analizado lo anterior, la cuestión a seguir tiene que ver con la falta de motivación y justificación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales en el caso en concreto.

4.- Falta de motivación y justificación en la tasación y liquidación de los perjuicios morales para el caso en concreto.

16 La Sala dedica cerca de treinta y seis (36) a páginas a formular su discrepancia doctrinal con el suscrito acerca de la necesidad de motivar y justificar la tasación y liquidación de los perjuicios morales con base en la metodología del “test de proporcionalidad”, sin que al abordar el caso en concreto cumpla con la jurisprudencia que de la Corte Constitucional que se cita, llegando a las siguientes conclusiones que son contrarias al debido proceso, a las exigencias que en la actualidad operan y, contradictorias con toda crítica centrada en cuestionar la necesaria determinación de criterios objetivos:

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

Lo anterior con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración

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

17 Con mi reiterado respeto, debo reiterar la posición que en mi criterio se ajusta a los mandatos constitucionales, convencionales y legales para la tasación y

liquidación de los perjuicios morales, que han sido objeto de pronunciamiento en múltiples sentencias de la Sub-sección C de la Sección Tercera. La exigencia constitucional de motivación y de justificación, se entiende expresada en tres momentos: el reconocimiento, la tasación y la liquidación de los perjuicios morales.

4.1.- Reconocimiento de los perjuicios morales.

18 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁷³ 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”.

19 Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas es por la muerte y las lesiones accidentalmente producidas, como que se desprende de los hechos ocurridos el 31 de julio de 1994, no puede reducirse su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

20 La premisa, inicial, para fundamentar esto se radica en 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 en este tipo de eventos se produce entre la esfera moral de cada individuo.

¹⁷³ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

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 Humanos¹⁷⁴.

21 Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, 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 familia¹⁷⁵ como espacio

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ "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

básico de toda sociedad¹⁷⁶ (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de

legítimos; "3°. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; "4°. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1°. , 2°. y 3°; "5°. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1°. , 2°. , y 4°; "6°. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; "7°. 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 3° 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 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." (Negrillas de la Sala)". Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586.

¹⁷⁶ "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

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 fundamental¹⁷⁷.

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.

¹⁷⁷ "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

22 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 reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar 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 familia como espacio básico de toda sociedad¹⁷⁸. Y se afirma que se trate de parientes cercanos, 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 Política¹⁷⁹.

4.2.- Motivación para la tasación de los perjuicios morales.

23 La Sección Cuarta del Consejo de Estado en su jurisprudencia consolida la obligación de motivar la tasación y liquidación de los perjuicios morales, al resolver dos acciones de tutelas presentadas contra dos sentencias de la Sub-sección en la que se ponía en cuestión tanto la motivación, como la utilización del test de proporcionalidad. En la sentencia de 11 de octubre de 2012¹⁸⁰ (expediente 11001 03 15 000 2012 01481 00, Pon. Martha Teresa Briceño de Valencia), se consideró:

“Con fundamento en lo anterior, considera la Sala que en el caso *sub examine* la labor interpretativa realizada por el juez de instancia se encuentra debidamente sustentada y razonada y, en consecuencia, no es susceptible de ser calificada como una vía de hecho como pretenden los actores, por cuanto

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.

¹⁷⁸ Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, expedientes: 32651 y 18569.

¹⁷⁹ 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.

¹⁸⁰ Se demandó por tutela la sentencia de la Sub-sección C (con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa) de 25 de abril de 2012 (Cilia Beatriz Prado Álvarez y otros).

la decisión de no acceder a condenar a favor de las abuelas demandantes 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 40 salarios mínimos a los tíos por concepto de perjuicios morales, se fundamentó en un criterio jurídico admisible a la luz de la interpretación de las normas aplicables al caso concreto” (subrayado fuera de texto).

En cuanto al precedente judicial la sentencia de la Sección Cuarta clara y razonadamente argumenta:

“Recuerda la Sala, que el precedente judicial no puede aplicarse a todos los casos que, en apariencia, tienen identidad de causa y objeto. En el caso concreto, los actores solicitan la aplicación del precedente judicial señalado en la sentencia de 6 de junio de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso con número de radicado 1998-00878. En dicha decisión, se condenó a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales una suma superior a la ordenada en la providencia objeto de la presente acción de tutela.

Sin embargo, se advierte que no es posible equiparar los efectos de la referida decisión al caso *sub lite*, en la medida en que la referida sentencia es de fecha posterior a la providencia atacada mediante el ejercicio de la presente acción.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, no observa la Sala que en el presente caso la Sección Tercera –Subsección “C”- del Consejo de Estado, haya incurrido en vía de hecho por defecto sustantivo” (subrayado fuera de texto).

Y se agrega, además:

“Ahora bien, los actores argumentan el error procedimental en un presunto cambio de jurisprudencia de la Corporación sin haber agotado el procedimiento establecido para el efecto. No obstante, **se advierte que en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 de la Sala Plena de esta Corporación, se sentaron los parámetros que debe tener en consideración el juez administrativo para la tasación y liquidación de los perjuicios morales. Providencia que en efecto se aplicó al caso *sub examine* acogiendo criterios, objetivos de valoración probatoria, como lo es el test de proporcionalidad**.

En consecuencia, no es viable por vía de tutela controvertir la referida interpretación llevada a cabo por la Sección Tercera –Subsección “C” del Consejo de Estado, al no ser arbitraria e irrazonable y, por ende, no vulnerar los derechos fundamentales de los actores, por lo que debe negarse la presente acción de tutela” (subrayado y negrilla fuera de texto).

24 En tanto que en la sentencia de 24 de enero de 2013 la Sección Cuarta (expediente 11001 03 15 000 2012 02116 00, Pon. Hugo Fernando Bastidas Bastidas) se argumentó clara y razonadamente respecto al PRECEDENTE JUDICIAL en los siguientes términos que se citan *in extenso*:

“la Sala observa que, en la providencia objeto de tutela, la autoridad judicial demandada adoptó una metodología denominada “*test de proporcionalidad*” para la determinación del monto a reconocer a título de indemnización por perjuicios morales.

Previo a adoptar dicha metodología, la autoridad judicial demandada hizo un recuento de la posición que manejaba el Consejo de Estado en materia de

tasación de indemnizaciones por perjuicios morales y, razonablemente, concluyó que debían introducirse nuevos elementos para calcularla. Así pues, consideró que ya no era suficiente con acreditar el parentesco y que, por lo tanto, debían analizarse algunas circunstancias adicionales que darían una mejor idea del grado de afectación moral padecido por los demandantes. Esto es, la sentencia objeto de tutela, antes que modificar la regla jurisprudencial vigente para la tasación de la indemnización por perjuicios morales, precisó que era necesario que el juez administrativo tuviera en cuenta la situación particular de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión.

Independientemente de la discusión que ha suscitado el test de proporcionalidad para tasar perjuicios morales, lo cierto es que, a juicio de la Sala, la autoridad judicial demandada no desconoció el precedente del Consejo de Estado. Por el contrario, lo tuvo en cuenta y, como se vio, consideró que era necesario introducir nuevas variables para efectos de limitar la discrecionalidad del juez en la tasación de las indemnizaciones por perjuicios morales. **La razonabilidad y la proporcionalidad son límites admisibles para aplicar la discrecionalidad propia del arbitrio judicial. El arbitrio judicial no es sinónimo de un juez no sometido a reglas, un juez, digamos “libre” y, por ende, proclive a la arbitrariedad. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad sirven a la legitimidad del juez.**

Es menester señalar que la doctrina judicial no puede ser estática y que la labor del juez implica que se introduzcan nuevos conceptos o ideas en el devenir judicial. Lo contrario, conllevaría la petrificación del derecho y la pérdida del dinamismo que este requiere como institución al servicio de una sociedad en constante cambio.

Las mismas razones sirven para que la Sala desestime el cargo de deficiente motivación de la sentencia objeto de tutela, pues lo cierto es que **la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado expuso razonada y fundamentadamente los motivos que la llevaron a disminuir la indemnización por perjuicios morales reconocida a los demandantes.**

En este caso, la simple discrepancia de la parte actora con la sentencia cuestionada por vía de tutela no se traduce en la vulneración de los derechos invocados, pues, se insiste, la autoridad judicial demandada introdujo elementos válidos para efectos de tasar la indemnización por perjuicios morales”.

25 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁸¹, 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

¹⁸¹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

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

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

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

25.1 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); 25.2 “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); 25.3 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); 25.4 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); 25.5 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); 25.6 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); 25.7 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); 25.8 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); 25.9 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); 25.10 “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); 25.11 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); 25.12 no “se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización” (subrayado fuera de texto); 25.13 la jurisdicción contencioso administrativa debe sujetarse a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998; y, 25.14 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).

26 De los anteriores argumentos no cabe la menor duda que la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 ha venido siendo deformada, de tal manera que en la actualidad sólo interesa citar aquellos apartes en los que el sustento del 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.

27 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 tasen 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.

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

De acuerdo con lo argumentado en la sentencia T-351, de 5 de mayo de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca), cabe extraer: siguiendo la sentencia de 6 de septiembre de 2001 de la Sala Plena de la Sección Tercera del

Consejo de Estado, la Corte Constitucional considera: a) “el daño moral puede probarse por cualquier medio probatorio”; b) “la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) no tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado)”; c) para “la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero está obligado a observar, por expreso mandato legal los principios de equidad y reparación integral”; d) el “Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no **vincula** de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas”; e) “la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo– de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales”; y, f) lo “que la alta Corporación ha sentado es una presunción (por cierto desvirtuable), de que la muerte de un ser querido causa profunda aflicción y, en consecuencia, procede el pago del monto más alto de perjuicios morales como compensación por la *intensidad* de la aflicción. Lo que indica esta aclaración es que el monto máximo no está ligado inescindiblemente a la muerte de un ser querido, pues por las razones expuestas, no se “paga” a ese ser humano. Ese monto está ligado a la consideración de que, en el caso

concreto, se presenta una *grave aflicción*, conclusión a la que puede llegar el juez mediante cualquier tipo de argumento práctico racional que se enmarque en parámetros de equidad y razonabilidad, como presupuesto de la vigencia del principio de igualdad de trato a los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales”.

Ahora bien, en la sentencia T-464 de 9 de junio de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, la Corte Constitucional consideró: a) “ante tal valoración, no se haya justificado por qué el incremento de los perjuicios causados se estimó en el máximo que ha definido la jurisprudencia¹⁸². De hecho, la Sala echa de menos que a pesar de que explícitamente se consideró el daño ocasionado por la muerte de un ser querido, estimándolo como más intenso, no se haya justificado por qué la cuantificación de la frustración por no obtener el título de abogado por tres años iguala tal situación”; b) sin “perjuicio del arbitrio citado, para cuantificar el daño el Tribunal se encontraba obligado a atender los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y los criterios adscritos a los conceptos de “reparación integral” y de “equidad” consignados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Como se advirtió, la amplitud de la citada disposición, no constituye carta abierta para que se definan cantidades dinerarias arbitrarias. Por el contrario, es absolutamente necesario atender las particularidades del caso y definir, por lo menos, qué aspectos hacen equiparable el caso con la pérdida definitiva de un ser querido”; y, c) “la ausencia de argumentos que expliquen por qué a la acción de reparación directa invocada (...) le es aplicable el monto máximo del perjuicio moral, llevan a que la Sala considere tal determinación como arbitraria y, por tanto, vulneradora de los derechos a la igualdad y al debido proceso” (subrayado fuera de texto).

¹⁸² 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”.

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”¹⁸³; 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”¹⁸⁴; c) los “criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) tener en cuenta “*la gravedad objetiva de la lesión*”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los

¹⁸³ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

¹⁸⁴ “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.

mismos”¹⁸⁵; d) “el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995”¹⁸⁶; 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 contratiempo¹⁸⁷. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

¹⁸⁶ “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.

¹⁸⁷ 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.”

¹⁸⁸ 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

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 considerados¹⁸⁹; f) “cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no *ex ante* y de forma general”; y, g) “no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales¹⁹⁰. Como lo ha reconocido esta

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.”

¹⁸⁹ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos. || De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso.”

¹⁹⁰ 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

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”.

29 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 iudicis (arbitrio iudicis), 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 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

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”.

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).

30 En tanto que estudiada objetiva e imparcialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considero relevante destacar los siguientes criterios para la tasación y liquidación de los perjuicios morales: a) “a Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad¹⁹¹, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad¹⁹², inseguridad, frustración, e impotencia¹⁹³”¹⁹⁴; 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”¹⁹⁵; 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

¹⁹¹ 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.

¹⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

¹⁹³ 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.

¹⁹⁴ 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].

¹⁹⁵ “(...) 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.

una investigación diligente sobre lo sucedido”¹⁹⁶; 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 argumentos¹⁹⁷.

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 fundamentar¹⁹⁸.

3. Estos argumentos debe ser convincentes o, si se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por

¹⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005.

¹⁹⁷ “(…) 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.

¹⁹⁸ “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 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.

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 derecho¹⁹⁹.

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 premisas²⁰⁰.

31 La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. En la doctrina más reciente se afirma que la “garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la prohibición de la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de jurisdicción, ofrece a estos a cambio la acción, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia del Derecho²⁰¹, y ofrece la acción a través del

¹⁹⁹ 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” (subrayado fuera de texto). GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., pp.69 y 70.

²⁰⁰ “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.

²⁰¹ “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

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>²⁰², sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero *coram proprio iudice* y, luego, *coram partibus*, cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propio Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho²⁰³.

32 Como puede extraerse, la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”²⁰⁴.

33 La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado “a su propio derecho” no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda²⁰⁵.

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”.

²⁰² Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en *RDProc.*, 1949, pp.165 y ss.

²⁰³ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

²⁰⁴ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.139.

²⁰⁵ PÉREZ ROYO; Javier. *Curso de derecho constitucional*. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

34 Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa. Como en un ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe hacerlo en esta ocasión, ya que este autor entiende “que el concepto de motivación suficiente se refiere al conjunto de elementos necesariamente presentes en la decisión judicial para que ésta sea válida, mientras que la motivación completa se distinguiría del concepto anterior por referirse ante todo a la corrección de la decisión y no sólo a la validez de la misma. Es decir, al conjunto de elementos que hacen que una decisión válidamente elegida sea también racionalmente correcta”²⁰⁶. 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”²⁰⁷.

En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las sentencias (de las decisiones judiciales) tiene unos criterios fundadores 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.

35 En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino

²⁰⁶ ASÍS ROIG, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

²⁰⁷ “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.

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”²⁰⁸ (subrayado fuera de texto).

Dicho sentido, siguiendo a la jurisprudencia constitucional, debe tener en cuenta, además, que en un “estado democrático de derecho, en tanto garantía ciudadana, la obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional. La necesidad de justificar las decisiones judiciales, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber, garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia”²⁰⁹ (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.

36 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”²¹⁰, 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

²⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

²⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

²¹⁰ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova, 1975, pp.450 ss.

el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium*²¹¹. 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*²¹².

37 Con fundamento en lo anterior, la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a los bienes muebles o inmuebles que resulten afectados; 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodología para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el “quantum” indemnizatorio.

38 Ahora bien, examinado la fundamentación jurídica en la que cabe sustentar el “test de proporcionalidad” como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, la Sala procede a motivar y delimitar los criterios de dicha tasación y liquidación.

39 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”²¹³.

²¹¹ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del proceso>, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p.433.

²¹² ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.169.

²¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente 1995-10351.

40 Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles). Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes²¹⁴, 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.

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

41 La más reciente sentencia de la Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 23492), no limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en

²¹⁴ “¿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.

ejercicio de su “arbitrium iudicis” determinara el “quantum” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del “test de proporcionalidad”, ya que, se reitera la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena, se **“ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada pena, 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”**²¹⁵ (negrita y subrayado fuera de texto).

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

43 De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa, ni en tabla de punto al ser aplicable sólo al caso en concreto) la metodología del test de proporcionalidad²¹⁶, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o

²¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

²¹⁶ “(...) a pesar de que el principio de proporcionalidad no esté tipificado en ninguna disposición positiva del Derecho administrativo francés, y de que tampoco suela ser mencionado ex profeso en los fundamentos jurídicos de las sentencias, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo aplica de manera implícita con bastante frecuencia (Sobre la aplicación implícita del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo francés, X. Philippe aclara que <el juez francés -administrativo u ordinario- ha preferido siempre esquivar el término (proporcionalidad) y aplicar su contenido o su esencia, recurriendo a nociones cercanas, paráfrasis o sinónimos>. No obstante, este mismo autor sostiene que a partir de la última década del siglo XX se ha comenzado a vislumbrar un cambio de tendencia, por efecto de la influencia sobre los jueces franceses de las decisiones de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, en las cuales se hace una alusión explícita y directa al principio de proporcionalidad. Vid. ÍD., <El principio de proporcionalidad en el derecho público francés>). Para tal efecto, el principio de proporcionalidad se integra al control que se surte mediante las técnicas de desvío de poder, calificación jurídica de los hechos, error

prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad²¹⁷, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, teniendo en cuenta los mínimos criterios objetivos empleados para la tasación (una "crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces"²¹⁸), de tal manera que al indemnizar los perjuicios morales como materialización del derecho a la reparación integral, ésta no sea absoluta, sino ponderadamente se corresponda con la afectación en la esfera moral, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la verificación de

manifiesto, necesidad del acto y balance entre los costos y los beneficios de las actuaciones del Estado. En el Derecho administrativo italiano, en cambio, este principio ha comenzado a aplicarse por parte de los tribunales como criterio autónomo. No obstante, en ocasiones continúa siendo considerado como un componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, que se utilizan para evaluar la legalidad de los actos administrativos" (subrayado fuera de texto). BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3a ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.49.

²¹⁷ "La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia".

²¹⁸ ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

los criterios objetivos²¹⁹, permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible²²⁰, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden²²¹ que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral (porque así como la “intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”²²², también cabe afirmarlo del perjuicio moral indemnizable que no puede ser desproporcionado en relación con la afectación que se produce en cada caso y atendiendo a los criterios objetivos) que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y su imputación.

44 La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología para liquidar los perjuicios morales, en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales.

²¹⁹ La aplicación de la ponderación como subprincipio de la proporcionalidad ha sido modulada en los siguientes términos: “El primer principio de Derecho Público señala que el Estado tiene derecho a restringir la libertad de los particulares en cuanto sea necesario para poder hacer compatibles la libertad y la seguridad. De esta consideración se desprende el primer principio del Derecho de policía: que sólo para evitar un daño temido con gran peso moral para la sociedad burguesa y sólo bajo la esperanza de alcanzar una ventaja para el Estado entero puede ser restringida la libertad natural de los ciudadanos individuales mediante la ley de policía (...) Los daños que mediante la restricción de la libertad deben ser evitados, deben tener una importancia mucho mayor que la desventaja que la comunidad y los particulares sufren a causa de una restricción semejante”. “Las citas son de las Vorträge über Recht und Staat, pronunciadas por Svarez en 1791, citadas en BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3a ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, cita 16, p.46.

²²⁰ Lo que ha sido reconocido en el derecho constitucional anglosajón de la siguiente manera: “La protección igualitaria ha sido testigo del desarrollo de un nivel intermedio de escrutinio que exige que una ley esté “sustancialmente relacionada” con “intereses gubernamentales importantes”. Este examen se ha aplicado a demandas de discriminación por género y legitimidad, y, por cuatro jueces, a casos de clasificaciones sociales con el propósito de ayudar a los afroamericanos”. ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación., ob., cit., pp.66 y 67.

²²¹ Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.

²²² Lo que normativamente se encuentra consagrado en la actual Constitución europea> artículo II.109.3.

Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto²²³. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza²²⁴. De ahí, pues, que las “cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.

El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará. La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones²²⁵.

45 Todo lo cual lleva a concluir, que “el problema no consiste en indagar si la aplicación del principio de proporcionalidad puede sustentarse en argumentaciones que la hagan objetiva, sino, si mediante la aplicación de dicho principio puede alcanzarse una mayor racionalidad relativa, en comparación con

²²³ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

²²⁴ “El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <racionalidad formal> y la <racionalidad material> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente (sic) de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <racionalidad formal>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <racionalidad material> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social”. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 7ª ed. Madrid, Trotta, 2010, p.22.

²²⁵ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

aquélla que se logra cuando se aplican los criterios alternativos”²²⁶ (negrita fuera de texto).

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

47 En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad²²⁷ desde la perspectiva del juicio de igualdad²²⁸, y de la

²²⁶ A lo que se encamina afirmativamente el trabajo del profesor BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador., ob., cit., p.172.

²²⁷ “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de

necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción²²⁹, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación²³⁰ de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

48 Luego, ante la potencial desproporción que pueda representarse en la liquidación de los perjuicios morales, atendiendo sólo al salario mínimo legal

parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto. No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo" (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

²²⁸ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

²²⁹ Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales "es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto". SOBREVILLA, David: "La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy" en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. "El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional", en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N.23, 2011, p.327.

²³⁰ "La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales". ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando un ejercicio exagerado de la mera liberalidad del juez, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia²³¹, procede, dentro del arbitrio judicial y en los términos de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente motivación y ponderación. En cuanto a esto, en la jurisprudencia constitucional se sostiene que “el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada²³² uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”²³³.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala que frente “a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente²³⁴, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas²³⁵, el perjuicio estético causado²³⁶ o el daño a la reputación²³⁷. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios

²³¹ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

²³² Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

²³³ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

²³⁴ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

²³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

²³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

²³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva. Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro²³⁸²³⁹.

49 Ahora bien, en cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, la Sala explica que este comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”²⁴⁰.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la

²³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro.

²³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

²⁴⁰ La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. ARROYO JIMENEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). Ponderación y derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares que padecen un sufrimiento o aflicción²⁴¹. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto²⁴². Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de acuerdo a) con las circunstancias de cada caso (cuando de se trata de muerte: violenta, debida a la actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución, por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de lesiones: de acto violento, debida a actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de tortura; cuando se trata de desplazamiento forzado: donde cabe tener en cuenta la pertenencia a una comunidad étnica, campesina o de especial protección; cuando se trata de acto sexual; cuando se trata de la privación de la libertad; cuando afecta el honor y la honra; cuando afecta bienes -muebles o inmuebles- fruto de actos violentos, etc.); b) con la consideración según la cual la

²⁴¹ En la formulación de Alexy, los "subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto". ALEXY, Robert. "La fórmula del peso", en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. 1ª reimp. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010, p.17. Para el caso de la tasación y liquidación de los perjuicios morales se busca impedir que el reconocimiento del derecho a la reparación represente una intervención, o alteración sustantiva del interés general representado en el patrimonio público del que proceden los recursos para cubrir el quantum indemnizatorio que por perjuicios morales deba existir.

²⁴² La "teoría de la ponderación funciona, por así decirlo, como trasfondo teórico para dar una interpretación jurídica al principio de proporcionalidad que aparece en el derecho positivo". Así mismo, "debido a que ya no es necesario considerar la ponderación exigida por la prohibición de exceso en el caso individual como una caja negra teórica, metodológica y dogmática, las cargas de argumentación pueden ser adjudicadas de forma más racional y conciente (sic), más exacta y sencilla. La así llamada fórmula de peso permite decir con exactitud casi matemática qué valores asignados deben ser puestos en relación mutua para lograr un resultado determinado. Con ello se puede hacer a un lado de forma considerable el momento aleatorio de la ponderación de bienes". Finalmente, "la ventaja tal vez más importante de la teoría de la ponderación la encontramos en el hecho de que ella no sitúa a los principios en un nivel elevado de valores, lejano e inalcanzable, sino que los baja de su nivel abstracto (...) para permitirles dar frutos en un proceso racional y argumentativo para y en el caso individual". JESTAEDT, Mathias. "La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades", en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord) La ponderación en el derecho. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp.84 a 86.

medida de la compensación debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental, apego, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales) y los que se citan en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, amor y solidaridad; c) finalmente, con la exigencia según la cual quien afirma la existencia del perjuicio moral tiene una mínima carga para su cuantificación, ya que de sólo de contarse con la presunción de aflicción como criterio, la determinación de su “quantum” obedecerá a los mínimos a reconocer en atención a las circunstancias de cada caso y a los mencionados criterios mínimos objetivos que generalmente sean aplicables, teniendo en cuenta, además, como criterios adicionales para ponderar la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada), o la limitación al ejercicio del derecho a la libertad, al honor, o cuando se trata de la pérdida de muebles o inmuebles.

Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios deben obrar en función de la necesaria ponderación²⁴³; y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos a la vida e integridad personal.

50 De los anteriores subprincipios, el que adquiere relevancia es el de “proporcionalidad en sentido estricto”, ya que es en él donde la necesaria ponderación de los perjuicios morales opera para tasarlos y liquidarlos razonable y racionalmente. Pero se advierte, la ponderación se sujetara a un doble nivel: a. a

²⁴³ La “ley de ponderación” en términos de Alexy se formula: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional., ob., cit., p.18. En términos de la tasación y liquidación de los perjuicios morales la formula a proponer sería: Cuanto mayor sea el grado de intensidad o de padecimientos de la esfera moral de cada familiar, tanto mayor deberá ser el quantum que deberá otorgarse, con base en unos mínimos criterios objetivos.

criterios mínimos objetivos, que son de general aplicación; y, b. a la tasación teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto²⁴⁴.

51 Luego, teniendo en cuenta la argumentación anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral se sujetará no sólo a ésta, sino a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc.), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) ponderar la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario, cuando se produzca dicha vulneración. Excepcionalmente, y como en el presente caso, procede liquidar acumulativamente los perjuicios que respecto a un mismo grupo familiar se padecieron por la muerte y lesiones de uno de sus componentes, o por las lesiones de uno o varios de sus componentes, como forma de comprender en debida forma la liquidación cuando se trata de los padecimientos por varios miembros del grupo familiar.

52 Además de encontrar configurada la presunción de aflicción de los demandantes a partir de los respectivos registros civiles de nacimiento, con los que se prueba el parentesco, la Sala para el caso concreto, dentro del acápite de los hechos probados, debía establecer (prueba testimonial, técnica, documental) para la tasación y liquidación de los perjuicios morales causados a las víctimas,

²⁴⁴ Cabe advertir, como lo sostiene Carlos Bernal Pulido, en la dimensión ius-filosófico y constitucional de la ponderación: “Es meritorio que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo, y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios [y mucho menos en la tasación y liquidación de perjuicios que como los morales comprometen esferas subjetivas e inmateriales de los sujetos], tan estrechamente vinculados con las ideologías. Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva”. BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. 1ª reimp. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010, pp.56 y 57.

con ocasión de las “lesiones físicas y psicológicas que sufrió” Álvaro Fernando Sanjuán Quintero el 26 de febrero de 1999 “cuando cumplía sus funciones como Profesional Universitario en la oficina de asesoría jurídica de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca”, así como sus familiares (Miguel Joaquín Sanjuán Escalante, María Nelly Quintero de Sanjuán y Carmen Lucinda Uribe Alarcón: la cercanía, afecto mutuo, la falta de tranquilidad, desespero, desasosiego por las lesiones que padeció la víctima, que existía cierto grado de intensidad.

53 Con base en la anterior motivación, se liquidará por perjuicios morales de la siguiente manera:

Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar	Criterios y cuantificación
Se trata de las lesiones físicas y psicológicas sufridas el 26 de febrero de 1999 por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero en la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca.	a) circunstancias de cada caso; b) “presunción de aflicción” (que no es de “iure”); c) que las relaciones tanto con su familia filia, como con su hogar eran de cercanía, afecto mutuo, pero especialmente con su compañera permanente y sus hijas, con las que tenía un vínculo intenso, incuestionable y expresado en los testimonios, que les produjo falta de tranquilidad, desespero, desasosiego por la pérdida de uno de sus familiares y las lesiones de otros tres. Que por la relación de afecto que existía con sus padres al ayudarles económicamente existía cierto grado de intensidad, quienes sufrieron la intranquilidad, el desasosiego y quedaron destrozados por la pérdida de Silvia Victoria, las lesiones a Octavio León, Luz Helena y Tatiana, y de le apoyo sentimental y económico.
Núcleo familiar inmediato (esposo –a-, compañero –a-, hijos, padres)	50 -100 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario)
Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos)	10 - 50 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario)
Otros familiares colaterales (primos, sobrinos) y no familiares (cuñados,	1 - 5 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene

suegros)	acreditado por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario)
----------	---

54 En mi criterio, pues, es insuficiente y no obra la motivación y justificación debida para llegar a la conclusión de condenar a las entidades demandadas por concepto de perjuicios morales en la cuantía fijada en el numeral segundo de la parte resolutive.

55 Por otra parte, también encuentro que no se motivó y justificó debidamente la tasación y liquidación del daño a la salud reconocido.

5.- Falta de motivación en la tasación y liquidación del daño a la salud.

56 En la demanda se presentó pretensión indemnizatoria por concepto de perjuicio fisiológico, el cual cabe encuadrar, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, dentro del daño a la salud.

57 El daño a la salud, concretado en el perjuicio fisiológico reclamado a favor de los lesionados, debía ser reconocido por la Sala en el caso concreto, siempre que se encontrara demostrado el daño corporal y el déficit funcional padecido derivado de las lesiones que sufrieron como consecuencia de los hechos ocurridos el 31 de julio de 1994. Sin embargo esto no se corroboró, constató, ni se valoró adecuadamente por la Sala, ya luego de citar la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, en la sentencia sólo se procede a liquidarlo sin determinar probatoriamente el reconocimiento y tasación del perjuicio fisiológico reclamado, y encuadrado como daño a la salud.

58 Por lo anterior, y en mi criterio, al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, que su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

59 En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente, aunque con alcance colectivo, como el de la "salud" (Artículo 49 C.P.), y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la "correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla". En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

60 Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud "en sí mismo".

61 Dicho lo anterior, no cabe menos que reiterar que el daño a la salud como "daño integrador y único" se encuentra representado por la lesión en la función vital y relacional del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad²⁴⁵ y solidaridad (afirmación de la "justicia distributiva"²⁴⁶), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

62 De acuerdo con lo anterior y apoyados en la doctrina, se entiende al daño a la salud como "cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos"²⁴⁷.

²⁴⁵ Lo que hace que se preserve como tendencia un modelo de derecho de daños que favorece a la víctima, que busca la reparación de los "sinsabores de la existencia humana". KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés", en *Revista de derecho privado*. No.18, 2010. Como crítica puede verse FABRE-MAGNAN, M. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*. París, PUF, 2007, p.123.

²⁴⁶ KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés"., ob., cit

²⁴⁷ CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?., ob., cit., p.132.

63 Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, que desde comienzos de los años noventa en el derecho comparado, especialmente, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano se dijo que “el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo... La consideración de la salud como un bien y un valor persona, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades, las situaciones y las relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida”²⁴⁸ .

64 Debe reconocerse que dentro del concepto de daño a la salud múltiples rubros indemnizatorios pueden encontrarse, lo que no puede considerarse como la afirmación de una potencial condena que permita la condena autónoma e independiente fundada en cada uno de tales rubros, sino que esta deberá reconocerse, tasarse y liquidarse de tal manera que tenga como límite la consideración como único el daño a la salud, y como condena la que se desprenda de lo que probatoriamente se acredite, sin perjuicio de singularizarlo en cada uno de los sub-perjuicios en los que puede hacerse consistir.

65 Ahora bien, para la tasación y reconocimiento del daño a la salud, la Sala en proveído reciente, puntualizó que “sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma: “1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres²⁴⁹, al tener en

²⁴⁸ ITALIA. Corte Costituzionale, sentenza 18 luglio 1991.

²⁴⁹ “Por lo anterior, y de conformidad con el acta de la junta médica laboral, en la que consta la amputación del brazo izquierdo a la altura del codo realizada a Sigifredo Salazar Ramírez, se hace evidente el daño a la salud, por el cual se le reconocerá por este concepto el valor de 264 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal, valor que resulta proporcional con la lesión sufrida, como quiera que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, como una incapacidad del 95 o 100% se ha concedido el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de febrero de 2012, M.P. Enrique Gil Botero.

cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme²⁵⁰. “2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud²⁵¹. “Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima. “No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese

²⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del: 14 de marzo de 2002, exp. 12.054, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, 13 de diciembre de 2004, exp. 14722, Germán Rodríguez Villamizar, 5 de junio de 1998, exp. 11545 M.P. Juan de Dios Montes, 6 de mayo de 1993, exp. 7428, M.P. Julio César Uribe Acosta, 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P. Enrique Gil Botero, 8 de julio de 2009, exp. 17960, M.P. Enrique Gil Botero, 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero, sentencias del 14 de septiembre de 2011, expts. 38222 y 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁵¹ Según las recomendaciones del grupo de Tréveris que elaboró la recomendación a la Comisión, al Parlamento y al Consejo Europeo, nacido por iniciativa de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, “(...) toda persona que haya sufrido un atentado a la salud debe, en virtud de los principios fundamentales de dignidad de la persona humana y de tutela de la salud, recibir una reparación; esa reparación debe ser diferente de la que recibirá la víctima por las pérdidas económicas sufridas por los daños que sólo son susceptibles de una valoración subjetiva; el principio de igualdad, entonces impone un tratamiento igualitario para las víctimas, que se logra con la valoración de carácter objetivo del daño, es decir con las bases que ofrece la ciencia médico legal, que puede crear tablas o baremos con grados de invalidez, a los que cada Estado podrá fijar un valor determinado; de todas formas, dice el documento, se insta a los Estados para dejen al juez un campo de apreciación equitativo para ajustar la reparación a las circunstancias propias del caso.” CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?, ob., cit., p.184.

sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave²⁵². “En síntesis, la reparación del daño a la salud exige la concreción de un sistema que respete los principios constitucionales de igualdad y de dignidad humana, sin que sea viable trasladar a la víctima la consideración o la acreditación de que considere el derecho a la salud como un valor en sí mismo, puesto que esta posibilidad riñe con los principios del derecho de daños, ya que serían los propios demandantes quienes tendrían la opción de incrementar –sin justificación alguna o dependiendo la visión capitalista del mundo– el quantum de la indemnización”²⁵³.

66 En ese orden, la Sala debía haber considerado que una tasación adecuada de los perjuicios fisiológicos reclamados a favor de los lesionados debía tener en cuenta los siguientes criterios: a) el alcance del daño corporal; b) su desdoblamiento en el déficit corporal que a partir de las lesiones sufridas condiciona sus vidas; c) la edad en la que se produjo. Porque el simple hecho de establecer la tasación y la liquidación con base sólo en el criterio estático, esto es la incapacidad, sin valorar el criterio dinámico del perjuicio lleva a aplicar una regla de tres que no tiene motivación o justificación suficiente, lo que puede representar un exceso en el ejercicio del arbitrio judicial y una potencial afectación a los derechos de cualquiera de los extremos de la litis.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

²⁵² “Sin embargo, como sucede también en otras experiencias europeas, jurisprudencia y doctrina buscan identificar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad. El uso del criterio de cálculo por puntos diferencial brinda una herramienta muy importante en este sentido. Luego, una tabla indicativa de sus valores, elaborada sobre la base de los precedentes liquidaciones judiciales ofrece una base de uniformidad indispensable para satisfacer el principio de paridad de tratamiento.” KOTEICH, Milagros La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés” en: Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 178 y s.s.

²⁵³ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22163.

