

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Médico tratante. Condena por conducta negligente y descuidada / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Médico tratante. Conducta negligente y descuidada / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Muerte de feto / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Muerte de feto. Conducta negligente y descuidada de médico tratante / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Responsabilidad por actividad obstétrica

La decisión tomada por el doctor (...) consistió en esperar al momento del parto para decidir la manera en que éste había de producirse, sin tomar medidas respecto de lo diagnosticado por quien le antecedió (...). Para ésta Sala, el referido profesional de la salud tenía dentro de sus obligaciones la de corroborar mediante exámenes y procedimientos idóneos y pertinentes la veracidad de lo establecido por el doctor (...) y la continuidad de las circunstancias por él detectadas, para tener una base sólida que le permitiera tomar las decisiones adecuadas al caso concreto. Así las cosas, la referida falla en la prestación del servicio de salud no consistió en la omisión de la práctica de la cesárea, sino en la conducta descuidada y negligente del médico tratante al programar una cita abierta a la paciente, cuando ésta se encontraba entre las 38 y las 39 semanas de gestación y su feto tenía una probable circular de cordón umbilical en el cuello, puesto que dicha decisión permitió que el embarazo (...) culminara sin la adecuada supervisión sobre el estado de aquel. En conclusión, el daño antijurídico resulta atribuible fáctica y jurídicamente a la Clínica Las Peñitas Ltda. (...) ésta Sala entiende que en virtud del contrato No. 319 la Clínica Las Peñitas Ltda. fue contratada por el Instituto de Seguros Sociales para la prestación de los servicios de obstetricia y neonatología. Por ello, le asiste a dicha clínica la calidad de agente respecto del I.S.S. (...) no cabe duda de que al haberse producido el daño reclamado por los demandantes como consecuencia de una negligencia en la actuación del contratista del ISS, dicha entidad también debe concurrir a indemnizar solidariamente a los actores, comoquiera que el resultado lesivo le es imputable jurídicamente.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Concurrencia de culpas de entidades demandadas / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Responsabilidad por actividad obstétrica / CONDENA SOLIDARIA - Concurrencia de culpas de entidades demandadas. Servicios de salud

En el caso que objeto de estudio, no cabe duda de que al haberse producido el daño reclamado por los demandantes como consecuencia de una negligencia en la actuación del contratista del ISS, dicha entidad también debe concurrir a indemnizar solidariamente a los actores, comoquiera que el resultado lesivo le es imputable jurídicamente.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1570 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1569

NOTA DE RELATORIA: Sobre el indicio grave en la falla del servicio medico obstetrico ver sentencias de 17 de agosto de 2000, exp. 13542; 7 de diciembre de 2004, exp. 14767; 11 de mayo de 2006, exp. 14400; 26 de marzo de 2008, exp. 16085; 1 de octubre de 2008, exp. 27268 y 7 de octubre de 1999, exp. 12655. Sobre el tema tratado ver sentencias de 19 de julio de 2010, exp. 38341 y 15 de octubre de 2008, exp. 22342

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Culpa exclusiva de la víctima o hecho de la víctima / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA O HECHO DE LA VICTIMA -

Falla del servicio médico. Actuación negligente de la víctima, productora de daño

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado. (...) En primer lugar, la irresistibilidad alude a la "imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; (...) Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de "de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia". (...) En tercer lugar, la exterioridad de la causa extraña respecto del demandado "se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que (se) invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, (...) Para el caso concreto, se observa que ninguno de los hechos descritos al inicio del presente aparte son constitutivos de causa extraña, puesto que no cumplen con los requisitos señalados.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 64 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2346

NOTA DE RELATORIA: En relación con lo expuesto ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 26 de enero de 1982, gaceta judicial, tomo CLXV, pag. 21; en el mismo sentido ver del Consejo de Estado sentencias de 26 de abril de 2008, exp. 16235; 26 de marzo de 2008, exp. 16530; 26 de mayo de 2010, exp. 18800 y 18 de febrero de 2010, exp. 17179

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio médico. Responsabilidad del contratista prestador del servicio de salud / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD - Responsabilidad del contratista / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Contratista prestador del servicio de salud. Responsabilidad

La imputabilidad jurídica que le asiste a las entidades públicas por el hecho de sus contratistas respecto de los daños que se causen con ocasión del ejercicio de funciones públicas confiadas a aquellos. Dicha afirmación encuentra sustento (...) en virtud del cual los contratistas vinculados a la administración ofician como agentes suyos, dado que "al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales (...) colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social". Así las cosas, ésta Sala entiende que en virtud del contrato No. 319 la Clínica Las Peñitas Ltda. fue contratada por el Instituto de Seguros Sociales para la prestación de los servicios de obstetricia y neonatología. Por ello, le asiste a dicha clínica la calidad de agente respecto del I.S.S.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 3

NOTA DE RELATORIA: En relación con el particular ver sentencia de 22 de abril de 2004, exp. 15088

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento / PERJUICIOS MORALES - Muerte de nascitur. Concurrencia de culpas de entidades demandadas

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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / LEY 446 DE 1996 - ARTICULO 16

NOTA RELATORIA: En relación a la forma de probar los perjuicios morales, ver sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 24392.

PERJUICIOS MORALES - Motivación para su tasación

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

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

NOTA RELATORIA: En relación con la obligación que tiene el juez contencioso de motivar los razonamientos de cada decisión tomada y con la procedencia y valoración de los perjuicios materiales acudiendo al arbitrio judicis, ver sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 24392

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de los consejeros Olga Mélida Valle de De la Hoz y Enrique Gil Botero

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013).

Radicación número: 70001-23-31-000-1998-00313-01(26127)

Actor: ERIDYS MARIA MEZA DIAZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las dos partes contra la sentencia del 16 de julio de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Decláranse no probadas las excepciones propuestas.
SEGUNDO: Absuélvase al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de toda responsabilidad en este proceso, por lo dicho en la parte motiva.
TERCERO: Declárase responsable administrativamente a la Clínica Las Peñitas Ltda. por la muerte del hijo que esperaba ERIDIS MARIA MEZA DIAZ.
CUARTO: Como consecuencia, se le condena a pagar a las siguientes personas por concepto de perjuicios morales:
a) A ERIDIS MARIA MEZA DIAZ, una suma equivalente a (100) salarios mínimos.
b) A MARIA CLAUDIA MEZA RICARDO, una suma equivalente a (50) salarios mínimos.
QUINTO: Deniéganse las demás súplicas de la demanda”. (Sic.)

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 20 de mayo de 1998 los señores Eridys María Meza Díaz, en representación propia y de su hija María Claudia Ricardo Meza, y Arnulfo Arturo Tamara Tuiran, mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., presentaron demanda con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

“1.- EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – SECCIONAL SUCRE y la CLINICA LAS PEÑITAS LTDA, son administrativa y solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales causados a IRIDIS MARIA MEZA DIAZ, MARIA CLAUDIA MEZA RICARDO y ARNULFO ARTURO TAMARA TUIRAN, con ocasión de la muerte del hijo que esperaba IRIDIS MARIA MEZA DIAZ.

1.1.- Condénese al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – SECCIONAL SUCRE y a la CLINICA LAS PEÑITAS, a pagar:

A.- A IRIDIS MARIA MEZA DIAZ y ARNULFO ARTURO TAMARA TUIRAN,

1.1.1.- Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el daño emergente y el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sumen desde la fecha de su causación y hasta la fijación de indemnización), en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso.

(...)

B.- A los mismos demandantes

1.1.2.- Daños y perjuicios morales, a cada una de ellos, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de Dos Mil (2000) Gramos de Oro-Fino o el máximo que la Jurisprudencia del Consejo de Estado conceda.

¹ Folios 1 a 17 del Cuaderno N°. 1

C.- A *ARNULFO TAMARA TUIRAN*,

1.1.3.- Daños y perjuicios morales, con el con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de Dos Mil (2000) Gramos de Oro-Fino o el máximo que la Jurisprudencia del Consejo de Estado conceda, como consecuencia del perjuicio moral que recibió, debido al estado anímico en que quedó su compañera permanente por la pérdida de la criatura.

D.- A *MARIA CLAUDIA RICARDO MEZA*, representada legalmente por su señora madre *IRIDIS MARIA MEZA DIAZ*,

1.1.4.- Daños y perjuicios morales, con el con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de Dos Mil (2000) Gramos de Oro-Fino o el máximo que la Jurisprudencia del Consejo de Estado conceda, como consecuencia de la muerte del neonato que esperaba su señora madre.

1.1.5.- Daños y perjuicios morales, con el con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de Dos Mil (2000) Gramos de Oro-Fino o el máximo que la Jurisprudencia del Consejo de Estado conceda, como consecuencia del perjuicio moral padecido, debido al estado anímico en que quedó sumida su señora madre por la muerte del hijo que esperaba.

(...)". (Sic).

Como fundamento de las pretensiones la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

La señora Eridys María Meza Díaz, en su condición de afiliada al ISS, asistió a dicha institución con el fin de tratar el embarazo que le fue detectado en febrero de 1996. En una primera oportunidad, la demandante fue atendida por la doctora Martha Urueta, quien después de ordenar la práctica de una ecografía y otros exámenes a la paciente, determinó que el feto esperado se encontraba en forma transversal y que el embarazo era de cuidado, en atención a la edad de la paciente.

Posteriormente, la señora Meza Díaz fue remitida al ginecólogo Miguel Godín Díaz. Tras la práctica de nuevos exámenes a la paciente, el doctor determinó que el hijo esperado por la demandante era considerado "feto valioso" y que debía practicársele una cesárea, en atención a factores como la edad de la paciente, el hecho de tener un solo hijo, la circular de cordón umbilical que presentaba el feto al rededor del cuello y la posición transversal que éste mantenía. La atención de la paciente por parte del doctor Godín se extendió hasta el 15 de octubre de 1996, día en que concluyó el término de su contrato con el ISS; razón por la cual Eridys María Meza Díaz fue remitida a la Clínica Las Peñitas Ltda., ante la ausencia de otro ginecólogo que pudiese atenderla en el ISS.

En la mencionada Clínica, la demandante fue atendida por el doctor Ricardo Domínguez, quien, pese a la insistencia de la señora Meza Díaz respecto al diagnóstico del doctor Godín, señaló que la cesárea recomendada por el médico

tratante anterior para el 30 de octubre de 1996 no iba a ser necesaria y que las determinaciones que eventualmente se tomaran al respecto serían adoptadas al momento del parto.

El día 6 de noviembre de 1996 la paciente se presentó a la Clínica Las Peñitas con su compañero permanente, dados los dolores que presentaba. En dicha institución fue atendida por el doctor Plinio Díaz, quien manifestó que una vez practicado un tacto y otros exámenes al feto se podía establecer que éste no presentaba signos vitales, por lo cual se solicitó la presencia del ginecólogo Jaime Hernández. El doctor Hernández indicó que no se sentían los latidos del feto y que éste se ubicaba de manera transversal en el útero. Posteriormente, indagó a la paciente sobre si se le había advertido de la necesidad de una cesárea por las condiciones de su embarazo, a lo que ella respondió recordando las recomendaciones hechas por parte del doctor Miguel Godín Díaz. Seguidamente, el doctor Hernández ordenó que a la paciente se le practicara una cesárea, la cual se realizó con anuencia del compañero permanente de la madre gestante. El feto extraído mediante la intervención referida nació muerto.

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1. El Tribunal Administrativo de Sucre mediante providencia del 12 de junio de 1998² admitió la demanda, la cual fue notificada al gerente seccional de Sucre del Instituto de Seguros Sociales el 13 de julio de 1998³.

2.2. Dicha entidad contestó la demanda mediante escrito presentado el 17 de agosto de 1998⁴. El ISS se opuso a las pretensiones formuladas por la parte demandante; se pronunció sobre los hechos alegados, negó la existencia de algunos; solicitó la práctica de pruebas; y finalmente, alegó como única excepción la inexistencia de la falla en el servicio, la cual fundamentó en la suscripción de diversos contratos que garantizaron la prestación del servicio de salud a la demandante.

La entidad demandada sostuvo que los referidos contratos permitieron que la señora Meza Díaz fuese atendida, primero, por profesionales de la salud

² Folios 70 y 71 del Cuaderno N° 1.

³ Folio 74 del Cuaderno N° 1.

⁴ Folios 76 a 79 del Cuaderno N° 1.

vinculados al ISS; y posteriormente, por la Clínica las Peñitas Ltda., con la que existía un contrato de prestación de servicios de obstetricia y neonatología, además de afirmar que existían recursos propios de consulta externa que garantizaban la atención a la demandante. Por lo anterior, el ISS consideró inexistente la relación causa-efecto entre la indebida prestación del servicio de salud por parte del ISS y la muerte del feto esperado por la señora Eridys María Meza Díaz.

2.3. Ahora bien, por medio de providencia del 18 de noviembre de 1998⁵, el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre declaró la nulidad del auto admisorio de la demanda, atendiendo a que en dicho proveído no se incluyó a la clínica Las Peñitas Ltda. en calidad de demandada. En consecuencia, ordenó notificar a las entidades demandadas y correr traslado nuevamente por un término de 10 días para la contestación de la demanda por parte de las mismas⁶.

2.4. El apoderado de dicha institución contestó la demanda mediante oficio presentado el 9 de diciembre de 1999, en el que se opuso a la totalidad de las pretensiones de la misma, se pronunció sobre los hechos que la sustentan, solicitó la práctica de algunas pruebas y propuso las siguientes excepciones: i) falta de identidad de la demandante, dado que la paciente atendida por la Clínica se llama, según su cédula de ciudadanía, Eridys Meza Díaz y quien otorga poder para la presentación de la demanda es la señora Iridis Meza Díaz, lo que quiere decir que son personas distintas; ii) inexistencia de responsabilidad de la entidad demandada, teniendo en cuenta que la atención prestada por el equipo médico de la clínica se sujetó a la *lex artis* en la atención brindada a la paciente, de acuerdo con los resultados de los diversos exámenes que le fueron practicados; iii) inexistencia de las obligaciones, como excepción genérica; y por último, iv) culpa de la víctima, en primer lugar, porque la señora Meza Díaz afirmó tener una edad menor a la que se indica en su documento de identidad, falsedad de suma trascendencia dentro del diagnóstico y el tratamiento brindado a la paciente; y en segundo lugar, porque de acuerdo con la historia clínica de la paciente la fecha probable del parto era el 4 de noviembre de 1996 y, sin embargo, ella sólo se presentó a urgencias el 6 del mismo mes y año.

⁵ Folios 115 y 116 del Cuaderno N° 1.

⁶ El 24 de noviembre de 1999 se notificó de la demanda al Director de la Clínica Las Peñitas Ltda (Folio 118 del Cuaderno N° 1) y el ISS fue notificado nuevamente el 27 de diciembre de 1999, por conducto del Director seccional de dicha entidad (Folio 130 del Cuaderno N° 1).

2.5. El Instituto de Seguros Sociales nuevamente contestó la demanda y reiteró los argumentos antes expuestos⁷. Adicionalmente, solicitó llamar en garantía a la Clínica Las Peñitas Ltda, con fundamento en los contratos 004 y 319 de 1996 suscritos por las dos entidades, en virtud de los cuales dicha institución prestaría diversos servicios a los afiliados al ISS, entre ellos, los de neonatología y obstetricia⁸. Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, mediante auto del 25 de octubre de 2000⁹, consideró improcedente el llamamiento en garantía, pues la Clínica Las Peñitas Ltda. ya se encontraba vinculada al proceso en calidad de demandada.

2.6. Agotada la etapa probatoria¹⁰, a la cual se dio apertura mediante auto del 20 de abril de 2001¹¹, y habiéndose convocado a audiencia de conciliación sin lograrse acuerdo alguno¹², se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión¹³.

2.6.1. El apoderado de la Clínica Las Peñitas presentó alegatos de conclusión¹⁴, en los que reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda, en cuanto a la ausencia de responsabilidad respecto del daño sufrido por la demandante. Así mismo, restó valor a algunos de los testimonios recibidos, por considerar que resultaban sospechosos, poco precisos y sin idoneidad técnica. Además, destacó la importancia de valorar las declaraciones rendidas por el doctor Ricardo Domínguez, quien señaló que, en el caso concreto, los protocolos médicos correspondientes determinaban que la cesárea no era ineludible. Finalmente, llamó la atención sobre el concepto rendido por los peritos, que señalaron que ninguna de las condiciones presentadas por la paciente hacían necesaria la intervención quirúrgica mencionada y que el diagnóstico y tratamiento brindados por el doctor Ricardo Domínguez fueron adecuados.

2.6.2. Por su parte, el ISS alegó de conclusión mediante escrito del 25 de octubre de 2002¹⁵, y concluyó que no era responsable por la muerte del hijo que esperaba la señora Eridys María Meza Díaz, pues tal y como quedó demostrado a partir del dictamen pericial, la práctica de la cesárea no era indispensable y, adicionalmente,

⁷ Folios 137 a 141 del Cuaderno N° 1.

⁸ Folios 134 a 136 del Cuaderno N° 1.

⁹ Folios 178 y 179 del Cuaderno N° 1.

¹⁰ Auto del 21 de mayo de 2002. Folio 260 del Cuaderno N° 1.

¹¹ Folios 182 a 185 del Cuaderno N° 1.

¹² Folios 267 y 268 del Cuaderno N° 1.

¹³ Auto del 4 de octubre de 2002. Folio 270 del Cuaderno N° 1.

¹⁴ Escrito presentado el 28 de octubre de 2002. Folios 272 a 275 del Cuaderno N° 1.

¹⁵ Folios 276 a 281 del Cuaderno N° 1.

la paciente hizo una mala valoración su propia sintomatología, pues según lo afirmó, hasta el 5 de noviembre de 1996 percibió movimiento fetal, por lo tanto, debió asistir a la clínica al momento en que dicho movimiento cesara y no al otro día. Por último, señaló que a la ciencia médica no le asiste la exactitud que caracteriza a otras ciencias de la naturaleza, por lo que a los profesionales de la salud no se les puede endilgar responsabilidad por todo resultado adverso.

2.6.3. La parte demandante presentó alegatos de conclusión el 28 de octubre de 2002¹⁶, en los que reafirmó su planteamiento sobre la responsabilidad de las entidades demandadas.

En primer lugar, señaló que si bien los peritos rindieron concepto en el que indicaron que ninguna de las situaciones presentadas por la demandante individualmente considerada era indicativa de cesárea, lo cierto es que no se refirieron, ni siquiera en la aclaración solicitada, al hecho de que el embarazo de la paciente contaba con todas esas características en conjunto, como elemento esencial para determinar si el mencionado procedimiento era o no necesario.

En segundo término, señaló que en el proceso quedó acreditado que a la paciente se le dio una cita abierta, por lo que la señora Meza Díaz debía presentarse a la clínica cuando los signos de parto se lo indicaran, como efectivamente lo hizo. Por otra parte, cuestionó la política de la clínica en cuanto a que las cesáreas practicadas en la institución no debían superar el 25% de los nacimientos atendidos, pues ello es la prueba de que para mantener una estadística, se viola el derecho a la salud y a la vida de las pacientes. Así mismo, criticó el alcance dado por los peritos al término “feto valioso” y lo consideró errado, pues dicha terminología no es utilizada para sobrevalorar a una criatura respecto de otras, sino para señalar la poca posibilidad que tiene la madre gestante para quedar nuevamente en embarazo.

Por último, sostuvo que las entidades demandadas asumieron una actitud pasiva y negligente frente a las especiales condiciones del embarazo de la demandante y que no les está dado transmitir la responsabilidad por los hechos a la paciente, como lo pretenden, al alegar que ésta hizo una errada valoración de sus síntomas, pues las indicaciones del doctor Ricardo Domínguez llevaron a la paciente a dirigirse a la clínica sólo ante la presencia de dolores indicativos de parto.

¹⁶ Folios 282 a 307 del Cuaderno N° 1.

2.6.4. El Agente del Ministerio Público guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 16 de julio de 2003¹⁷, declaró la responsabilidad del Estado y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El *a quo* encontró probada una falla por parte de la Clínica Las Peñitas en cuanto a la atención brindada a la demandante. A su juicio, de las pruebas que obran en el proceso se puede concluir que la ecografía practicada por el doctor Miguel Godín Díaz el 26 de septiembre de 1996 daba cuenta de una probable circular de cordón umbilical, circunstancia que fue conocida por el doctor Ricardo Domínguez al momento de conocer del embarazo de la demandante. En consecuencia, consideró que al doctor Domínguez le eran exigibles mayores cuidados con relación a la situación de la paciente; pues, teniendo en cuenta la añosidad de la madre gestante, la macrosomía del feto, y la probable circular de cordón en el cuello de éste, circunstancias estas que se habían determinado con anterioridad, el 21 de octubre de 1996 se debieron realizar nuevos exámenes al feto y a la madre. Así mismo, el Tribunal cuestionó el hecho de que el dictamen pericial hubiere omitido la valoración conjunta de las circunstancias antes mencionadas.

Ahora bien, en cuanto a la posible responsabilidad del ISS, determinó que no obra prueba alguna en el expediente que permita desvirtuar que la atención prestada por este instituto a la demandante fue adecuada y oportuna; por tal razón, consideró que la responsabilidad por la muerte del feto recaía únicamente en la otra demandada, esto es, la Clínica Las Peñitas.

Finalmente, respecto de los perjuicios solicitados, sólo se encontraron probados los perjuicios morales sufridos por la señora Meza Díaz y por su hija; pues a juicio del Tribunal, el señor Arnulfo Arturo Tamara Tuiran no probó su calidad de compañero permanente de la demandante.

4. Los recursos de apelación

¹⁷ Folios 310 a 329 del Cuaderno Principal.

4.1. Mediante escrito presentado el 21 de agosto de 2003¹⁸, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

La parte actora fundamentó su recurso en que, de un lado, el Tribunal no responsabilizó de manera solidaria al ISS, pues sólo declaró la responsabilidad de la Clínica Las Peñitas Ltda. En opinión del recurrente, esta decisión es contraria al precedente jurisprudencial de esta Corporación, pues por ser la prestación del servicio de salud uno de los fines del Estado y el ISS la entidad estatal llamada al cumplimiento de dicha finalidad, el mencionado Instituto debe acudir a reparar solidariamente los perjuicios que se generan a terceros en la ejecución de sus funciones, no obstante el servicio de salud se hubiese prestado a través de un particular.

Del mismo modo, la parte demandante contravirtió la negativa del fallador de primera instancia a reconocer perjuicios morales al señor Arnulfo Arturo Tamara Tuiran. A su juicio, la calidad de compañero permanente de la madre gestante, que daría lugar al reconocimiento de los perjuicios sufridos por el citado demandante, surge de la conformación de una unión marital de hecho, institución que según la Ley 54 de 1990 se forma a partir de la voluntad de dos personas de convivir de manera singular y permanente. Así las cosas, el *a quo* habría incurrido en un error al confundir la unión marital de hecho con la sociedad patrimonial de hecho. Además, señaló que, en gracia de discusión, si el señor Tamara Tuiran no fuese el compañero permanente Eridys María Meza Díaz, también tendría derecho a ser indemnizado en su condición de padre biológico de la criatura fallecida.

4.2. El apoderado de la Clínica Las Peñitas interpuso recurso de apelación el 22 de agosto de 2003¹⁹. La demandada consideró que el juez de primera instancia, erróneamente, al valorar la historia clínica de la paciente, desconoció la experticia técnica de los peritos la cual sirve, entre otras cosas, para dar claridad sobre determinados aspectos involucrados en la *litis*, es más, en su opinión, los dictámenes periciales *“casi que tienen que ser acogidos en su totalidad por Jueces y Magistrados”*.

¹⁸ Folios 330 a 349 del Cuaderno Principal.

¹⁹ Folios 359 a 364 del Cuaderno Principal.

En cuanto al concepto rendido por el doctor Godín Díaz, médico del ISS que inicialmente atendió a la paciente, señaló que éste bajo ninguna circunstancia resultaba de obligatorio cumplimiento para los médicos que atendieron el embarazo de la demandante en etapas posteriores, tanto es así que según la versión rendida por el doctor Ricardo Domínguez, la situación de la paciente había cambiado cuando él la examinó; razón por la cual, le ordenó esperar a la fecha probable de parto, es decir, el 4 de noviembre de 1996.

También alegó la culpa de la víctima como causal de eximente de responsabilidad, pues, a su juicio, son dos los hechos determinantes en ese sentido: i) que la demandante Mesa Díaz mintió en relación con su edad, pues al momento de ser atendida manifestó tener 39 años y no 42 años, que era su edad real, información esencial para éste tipo de casos; y ii) que pese a que el doctor Godín Díaz le había recomendado a la paciente practicarse una cesárea en la semana 36 de su embarazo, tiempo que se cumplía el 4 de noviembre de 1996, ella sólo se presentó a urgencias el 6 de noviembre.

Finalmente, tachó como falsa la ecografía aportada por los demandantes, pues este documento da cuenta de la existencia de un feto en el vientre de la señora Meza Díaz y tiene fecha del 18 de diciembre de 1998; sin embargo, para esa fecha ya se había producido la muerte del feto y éste ya se le había extraído a la demandante.

Por último, pidió que se declarara la falta de identidad de la demandante, pues Eridys María Meza Díaz no es parte, pues quien demanda responde al nombre de Iridis María Meza Díaz

5. Actuación en segunda instancia.

5.1. Los recursos de apelación fueron concedidos en el efecto suspensivo mediante auto del 23 de septiembre de 2003 y admitidos por esta Corporación por medio de providencia del 15 de enero de 2004.

5.2. En auto del 19 de febrero de 2004 se dispuso correr traslado a las partes alegar de conclusión²⁰.

²⁰ Folio 380 del cuaderno ppal.

5.2.1. El apoderado de la Clínica Las Peñitas Ltda. presentó alegatos de conclusión el 5 de marzo de 2004²¹, escrito en el que solicitó que la sentencia de primera instancia fuese revocada. Así, alegó que, según literatura científica consultada, las circunstancias particulares del embarazo de la demandante no elevaban el riesgo del mismo; razón por la cual, la omisión de la cesárea no puede ser considerada como la causa de la muerte fetal. Señaló también que el riesgo de muerte del neonato es mayor en procedimientos de cesárea que en partos naturales y que es falsa la alegación del Tribunal en cuanto a que la decisión de omitir la multicitada intervención se hubiese fundamentado en argumentos estadísticos, pues dicha determinación fue tomada con base en las condiciones normales de desarrollo del embarazo de la paciente, las cuales, según la mencionada literatura científica, sugerían como conveniente una conducta expectante por parte del médico tratante.

Adicionalmente, calificó como temeraria la afirmación del *a quo* referida a que la causa de la muerte fetal fue la tensión del cordón umbilical alrededor del cuello, en cuanto la única prueba idónea para fundamentar tal afirmación sería una autopsia a la criatura fallecida, examen que jamás se practicó.

5.2.2. El Ministerio Público y la parte demandante guardaron silencio.

5.3. En ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, ésta Corporación citó a las partes el con el fin de llevar a cabo audiencia de conciliación el 19 de julio de 2012²², la Clínica Las Peñitas manifestó no tener ánimo conciliatorio²³.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 129 del Código Contencioso Administrativo y el 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de esta Corporación es competente para conocer del asunto, en razón de los recursos de apelación interpuestos por las partes, en proceso de doble instancia seguido contra el ISS y la clínica Las Peñitas, en sentencia del Tribunal Administrativo de

²¹ Folios 381 a 397 del cuaderno ppal.

²² Auto del 20 de febrero de 2012. Folio 407 del Cuaderno Principal.

²³ Folio 417 del Cuaderno Principal.

Sucre de 16 de julio de 2003, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda²⁴.

2. Objeto de las apelaciones

2.1. Previo a decidir, debe precisarse que los recursos de alzada contra la sentencia de primera instancia los interpusieron ambas partes; por lo que, por regla general, para resolver, la Sala deberá tener en cuenta lo previsto en el artículo 357 del C.P.C.²⁵, teniendo como fundamento los argumentos expuestos y desarrollados en el respectivo recurso de apelación²⁶.

2.2. El recurso impetrado por la clínica Las Peñitas Ltda. se dirige a que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, para que, en su lugar, se declare la ausencia total de responsabilidad por los hechos que condujeron a la muerte del hijo esperado por la señora Eridys María Meza Díaz. Como fundamento de su solicitud esgrimió los siguientes argumentos: i) que al momento de fallar debía prevalecer la experticia rendida por los peritos; ii) que debía declararse falta de identidad de la demandante; y finalmente iii) que debía declararse el hecho de la víctima, porque ésta mintió al personal médico sobre su edad y, además, asistió de forma extemporánea al servicio de urgencias.

²⁴ Según lo previsto en el artículo 132 del C.C.A, la cuantía exigida en el momento de la presentación de la demanda era de \$18.500.000, cuantía que sería determinada por el valor de la pretensión mayor. En el presente caso dicha pretensión ascendía a 2000 por concepto de perjuicios morales, suma equivalente a \$26'666.960.

²⁵ “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

²⁶ “Así pues, por regla general, a la luz de las disposiciones legales vigentes y según la interpretación que a las mismas les ha atribuido la Jurisprudencia nacional, se tiene entonces que el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez (...). [E]l juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos”. Sin embargo, “(...) conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, *i*) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; *ii*) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o *iii*) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Sala Plena, Sentencia del 9 de febrero de 2012, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 21060.

2.3. Por su parte, la parte actora pretende que se modifique la sentencia de primera instancia en cuanto a que: i) se declare la responsabilidad administrativa solidaria entre el I.S.S y la Clínica Las Peñitas Ltda.; y ii) se condene al pago de perjuicios morales a favor del señor al señor Arnulfo Arturo Tamara Tuiran, en calidad de padre biológico de la criatura muerta y compañero permanente de la madre de la misma.

3. Aspectos previos

3.1. Falta de identidad de la demandante

Según lo planteado por la Clínica Las Peñitas Ltda., existe una inconsistencia entre los nombres de quien recibió el tratamiento en sus instalaciones, Eridys María Meza Díaz, y quien se identifica como demandante dentro del presente plenario, Iridis María Meza Díaz. Dicha inconsistencia surge al comparar el nombre consignado en la cédula de ciudadanía de la demanante con el que fue escrito tanto en la demanda como en el poder que obran en este proceso.

No obstante lo anterior, para ésta Sala resulta evidente que la situación alegada por la recurrente obedece simplemente a un error mecanográfico cometido por la parte demandante, pues el número de cédula que se indica en la demanda, en el poder y en la historia clínica de la demandante conciden perfectamente entre sí y con el número previsto en el documento de identidad de la misma. En consecuencia, la excepción propuesta por la Clínica Las Peñitas Ltda., no fue probada.

3.2. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado- reiteración jurisprudencial

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²⁷ de la responsabilidad del Estado²⁸ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

²⁷ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

de los administrados²⁹ y de su patrimonio³⁰, sin distinguir su condición, situación e interés³¹. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad³²; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”³³.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³⁴ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁵ tanto por la acción, como por la omisión.

²⁸ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

²⁹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

³⁰ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

³¹ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

³² “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

³³ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

³⁴ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada – en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

³⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial 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. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”³⁶.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido 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”³⁷.

De igual manera, el precedente jurisprudencial 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”³⁸.

[daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

³⁶ 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.

³⁷ 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 límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

Así mismo, 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”³⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁴⁰, anormal⁴¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁴².

Ahora bien, en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁴³.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴⁴, según el cual, la indemnización

³⁹ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle 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”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁴⁰ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁴¹ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁴² Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁴⁴ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de

del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴⁵. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁴⁶.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁴⁷. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁴⁸.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁴⁹. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁵⁰.

los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁵ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁶ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁴⁷ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁴⁸ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁹ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵⁰ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵¹ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵² que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁵³.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁵¹ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62.

⁵² “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64.

⁵³ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁵⁴ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵⁵. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁵⁶.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

⁵⁴ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁵⁵ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^{57,58}.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas (sic) de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión⁵⁹. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella⁶⁰.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

⁵⁷ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁵⁹ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990. Pag. 389.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

3.3. Régimen de responsabilidad por la actividad médico obstétrica-reiteración jurisprudencial⁶¹.

Inicialmente la Sección Tercera de esta Corporación sostuvo que tratándose de un embarazo normal y cuando el daño se hubiese causado durante el parto, la responsabilidad del Estado sería, en principio, objetiva, pues se estaba ante una obligación de resultado, en el entendido que se trataba de un proceso normal y natural y no de una patología⁶².

Así las cosas, para probar la responsabilidad del Estado era necesario acreditar la práctica o no de los exámenes requeridos para establecer cómo se encontraba el proceso de embarazo (por ejemplo, monitoreo uterino y estudio pelvimétrico). De igual manera, debía demostrarse que la madre, pese a que se hubiese presentado a la entidad médica para ser atendida en el trabajo de parto, la atención, no se hubiere producido de forma oportuna. En este sentido se sostuvo que:

“(...) la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles”.

En consecuencia, se trataba de una obligación de resultado, en la medida en que:

“(...) se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer”.

Sin embargo, posteriormente el precedente jurisprudencial cambió y se sostuvo que, en estos casos, el título o criterio de imputación sería la falla del servicio, la cual podría demostrarse indiciariamente⁶³.

De manera más reciente, la Corporación ha considerado que el daño causado durante el parto de un embarazo normal constituye indicio de falla del servicio. Sin

⁶¹ En este sentido véanse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 25 de mayo de 2011, Exp. 19760; 19 de agosto de 2011, Exp. 20655 y 21 de septiembre de 2011, Exp. 20645.

⁶² Sentencia de 17 de agosto de 2000, Exp. 12123.

⁶³ Sentencia de 17 de agosto de 2000, Exp. 13542; 7 de diciembre de 2004, Exp. 14767 y 11 de mayo de 2006, Exp. 14.400.

embargo, si el proceso de gestación presenta alguna patología o riesgo, no opera tal indicio⁶⁴. Así, en sentencia de 26 de marzo de 2008, se dijo que:

“ (...) la responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos momentos, varios protagonistas de la misma, desde que la paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dada de alta o se produce su deceso (...).”

En este orden de ideas, debe demostrarse que:

“ (...) el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica”.

Esta posición se reiteró en la sentencia de 1º de octubre de 2008, en la que se sostuvo que era necesario reconocer el indicio grave de falla del servicio *“siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento”*⁶⁵. En otros términos, que se hubiera agotado con diligencia y exhaustividad el contenido prestacional y el contexto o resultado curativo no se hubiera logrado⁶⁶. Incluso, puede encontrarse dicho indicio en la falta de aplicación de los protocolos médicos ante el riesgo que implicaba para el feto una circunstancia específica en el momento de su alumbramiento.

Lo anterior se ve reforzado, en mayor medida, si se tiene en cuenta que la propia Sala ha reconocido una especial significación en los casos de responsabilidad médica - obstétrica, al señalar que los mismos, si bien no deben ser decididos bajo el esquema de la responsabilidad objetiva, sí debe reconocerse un indicio grave de falla del servicio, siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido después la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento⁶⁷.

4. Caso concreto

4.1. Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra **acreditados los siguientes hechos:**

⁶⁴ Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente: 16085.

⁶⁵ Sentencia de 1 de octubre de 2008, Exp. 27268.

⁶⁶ Sentencia de 7 de octubre de 1999, Exp.12655.

⁶⁷ Sentencia de 1 de octubre de 2008, Exp. 27268.

- a) Que Eridys María Meza Díaz es la madre de María Claudia Ricardo Meza⁶⁸.
- b) Que, para el momento de los hechos, Arnulfo Arturo Tamara Tuiran era el compañero permanente de Eridys María Meza Díaz. Al respecto, obran los testimonios de Patricia del Socorro Martínez Meza⁶⁹ y de Ana María Márquez de Mármol⁷⁰, quienes se refieren al señor Tamara Tuiran como el esposo de Eridys María Meza Díaz, con quien convivía⁷¹.
- c) Que la señora Eridys María Meza Díaz nació el 14 de enero de 1954 y está identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.100.617⁷².
- d) Que el Instituto de Seguros Sociales y la sociedad Clínica Las Peñitas Ltda. suscribieron un contrato de compra de servicios de salud⁷³. Dentro de las obligaciones asumidas por la contratista, esto es, la Clínica Las Peñitas, se encontraba la prestación de los servicios de obstetricia y neonatología por un término de 5 meses contados a partir del 4 de octubre de 1996, fecha en que fue aprobada la garantía única por parte del I.S.S⁷⁴.
- e) Con relación a la atención y tratamiento que recibió la demandante Eridys María Meza Díaz, tanto en el I.S.S como en las dependencias de la Clínica Las Peñitas Ltda., en razón de su embarazo, se tendrán por probados los siguientes hechos:
- Que la señora Meza Díaz fue atendida por médicos del I.S.S desde el 15 de mayo de 1996⁷⁵ y hasta el 15 de octubre del mismo año⁷⁶.
 - Que durante la atención prestada por dicha entidad, el médico tratante recomendó la práctica de una cesárea al cumplimiento de la semana 39, en atención a las características del embarazo, a saber: la añosidad de la paciente, el tamaño macrosómico del feto y el carácter "valioso" del mismo, esto es, la dificultad que podría presentar la paciente para quedar embarazada nuevamente debido a su edad. Para el 15 de

⁶⁸ Copia autenticada del registro civil de nacimiento de María Claudia Ricardo Meza (Folio 21 del Cuaderno N° 1).

⁶⁹ Folios 210 a 213 del Cuaderno N° 1.

⁷⁰ folios 217 y 218 del Cuaderno N° 1.

⁷¹ Folios 210 a 213 del Cuaderno N° 1.

⁷² Copia auténtica de la tarjeta alfabética. Folios 199 y 200 del Cuaderno N° 1.

⁷³ Copia auténtica del contrato. Folios 53 a 61 del Cuaderno N° 1.

⁷⁴ Folios 64 del Cuaderno N° 1.

⁷⁵ Apertura de historia clínica en la seccional Sucre del I.S.S. Folios 26 y 27 del Cuaderno N° 1.

⁷⁶ Última nota de historia clínica reseñada por personal del I.S.S. Folio 30 del Cuaderno N° 1.

octubre de 1996, fecha de la última consulta en el I.S.S, la paciente tenía 37 semanas de embarazo⁷⁷.

- Que posteriormente, el 21 de agosto de 1996, la Clínica Las Peñitas Ltda. asumió la atención de la señora Meza Díaz en virtud del contrato suscrito con el I.S.S⁷⁸.
 - Que durante la consulta a la que asistió la demandante en la referida clínica, el médico tratante determinó como fecha probable del parto el 4 de noviembre de 1996 y dejó una cita abierta a la paciente⁷⁹. Es decir, que aquella debería presentarse a la clínica cuando lo creyera necesario⁸⁰.
 - Que el día 6 de noviembre de 1996 la señora Eridys María Meza Díaz presentó dolores de parto, por lo que se dirigió a la Clínica Las Peñitas⁸¹, donde fue atendida en el servicio de urgencias por el Doctor Plinio Díaz, quien observó la ausencia de frecuencia cardiaca fetal⁸².
 - Que, posteriormente, el Doctor Jaime Hernández decidió practicarle a la paciente una cesárea⁸³ y que como resultado de la intervención quirúrgica se obtuvo la extracción de un feto obitado⁸⁴.
- f) Que el embarazo de la señora Eridys María Meza Díaz no presentaba riesgos anormales, pero tenía tres características especiales, entre las que cabe resaltar, **la posible circular de cordón umbilical**, tal como se desprende de lo establecido por el dictamen pericial rendido por los señores

⁷⁷ *Ibíd.* Además, véase también el testimonio del Doctor Miguel Godín Díaz. Folios 204 a 207 del Cuaderno N° 1.

⁷⁸ Nota de historia clínica. Folio 31 del Cuaderno N° 1.

⁷⁹ Nota de historia clínica. Folio 31 del Cuaderno N° 1.

⁸⁰ En la historia clínica (folio 31 del Cuaderno N° 1) se observa la anotación “cita abierta”, lo que según lo que se señaló en el dictamen pericial significa que “*la paciente libremente podía ir a la Clínica al inicio de su trabajo de parto ó en el momento que ella considerara que ameritaba consulta obstétrica entre el 21 de Octubre de 1996 (fecha de su última consulta) y el 07 de Noviembre de 1996 cuando cumplía 40 semanas de gestación*” (Sic.). Folios 240 a 242 del Cuaderno N° 1.

⁸¹ Interrogatorio realizado a la señora Eridys María Meza Díaz. Folios 224 a 227 del Cuaderno N° 1.

⁸² Testimonio del Doctor Plinio Moisés Díaz. Folios 208 y 209 del Cuaderno N° 1. Nota de historia clínica.

⁸³ Testimonio del Doctor Plinio Díaz. Folios 208 y 209 del Cuaderno N° 1.

⁸⁴ Epicrisis de fecha 7 de noviembre de 1996, donde se lee: “*óbito fetal por ecografía, no actividad uterina y situación transversa, se decide llevar a cesárea, evolucionando bien y obteniéndose RN muerto de 4300 gr de peso de sexo fem y talla 53 cm + pomey.*” (Sic.). Folio 39 del Cuaderno N° 1.

Francisco Vergara Villareal y Fredy Jaraba Romero, con base en la lectura de la historia clínica de la paciente del cual se extrae lo siguiente⁸⁵:

“En definitiva se trata del caso de una embarazada de 39 años de edad con el antecedente de haber tenido un parto por vía vaginal nueve (9) años antes, y quien tuvo su última menstruación normal el 29 de Enero de 1996 (fecha probable de parto 07 de Noviembre de 1996) y quien presentó una evolución normal del embarazo hasta su último control prenatal el día 21 de Octubre de 1996 (Clínica de las Peñitas, a través del Doctor RICARDO DOMINGUEZ GUERRERO), lo que se reafirma si consideramos que tres (3) semanas antes se le practicó una ecografía obstétrica que informó: EMBARAZO UNICO EN CEFALICA DE 35.5 SEMANAS y PROBABLE CIRCULAR DE CORDON, y en la cual, el líquido amniótico y la placenta se informan como normales para la edad gestacional y seis (6) días antes, un monitoreo fetal que mostró un trazo “REACTIVO” (Normal). En el control practicado por el Doctor RICARDO DOMINGUEZ GUERRERO el día 21 de Octubre de 1996, realizó un examen obstétrico, encontrando una altura uterina de 34 Cms, frecuencia cardíaca fetal normal y al tacto vaginal confirmó presentación cefálica en ese momento, con lo cual, le deja cita abierta a la paciente (volver a la clínica en el momento que ella lo crea necesario).”

- g) Que ninguna de las características del embarazo de la señora Eridys María Meza Díaz indicaban la necesidad de practicarle una cesárea, como se afirma en el mismo dictamen pericial, en el cual se lee:

“El análisis de la historia Clínica folios 26 a 31 no nos permite encontrar ninguna indicación de operación cesárea, ni de ninguna atención efectiva del caso (...).”

Del acervo probatorio recaudado dentro del presente proceso se concluye que la señora Eridys María Meza Díaz fue atendida en las instalaciones de la seccional Sucre del I.S.S donde le fue detectado un embarazo, cuyas características llevaron a que el profesional de la salud encargado del caso recomendara la práctica de una cesárea en la semana 39 del mismo.

Posteriormente, la señora Meza Díaz fue atendida en la Clínica Las Peñitas Ltda., en cumplimiento del contrato suscrito por dicha clínica y el I.S.S. En esta oportunidad, el médico que la atendió no tuvo en cuenta la valoración realizada antes en el I.S.S. y consideró innecesaria la práctica de la cesárea que había sido recomendada. Así las cosas, determinó que la paciente debía presentarse cuando lo estimara conveniente y que las decisiones sobre una posible cesárea se tomarían al momento del trabajo de parto. Como consecuencia de lo anterior, a la

⁸⁵ Folios 240 a 242 del Cuaderno N° 1.

paciente se le dio una cita abierta, lo que significaba que debía asistir al servicio de urgencias de la Clínica Las Peñitas entre los días 21 de octubre de 1996 y 7 de noviembre del mismo año, cuando presentara síntomas indicativos de trabajo de parto. Teniendo en cuenta que se señaló el 4 de noviembre de 1996 como fecha probable del parto.

El 6 de noviembre de 1996, en horas de la mañana, la señora Meza Díaz sintió dolores de parto por lo que se dirigió al mencionado servicio de urgencias. A su llegada fue examinada por el profesional de turno, quien notó la ausencia de frecuencia cardíaca del feto y procedió a llamar al especialista en gineco-obstetricia para el tratamiento del caso. Tras conocer la situación de la paciente y su feto, el especialista ordenó la práctica de una cesárea, cuyo producto fue la extracción de un feto obitado.

4.2. En cuanto al daño antijurídico, la Sala reitera que éste, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable: i) bien porque es contrario a la Constitución Política o, en general, a cualquier norma de derecho positivo, o ii) porque sea irrazonable, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

El precedente de la Corte Constitucional sobre el tema 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”*⁸⁶. Así mismo, se afirma 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”*⁸⁷ (Sic).

⁸⁶Corte Constitucional, Sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. 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.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1° de agosto 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Puede verse también: Corte Constitucional, Sentencia C-918 de 29 de octubre de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama

Por otra parte, la Corte también ha considerado 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”*⁸⁸.

Ahora bien, la noción de daño antijurídico es un concepto 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 ha señalado 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”*⁸⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁹⁰, anormal⁹¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁹².

En este orden de ideas, *“el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo*

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 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.

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1º de agosto de 1996, M.P.: Alejandro Martínez caballero y C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. 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.

⁸⁹ 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”. Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de mayo de 2005. Exp. 2001-01541 AG, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

⁹¹ “(...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

⁹² Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de junio de 2005. Exp. 1999-02382 AG, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

*esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil*⁹³.

Así las cosas, el daño se convierte en el primer elemento de la responsabilidad, es la causa de la reparación, se trata de un requisito indispensable para declarar la responsabilidad del Estado⁹⁴. Sin embargo, pese a la existencia del daño, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, “*es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre*”⁹⁵.

Una vez el juez logra verificar la existencia del daño, le corresponde determinar la naturaleza del mismo, esto es, analizar si es posible calificarlo como **antijurídico o injusto**, puesto que a la luz del artículo 90 de la Constitución Política el Estado responderá patrimonialmente **sólo por los daños antijurídicos que le sean imputables**, lo que significa que no habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado cuando el juez concluya que el demandante tenía el deber de soportar el daño sufrido⁹⁶. Y, ¿cuándo se está ante un daño antijurídico?, cuando el ordenamiento jurídico no se lo impone a quien lo sufre, dicho de otro modo, cuando no existe una razón legal o de derecho que obligue a padecerlo⁹⁷.

Realizada la valoración probatoria, la Sala encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico consistente en la pérdida de la vida del feto esperado por la señora Eridys María Meza Díaz.

4.3. Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente **juicio de imputación**, que permita determinar si dichos daños pueden ser atribuidos fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o alguna de ellas, o si opera alguna de las causales

⁹³ Hineyrosa, Fernando. *Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa*. Citado por Henao, Juan Carlos. *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 36.

⁹⁴ Respecto del daño como presupuesto para declarar la responsabilidad del Estado y como primer elemento a estudiar en los procesos de reparación directa, véase, entre otras sentencias, Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 10 de septiembre de 1993, Exp. 6.144, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández; del 2 de marzo de 2000, Exp. 11.135; del 9 de marzo de 2000, Exp. 11.005; del 16 de marzo de 2000, Exp. 11.890; del 18 de mayo de 2000, Exp. 12.129; del 4 de diciembre de 2002, Exp. 12.625; del 4 de diciembre de 2007, Exp. 16.241; del 1 de diciembre de 2008, Exp. 16.472.

⁹⁵ Henao, Juan Carlos. *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 38.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2002, Exp. 12.625.

⁹⁷ Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá, Editorial Temis, 5ª Edición, 2011, pp. 28 y ss.

exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

Al analizar el acervo probatorio, se encuentra acreditado que la señora Eridys María Meza Díaz fue atendida por las entidades demandadas en su condición de afiliada del I.S.S y por motivo de su segundo embarazo. Además, se probó que la decisión que tomó el personal médico de la Clínica Las Peñitas Ltda. durante la consulta del 21 de octubre de 1996 fue la de esperar al momento del parto con el fin de determinar si debía llevarse a cabo el procedimiento de manera natural o si debía intervenir a la gestante mediante cesárea.

Así las cosas, tal y como lo sostuvo el *a quo*, para la Sala resulta claro que el daño antijurídico sufrido por los demandantes se produjo como consecuencia de la falla en el servicio en que incurrió la Clínica Las Peñitas Ltda. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, pero, como se explicará más adelante, no se comparten plenamente los argumentos esgrimidos por el Tribunal como fundamento para declarar la responsabilidad del Estado, pues éste consideró que la falla del servicio había consistido en la negativa del médico de la Clínica Las Peñitas a practicar la cesárea que había sido recomendada previamente por el médico del I.S.S.

En este orden de ideas, si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que del desenlace negativo de un embarazo desarrollado en condiciones normales, que se produce como consecuencia de la intervención médica, nace un indicio grave de falla en el servicio respecto de la entidad encargada de la atención de la madre gestante, la Sala observa que en el *sub examine* no es dable aplicar dicho precedente, por cuanto la propabilidad de circular de cordón en el cuello del feto detectada por el primer galeno tratante, si bien no constituye un diagnóstico de obligatorio cumplimiento para el médico que posteriormente se encargará del embarazo, sí debió ser analizado por parte de éste último al momento de tomar las determinaciones del caso.

Según se extrae de lo probado en el expediente, la decisión tomada por el doctor Ricardo Domínguez consistió en esperar al momento del parto para decidir la manera en que éste había de producirse, sin tomar medidas respecto de lo diagnosticado por quien le antecedió en la atención de la señora Eridys María Meza Díaz.

Para ésta Sala, el referido profesional de la salud tenía dentro de sus obligaciones la de corroborar mediante exámenes y procedimientos idóneos y pertinentes la veracidad de lo establecido por el doctor Miguel Godin Díaz y la continuidad de las circunstancias por él detectadas, para tener una base sólida que le permitiera tomar las decisiones adecuadas al caso concreto.

Así las cosas, la referida falla en la prestación del servicio de salud no consistió en la omisión de la práctica de la cesárea, sino en la conducta descuidada y negligente del médico tratante al programar una cita abierta a la paciente, cuando ésta se encontraba entre las 38 y las 39 semanas de gestación y su feto tenía una probable circular de cordón umbilical en el cuello, puesto que dicha decisión permitió que el embarazo de la señora Meza Díaz culminara sin la adecuada supervisión sobre el estado de aquel.

En conclusión, el daño antijurídico resulta atribuible fáctica y jurídicamente a la Clínica Las Peñitas Ltda.

4.4. Ahora bien, para la Clínica Las Peñitas, y según el concepto rendido por los peritos, el resultado fatal del embarazo de la demandante fue producto de la **culpa exclusiva de la víctima**, por tres razones: i) debido a una mala valoración de su signología por parte de la propia demandante; ii) porque la señora Meza Díaz acudió a la clínica después de la fecha que el Doctor Godín Díaz había determinado inicialmente para la práctica de la cesárea; y iii) porque la demandante supuestamente mintió al personal médico respecto de su edad, pues habría afirmado que tenía 39 años, cuando en realidad tenía 42 años.

En consecuencia, la Sala se ocupará de analizar la eventual configuración de un hecho de la víctima como causal eximente de responsabilidad dentro del presente proceso.

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado⁹⁸. Tales elementos han sido definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16235. Cfr. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, págs. 332 y 333. El hecho de la víctima trae como consecuencia “*la absolución completa*” cuando “*el presunto*”

En primer lugar, la irresistibilidad alude a la *“imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—*.⁹⁹

La irresistibilidad no supone que la mera dificultad se erija en imposibilidad total, no obstante, *“ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano”*. Así, en cada caso el Juez deberá interpretar *“La imposibilidad de ejecución (...) de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida”*¹⁰⁰.

Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de *“de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”*¹⁰¹. En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que *“resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con*

responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima” (...)“Para constituir una causa ajena, un acontecimiento, ya se trate de acontecimiento anónimo (caso de fuerza mayor stricto sensu), del hecho de un tercero o de una culpa de la víctima, debe presentar los caracteres de la fuerza mayor (lato sensu); es decir, ser imprevisible e irresistible.”

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16.530, y Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18800.

¹⁰⁰ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilites*, Bruselas, 1981, pág. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pág. 19.

¹⁰¹ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, pág. 21.

*independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia*¹⁰².

En tercer lugar, la exterioridad de la causa extraña respecto del demandado “se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que (se) invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente (...) la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada”¹⁰³.

A su vez, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha reconocido que procede la declaratoria del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad aun tratándose de menores de edad y dementes. En este sentido, esta corporación ha señalado que “la valoración sobre la intervención causal de la víctima se puede declarar aun tratándose de menores de 10 años y de los dementes, quienes si bien no son susceptibles de cometer culpa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2346 del Código Civil, su actuación puede exonerar de responsabilidad a la entidad demandada cuando sea causa exclusiva del daño”¹⁰⁴.

Por último, es preciso resaltar que siempre que la actuación de la víctima sea la causa única, exclusiva o determinante del daño, resulta innecesario valorar el elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad a la administración¹⁰⁵.

De otra parte, si bien la jurisprudencia ha desarrollado las anteriores definiciones de los elementos del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad, el Consejo de Estado ha reconocido que deberán examinarse por el Juez en cada caso concreto de conformidad con el material probatorio allegado al expediente¹⁰⁶.

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16.530.

¹⁰³ *Ibidem*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18800.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Exp. 17179, entre otras.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 1996, C.P.: CARLOS BETANCUR. Exp. 9616. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Para el caso concreto, se observa que ninguno de los hechos descritos al inicio del presente aparte son constitutivos de causa extraña, puesto que no cumplen con los requisitos señalados. El argumento referido a una mala valoración de su signología por parte de la señora Eridys María Meza Díaz no tiene ninguna vocación de prosperidad, pues era la entidad encargada de la atención del embarazo de la demandante (Clínica Las Peñitas Ltda.) la que debía realizar dicha valoración en cumplimiento de sus obligaciones como contratista del I.S.S; y porque a juicio de esta Sala, resulta inaceptable exigir de la demandante una actividad que requiere de conocimientos médicos especializados.

Respecto del momento en el que la paciente acudió a la clínica, la Sala no encuentra acreditado que esta hubiese debido hacerlo el día para el que inicialmente estaba programada la cesárea, pues la paciente actuó en estricto acatamiento de las instrucciones dadas por el médico que la estaba tratando en ese momento. En otras palabras, para la clínica era completamente previsible que la paciente siguiera las indicaciones de su médico y, por tanto, sólo asistiera a la clínica cuando creyera que había empezado el trabajo de parto, tal y como lo hizo; razón por cual, no le es dable a la demandada exigirle una conducta diferente a la demandante.

Por último, con relación a la supuesta falsedad en que incurrió la demandante al proporcionar al personal de la clínica Las Peñitas una información falsa en cuanto a su edad, la Sala encuentra que, si bien está probado que los médicos tratantes dieron por hecho que la paciente tenía 39 y no de 42 años, no se acreditó que dicha información hubiese sido suministrada por la señora Meza Díaz y no hubiese obedecido a un error del personal al momento de tomar los datos de la paciente para vertirlos en la historia clínica. Además, en gracia de discusión, se haberse probado este hecho, lo cierto es que según lo afirmaron los peritos en su dictamen y según lo alegó la misma entidad demandada en su defensa, la edad de las mujeres al momento del parto no es indicativa de la necesidad de un tratamiento diferenciado ni de un riesgo mayor en el desarrollo de éste.

Por todo lo dicho, la Sala considera que el hecho de la víctima como causal de exoneración no se encuentra probado.

4.5. Adicionalmente, la Sala debe pronunciarse acerca de **si el daño solamente es imputable a la Clínica Las Peñitas Ltda, o también debe ser imputado a el I.S.S,** tal y como lo solicita la parte demandante en el recurso de apelación.

Al respecto cabe recordar que ésta Corporación ha establecido la imputabilidad jurídica que le asiste a las entidades públicas por el hecho de sus contratistas respecto de los daños que se causen con ocasión del ejercicio de funciones públicas confiadas a aquellos. Dicha afirmación encuentra sustento jurídico en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual los contratistas vinculados a la administración oficián como agentes suyos, dado que *“al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales (...) colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social”*¹⁰⁷.

Así las cosas, ésta Sala entiende que en virtud del contrato No. 319 la Clínica Las Peñitas Ltda. fue contratada por el Instituto de Seguros Sociales para la prestación de los servicios de obstetricia y neonatología. Por ello, le asiste a dicha clínica la calidad de agente respecto del I.S.S.

Corresponde entonces a la Sala determinar la viabilidad de la declaración de responsabilidad solidaria entre las entidades demandadas.

Respecto del tema de la responsabilidad solidaria, ésta Corporación decantó sus características en Sentencia del 19 de julio de 2010¹⁰⁸. Así:

“Ha señalado esta Sección que las obligaciones solidarias¹⁰⁹, son aquellas en que existiendo pluralidad de acreedores (solidaridad activa)¹¹⁰ o de deudores (solidaridad pasiva), según el extremo del vínculo de que se trate, cada uno de éstos debe de manera íntegra y total la obligación a cada uno de aquéllos de forma que cualquiera de los acreedores puede exigir el total de la deuda a cada uno de los deudores y el pago realizado por uno de ellos a uno cualquiera de los acreedores, extingue la obligación de todos y para con todos.

¹⁰⁷ Al respecto Sentencia del 22 de abril de 2004. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 15088.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 38341. C.P Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰⁹ Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 15 de octubre de 2008, Exp. 22.342.

¹¹⁰ *“ARTICULO 1570. <SOLIDARIDAD ACTIVA>. El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante. “La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de estos no haya demandado ya al deudor.”*

En efecto, el inciso segundo del artículo 1568 del Código Civil dispuso que:

“...en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley...”

(...)

*Son varias las características que singularizan la obligación solidaria pasiva: a) pluralidad de sujetos, dada la naturaleza de esta clase de obligaciones; b) unidad de objeto, esto es, una prestación única y común (art. 1569 c.c.¹¹¹), sin que resulte determinante que sea ella divisible o indivisible, pues en últimas la inejecución de la obligación transforma su objeto en el subrogado pecuniario, que por naturaleza es divisible; c) la pluralidad de vínculos entre el acreedor y los deudores¹¹²; d) texto expreso de la ley o expresa voluntad de las partes que la establezca en el respectivo negocio jurídico (contrato o testamento), pues en el derecho civil la solidaridad no se presume; y e) **exigencia del pago total de la obligación por parte de cada acreedor a cualquiera de los deudores, a varios de ellos o a todos** (“tota in toto et tota in qualibet parte”).*

(...)

Ahora bien, como lo prevé el inciso tercero del artículo 1568 del Código Civil analizado, la solidaridad pasiva nace por disposición expresa de la ley, del testamento o la convención, razón por la cual es una excepción en el régimen civil; mientras, en contraste, en el régimen comercial, la solidaridad es la regla general, en tanto se presume de acuerdo con el artículo 825 del C. de Co., que cuando varias personas se han obligado a una misma prestación, todas ellas se han obligado solidariamente.

En este sentido, el artículo 2344 del Código Civil establece la solidaridad en la responsabilidad extracontractual, como sanción civil a una falta común que otorga una ventaja de reparación a la víctima, así:

“Artículo 2344. Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 [daños causados por la ruina de un edificio] y 2355 [daños causados por la cosa que se cae o arroja de la parte de superior de un edificio].

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.”

Finalmente, en el régimen penal también se ha consagrado esta responsabilidad solidaria por los daños que tienen por fuente el delito; así tanto en el Código Penal de 1980 (Decreto – ley 100, Art. 105), como en el actual previsto en la Ley 599 de 2000 se estableció que “[l]os daños causados con la infracción deben ser reparados por los

¹¹¹ “ARTICULO 1569. <IDENTIDAD DE LA COSA DEBIDA>. La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros.”

¹¹² La doctrina menciona que son tres las características que sobresalen en la definición de las obligaciones solidarias en general: “...a) la pluralidad de los sujetos activos o pasivos...b) la pluralidad de vínculos entre el acreedor o acreedores y el deudor o deudores; y c) la unidad de objeto, o sea, de la prestación...” Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, Régimen General de las Obligaciones; Edt. Temis, 2002; octava edición, Pág. 240.

penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder...” (Art. 96).

*En conclusión, cuando existen obligaciones solidarias pasivas, es facultad del acreedor demandar a **todos los deudores solidarios conjuntamente, o a uno de ellos a su arbitrio para exigir la totalidad de la deuda, lo cual implica que la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva dentro del proceso judicial, y que ni el juez tenga la competencia de conformar la relación procesal litis consorcial, así como tampoco el demandado la posibilidad jurídica de solicitarla.***”

En el caso que objeto de estudio, no cabe duda de que al haberse producido el daño reclamado por los demandantes como consecuencia de una negligencia en la actuación del contratista del ISS, dicha entidad también debe concurrir a indemnizar solidariamente a los actores, comoquiera que el resultado lesivo le es imputable jurídicamente.

Habiéndose determinado la responsabilidad administrativa solidaria que les asiste a las entidades demandadas, procede la Sala a liquidar los perjuicios que eventualmente han de ser reparados.

5. Liquidación de perjuicios

5.1. Perjuicios Morales

En el recurso de apelación interpuesto por la parte actora se solicitó el reconocimiento de perjuicios morales en favor del señor Arnulfo Arturo Tamara Tuiran en un valor equivalente a dos mil gramos de oro, puesto que en la decisión de primera instancia le fueron negados.

Dicha pretensión se fundamenta en que, a juicio de la parte demandante, al señor Támara Tuiran le asiste la condición de compañero permanente de la señora Meza Díaz y de padre del feto obitado.

Esta Sala encuentra infundada la decisión del Tribunal Administrativo de Sucre de denegar al señor Tamara Tuiran el reconocimiento de perjuicios morales por el daño causado al considerar que no se había probado la condición en la que éste concurrió al proceso, es decir, la de compañero permanente de la señora Eridys María Meza Díaz y padre del feto obitado.

Según lo previsto en artículo 1 de la Ley 54 de 1990, se denominan compañeros

permanentes a quienes forman una unión marital de hecho, la cual se constituye a partir de la prueba de la comunidad permanente y singular formada por aquellos que no están casados¹¹³.

Ahora bien, la existencia de la unión marital de hecho podrá probarse por cualquiera de los medios de prueba previstos en el Código de Procedimiento Civil y será de conocimiento de los jueces de familia, en primera instancia (Ley 979 de 2005, artículo 2). Cosa distinta es que la existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se presume y que el juez esté llamado a declararla en dos situaciones: i) cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio; ii) cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho (Ley 979 de 2005, artículo 1).

De ese modo, para acreditar la existencia de la unión marital de hecho debe probarse lo siguiente: i) la unión, es decir, la cohabitación, ii) que la unión se efectuó entre dos personas, iii) que no contrajeron matrimonio entre sí, iv) que entre quienes la conforman exista una comunidad de vida permanente, y v) que dicha unión sea de carácter singular, es decir monogámica,.

Así las cosas, al no existir tarifa legal en relación con la prueba de la unión marital de hecho, y por ende de la condición de compañero o compañera permanente, la Sala considera que los testimonios obrantes en el proceso dan cuenta del cumplimiento de las condiciones antes referidas. En otras palabras, al señalarse en los testimonios que el señor Tamara Tuiran y la señora Meza Díaz convivían, considerarlo como “el esposo” de ésta y padre del feto obitado, la Sala estima que el trato y la fama como compañero permanente de la señora Meza Díaz fueron debidamente acreditados por vía testimonial¹¹⁴.

En relación con la prueba de la paternidad del señor Arnulfo Arturo Tamara Tuiran

¹¹³ “Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.”

¹¹⁴ Folios 210 a 213 y folios 217 a 218 del Cuaderno N° 1.

respecto del hijo que esperaba su compañera permanente, la señora Eridys María Meza Díaz, resulta aplicable el artículo 213 del Código Civil en cuanto dispone lo siguiente:

ARTICULO 213. El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.

Se está entonces ante una presunción, que tradicionalmente se ha conocido como presunción de paternidad. "(...) [L]as presunciones se fundamentan en el acontecer lógico de ciertos sucesos en relación con otros (...) en estos casos las presunciones son sólo elementos que conforman una operación intelectual del juez para reconstruir un hecho pasado (...). Las presunciones solamente señalan la vía que el juzgador debe seguir para concluir a partir de hechos concretos conocidos, que no tienen función representativa, la existencia o no de hechos desconocidos como en caso de las operaciones mentales que efectúa el juzgador en las presunciones hominis o las que lleva a cabo el legislador en las legales, para imponer una conclusión apriorística al juez que la aplica"¹¹⁵. Así las cosas, la presunción también se puede definir como "(...) un juicio del legislador o del juez, que consiste en tener como cierto o probado un hecho, partiendo de hechos debidamente probados"¹¹⁶.

Las presunciones suelen clasificarse en tres tipos, por una parte, aquellas creadas por el legislador, que pueden ser de Derecho (*iuris et de iure*) o legales (*iuris tantum*), si bien ambas tienen como fuente la ley, las presunciones de derecho producen una certeza definitiva y como consecuencia de ello no admiten prueba en contrario, mientras que las presunciones legales pueden ser desvirtuadas. Finalmente, se encuentran las presunciones de hecho o de hombre, caso en el cual el juez, con base en las máximas generales de la experiencia, realiza inferencias o juicios en virtud de los cuales se considera como cierto un hecho, admitiéndose, en todo caso, pruebas contrarias al hecho presumido¹¹⁷.

En el caso que nos ocupa se está ante una presunción legal, es decir, el legislador creó una presunción según la cual se presumen como padres del hijo concebido

¹¹⁵ González Quintero, Carlos Ernesto. *Las presunciones en el Derecho Colombiano*, Bogotá, Editorial Leyer, 1998, pp. 29 y ss.

¹¹⁶ Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá, Ediciones El Profesional, 2006, pp. 710 y ss.

¹¹⁷ Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, Editorial ABC, Tomo II, Quinta Edición, 1995, pp. 693 y ss.

durante el matrimonio o la unión material de hecho a los cónyuges o a los compañeros permanentes, salvo que se demuestre lo contrario y, como puede observarse, ninguna de las pruebas obrantes en este proceso tiene la virtud de desvirtuar la mencionada presunción. En consecuencia, la Sala encuentra acreditado que el señor Tamara Tuiran es el padre del feto obitado.

Cabe señalar que con anterioridad a la vigencia de la Ley 1060 de 2006, el artículo 213 del Código Civil sólo establecía dicha presunción en el caso de los matrimonios, pues preveía que “*El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo*”, y la mencionada ley no se encontraba vigente al momento de los hechos que son objeto de este proceso.

Sin embargo, la Sala no haya obstáculo para concluir que incluso, en vigencia de la redacción anterior del Código Civil, las reglas de la experiencia le permiten al juez inferir que los hijos concebidos por una pareja que, a partir de las pruebas obrantes en el proceso, pueda ser calificada por el juez como estable y permanente, se reputarán como hijos de los miembros de dicha pareja, ya sean cónyuges o compañeros permanentes.

Adicionalmente, el contenido vigente de la norma citada puede aplicarse al caso concreto teniendo en cuenta que, si bien la situación analizada en el *sub judice* aconteció con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1060 de 2006, su aplicación no vulnera derechos adquiridos por parte de terceros y, por tanto, no se está ante evento de aplicación retroactiva de la ley, sino de retrospectividad de la misma¹¹⁸.

Probado como está que al momento de los hechos el demandante era el compañero permanente de la señora Meza Díaz y que, además, era el padre del feto obitado, pasa la Sala a reiterar su jurisprudencia sobre los requisitos y criterios que se deben tener en cuenta con el fin de decidir sobre una eventual reparación de perjuicios morales.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹¹⁹ 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

¹¹⁸ En este sentido véase Corte Constitucional, Sentencia T-110 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

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”.

Como parte de la motivación para el reconocimiento de perjuicios morales, además de examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente con los registros civiles, deberán aplicarse 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 familia¹²⁰ como

¹²⁰ “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992 donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto). “La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: “En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: “1º. Los descendientes legítimos; “2º. Los ascendientes legítimos; “3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º; “5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º; “6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. “Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”. “También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo

espacio básico de toda sociedad¹²¹ (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el

874, ordinal 3º ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por 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. Exp.18586.

¹²¹ “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. 10º) 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 5º 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

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 fundamental¹²².

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 u otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

¹²² “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

Ahora bien, de no existir otros medios probatorios en el expediente, la presunción de aflicción sólo reviste sustento jurídico respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política¹²³.

Para el caso concreto obran pruebas del parentesco entre el feto fallecido y los señores Eridys María Meza Díaz y Arnulfo Arturo Tamara Tuiran, en calidad de padres; y respecto de María Claudia Ricardo Meza como hermana del mismo.

Se procede ahora a examinar si encuentra que la entidad demandada, precisamente, desvirtuó la presunción de aflicción causada a los demandantes por, lo que lleva a concretar la existencia y reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares. En el proceso las entidades demandadas no desvirtuaron en ningún momento el parentesco o las relaciones propias a este, lo que lleva a concretar el reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos.

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

i) Motivación para la tasación de los perjuicios morales.

En la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹²⁴ se sostiene 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

¹²³ 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.

¹²⁴ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que **“teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”**.

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

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

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

Estado de 25 de febrero de 1982: “Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo” (subrayado fuera de texto); h) así mismo, “no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño” (subrayado fuera de texto); i) su “importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria” (subrayado fuera de texto); j) “la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia” (subrayado fuera de texto); k) se “impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad” (subrayado fuera de texto); l) no “se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización” (subrayado fuera de texto); ll) la jurisdicción contencioso administrativa debe sujetarse a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998; y, m) se “afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral” (subrayado fuera de texto).

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.

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

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

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

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

De acuerdo con lo argumentado en la sentencia T-351, de 5 de mayo de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca), cabe extraer: siguiendo la sentencia de 6 de septiembre de 2001 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Corte Constitucional considera: a) “el daño moral puede probarse por cualquier medio probatorio”; b) “la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) no tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado)”; c) para “la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero está obligado a observar, por expreso mandato legal los principios de equidad y reparación integral”; d) el “Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no **vincula** de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta

consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas”; e) “la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales”; y, f) lo “que la alta Corporación ha sentado es una presunción (por cierto desvirtuable), de que la muerte de un ser querido causa profunda aflicción y, en consecuencia, procede el pago del monto más alto de perjuicios morales como compensación por la *intensidad* de la aflicción. Lo que indica esta aclaración es que el monto máximo no está ligado inescindiblemente a la muerte de un ser querido, pues por las razones expuestas, no se “paga” a ese ser humano. Ese monto está ligado a la consideración de que, en el caso concreto, se presenta una *grave aflicción*, conclusión a la que puede llegar el juez mediante cualquier tipo de argumento práctico racional que se enmarque en parámetros de equidad y razonabilidad, como presupuesto de la vigencia del principio de igualdad de trato a los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales”.

Ahora bien, en la sentencia T-464 de 9 de junio de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, la Corte Constitucional consideró: a) “ante tal valoración, no se haya justificado por qué el incremento de los perjuicios causados se estimó en el máximo que ha definido la jurisprudencia¹²⁵. De hecho, la Sala

¹²⁵ 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

echa de menos que a pesar de que explícitamente se consideró el daño ocasionado por la muerte de un ser querido, estimándolo como más intenso, no se haya justificado por qué la cuantificación de la frustración por no obtener el título de abogado por tres años iguala tal situación”; b) sin “perjuicio del arbitrio citado, para cuantificar el daño el Tribunal se encontraba obligado a atender los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y los criterios adscritos a los conceptos de “reparación integral” y de “equidad” consignados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Como se advirtió, la amplitud de la citada disposición, no constituye carta abierta para que se definan cantidades dinerarias arbitrarias. Por el contrario, es absolutamente necesario atender las particularidades del caso y definir, por lo menos, qué aspectos hacen equiparable el caso con la pérdida definitiva de un ser querido”; y, c) “la ausencia de argumentos que expliquen por qué a la acción de reparación directa invocada (...) le es aplicable el monto máximo del perjuicio moral, llevan a que la Sala considere tal determinación como arbitraria y, por tanto, vulneradora de los derechos a la igualdad y al debido proceso” (subrayado fuera de texto).

Finalmente, en la más reciente sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (acción de tutela del ICFES contra las sentencias del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca) la Corte Constitucional planteó la siguiente argumentación que debe observar el juez contencioso 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”¹²⁶; 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”¹²⁷; c) los

perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción”. (negrilla fuera de texto original).

¹²⁶ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

¹²⁷ “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

“criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) tener en cuenta “*la gravedad objetiva de la lesión*”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos”¹²⁸; 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”¹²⁹; e) la “jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser *intensa*, no puede ser cualquier tipo de contratiempo”¹³⁰. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la

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.

¹²⁸ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

¹²⁹ “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.

¹³⁰ 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.”

casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales¹³¹. 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 considerados¹³²”; 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 iguales¹³³. Como lo ha reconocido esta

¹³¹ 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.”

¹³² 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.”

¹³³ 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

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”.

Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la Sala no puede llamarse a lecturas parciales, acomodadas y dirigidas a justificar forzosamente el arbitrio iudicium (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 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 retrotraible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*” (subrayado fuera de texto); b) de acuerdo con la dilatada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de 10 de marzo de 1994; de 5 de mayo de 1999 –expediente 4978-; de 25 de noviembre de 1999 –expediente 3382-; de 13 de diciembre de 2002 –expediente 7692-; y, de 15 de octubre de 2004 –expediente 6199-), “es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras

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”.

personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada” (subrayado fuera de texto); c) “admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeat* se remite a la valoración del juez” (subrayado fuera de texto); d) para la valoración del quantum (tasación y liquidación) de los perjuicios morales fija una serie de criterios: “estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador” (subrayado fuera de texto); e) contrario a la regla general que propone la Sala dar continuidad, la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada considera que la valoración del quantum “es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción” (subrayado fuera de texto), esto es, que debe atender a cada caso y no como resultado de la aplicación de reglas generales que si se convierten en “tabla de punto” o, en criterio objetivo encubierto; f) “se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite “valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos” (subrayado fuera de

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

En tanto que estudiada objetiva e imparcialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considero relevante destacar los siguientes criterios para la tasación y liquidación de los perjuicios morales: a) “a Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad¹³⁴, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad¹³⁵, inseguridad, frustración, e impotencia¹³⁶”¹³⁷; 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”¹³⁸; c) en el caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, la Corte consideró que “es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el desconocimiento de lo sucedido a un hijo o hermano, máxime cuando se ve agravado por la impotencia ante la falta de las autoridades estatales de emprender una investigación diligente sobre lo sucedido”¹³⁹; 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.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ 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].

¹³⁸ “(...) 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.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005.

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 argumentos¹⁴⁰.

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 fundamentar¹⁴¹.

3. Estos argumentos debe ser convincentes o, si se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por cualquier observador imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica. Este requisito plantea la necesidad de que, como mínimo, dichos argumentos sean admisibles, y que lo sean por estar anclados en o ser reconducibles a algún valor esencial y definitorio del sistema jurídico propio de un Estado constitucional de derecho¹⁴².

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

¹⁴⁰ “(…) a la teoría de la argumentación le compete poner de manifiesto que las cosas de los jueces no son ni tan claras ni tan oscuras, que, entre el noble sueño y la pesadilla, en términos de HART, cabe el camino intermedio de una posible racionalidad argumentativa, de un concepto débil, pero no inútil, de racionalidad. Ni es la práctica del derecho conocimiento puro, sin margen para la discrecionalidad judicial, ni es, por necesidad, extrema la discrecionalidad, transmutada en arbitrariedad irremediable. Los jueces deciden porque valoran, pero esas valoraciones son susceptibles de análisis y calificación en términos de su mayor o menor razonabilidad: en términos de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que en la motivación de las sentencias vengán justificadas”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.52.

¹⁴¹ “Las teorías de la argumentación jurídica acostumbra a diferenciar la justificación externa y la justificación interna de las decisiones. La justificación externa se refiere a la razonabilidad o aceptabilidad de las premisas, a las razones que amparan la elección de las premisas de las que la decisión se deriva. La justificación interna alude a la corrección de tal derivación, a la validez, lógica en mano, de la inferencia mediante la que de aquellas premisas se saca la resolución a modo de conclusión (…). La decisión final, la que se contiene en el fallo de la sentencia, es el producto lógicamente resultante de una serie de decisiones previas, las decisiones que configuran las premisas, que les dan su contenido. Esas previas decisiones son propiamente tales, lo que quiere decir que encierran la opción entre distintas alternativas posibles. Y por ser, así, decisiones, elecciones que el juez, hace, han de estar justificadas. La justificación externa es justificación de la elección de las premisas. Son las premisas las que sostienen directamente el fallo, pues éste, por así decir, se justifica solo, en cuanto que es o pretende ser mera conclusión inferida con necesidad lógica de esas premisas. Aquí viene ahora a cuento lo que podríamos denominar la regla de exhaustividad de la argumentación, regla argumentativa que se puede enunciar así: toda afirmación relevante para la configuración de una premisa de la decisión final y cuyo contenido no sea perfectamente evidente debe estar basada en razones explícitas, tantas y tan convincentes como sea posible. En otros términos, el razonamiento judicial mostrado en la motivación no debe ser entimemático en nada que no sea evidente, no puede haber premisas o subpremisas ocultas” (subrayado fuera de texto). GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., p.63.

¹⁴² De manera crítica se argumenta: “En su estado actual, la llamada teoría de la argumentación jurídica tiene dos carencias principales. Una, que no ha sido capaz de proporcionar apenas herramientas manejables y suficientemente precisas para el análisis de los argumentos en las sentencias. Falta una buena taxonomía de los argumentos habituales y falta desarrollar las reglas del correcto uso de esos argumentos. Esto parece consecuencia de la deriva que la teoría de la argumentación ha tomado hacia las cuestiones de justicia material y de la síntesis dominante entre teoría de la argumentación y iusmoralismo. Por esa vía acaba importando más el contenido del fallo y el modo en que se discute su justicia o injusticia, su coherencia mayor o menor con los valores morales que se dicen constitucionalizados y que se piensa que son el auténtico sustrato material del derecho que el modo mejor o peor como se argumente la interpretación de la norma aplicable o la valoración de las pruebas. La teoría de la argumentación ha ido abandonando la racionalidad argumentativa para echarse cada vez más en brazos de las viejas doctrinas que opinan que hablar es perder el tiempo cuando no sirve para llegar a la conclusión a la que se tiene que llegar”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., pp.69 y 70.

sentencia no depende del contenido del fallo, sino de la adecuada justificación de sus premisas¹⁴³ (subrayado fuera de texto).

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 Derecho¹⁴⁴, y ofrece la acción a través del proceso, del *processus iudicii*, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al giudizio>¹⁴⁵, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero *coram proprio iudice* y, luego, *coram partibus*, cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propio Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho”¹⁴⁶

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

¹⁴³ “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.

¹⁴⁴ “Muy bien expresa este pensamiento el gran procesalista Piero CALAMANDREI, cuando dice que el individuo, privado por el Estado del poder de hacerse justicia a sí mismo tiene, en contrapartida, la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado, porque al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del Derecho, convierta la obligación en sujeción, entendiéndose así la acción como *iure conditio* de la jurisdicción. *Vid.* CALAMANDREI, O., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol.I, trad., esp., SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1962, pp.221 y ss”.

¹⁴⁵ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en *RDProc.*, 1949, pp.165 y ss.

¹⁴⁶ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

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”¹⁴⁷.

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 duda¹⁴⁸.

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”¹⁴⁹. 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”¹⁵⁰.

En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las sentencias (de las decisiones judiciales) tiene unos criterios fundamentadores reconocibles: a. cuando se invoca la motivación suficiente se está exigiendo del juez (contencioso administrativo, por ejemplo) que tenga en cuenta en la construcción de su decisión

¹⁴⁷ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.139.

¹⁴⁸ PÉREZ ROYO; Javier. *Curso de derecho constitucional*. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

¹⁴⁹ ASIS ROIG, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

¹⁵⁰ “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.

los elementos imprescindibles y necesarios para dotar de validez a la misma; b. cuando se invoca la motivación completa, el juez debe ajustar su decisión a unos mínimos de corrección, y no sólo a la simple validez, que se sustenta en la racionalidad como principio básico; c. la motivación es completa, también, cuando se comprende la justificación de todos los aspectos fácticos y jurídicos integrados en la litis; d. finalmente, la motivación será suficiente, también, cuando el juez realiza un razonamiento justificativo, y no simplemente inductivo, presuntivo o especulativo.

En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior”¹⁵¹ (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

¹⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia¹⁵² (subrayado fuera de texto). Lo que implica, que la motivación, más allá del debate dicotómico entre suficiente y completa, se exige como garantía de materialidad del ejercicio del debido proceso, “barrera a la arbitrariedad judicial”, plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

De acuerdo con Taruffo la “motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuación plena al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla”¹⁵³, lo que implica que el “principio de completitud de la motivación garantiza que la cognición judicial se ha desarrollado atendiendo a la ineludible exigencia de juzgar conforme a lo alegado por las partes, que delimitan el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium*¹⁵⁴. 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*¹⁵⁵.

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.

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.

¹⁵² Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

¹⁵³ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975, pp.450 ss.

¹⁵⁴ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo>, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p.433.

¹⁵⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.169.

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”¹⁵⁶.

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 uniformes¹⁵⁷, 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 precedente la

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente 1995-10351.

¹⁵⁷ “¿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, Ägnes. Teoría de los sentimientos. 1ª reimp. México, Coyoacán, 2004, p.15.

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.

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

La sentencia de la Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 23492), no limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en ejercicio de su “arbitrium iudicis” determinara el “quantum” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del “test de proporcionalidad”, ya que, se reitera la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena, se **“ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”**¹⁵⁸ (negrita y subrayado fuera de texto).

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

De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa, ni en tabla de punto al ser aplicable sólo al caso en concreto) la metodología del test

¹⁵⁸ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

de proporcionalidad¹⁵⁹, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad¹⁶⁰, 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

¹⁵⁹ “(...) a pesar de que el principio de proporcionalidad no esté tipificado en ninguna disposición positiva del Derecho administrativo francés, y de que tampoco suele 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 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.

¹⁶⁰ “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”.

ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces¹⁶¹), de tal manera que al indemnizar los perjuicios morales como materialización del derecho a la reparación integral, ésta no sea absoluta, sino ponderadamente se corresponda con la afectación en la esfera moral, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la verificación de los criterios objetivos¹⁶², permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible¹⁶³, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden¹⁶⁴ 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”¹⁶⁵, 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.

La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología para liquidar los perjuicios morales, en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el

¹⁶¹ ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

¹⁶² 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.

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ Lo que normativamente se encuentra consagrado en la actual Constitución europea> artículo II.109.3.

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.

Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”¹⁶⁶. 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 certeza¹⁶⁷. 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 situaciones”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría.., ob., cit., p.175.

¹⁶⁷ “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.

¹⁶⁸ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría.., ob., cit., p.176.

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 aquella que se logra cuando se aplican los criterios alternativos”**¹⁶⁹ (negrita fuera de texto).

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.

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad¹⁷⁰ desde la perspectiva del juicio de igualdad¹⁷¹, y de la

¹⁶⁹ 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.

¹⁷⁰ “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

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 subsunción¹⁷², 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 ponderación¹⁷³ de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial desproporción que pueda representarse en la liquidación de los perjuicios morales, atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando un ejercicio exagerado de la

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 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.

¹⁷¹ 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

¹⁷² 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.

¹⁷³ “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.

mera liberalidad del juez, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia¹⁷⁴, 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 desproporcionada¹⁷⁵ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”¹⁷⁶.

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 pecuniariamente¹⁷⁷, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas¹⁷⁸, el perjuicio estético causado¹⁷⁹ o el daño a la reputación¹⁸⁰. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han

¹⁷⁴ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

¹⁷⁵ 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

¹⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁷⁷ 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

¹⁷⁸ 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.”

¹⁷⁹ 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

¹⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

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 oro¹⁸¹¹⁸².

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”¹⁸³.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares que padecen un

¹⁸¹ 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: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro.

¹⁸² Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁸³ 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.

sufrimiento o aflicción¹⁸⁴. 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 defecto¹⁸⁵. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de acuerdo a) con las circunstancias de cada caso (cuando de se trata de muerte: violenta, debida a la actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución, por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de lesiones: de acto violento, debida a actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de tortura; cuando se trata de desplazamiento forzado: donde cabe tener en cuenta la pertenencia a una comunidad étnica, campesina o de especial protección; cuando se trata de acto sexual; cuando se trata de la privación de la libertad; cuando afecta el honor y la honra; cuando afecta bienes -muebles o inmuebles- fruto de actos violentos, etc.); b) con la consideración según la cual la medida de la compensación debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las

¹⁸⁴ 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.

¹⁸⁵ 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.

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 ponderación¹⁸⁶; y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos a la vida e integridad personal.

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 criterios mínimos objetivos, que son de general aplicación; y, b. a la tasación teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto¹⁸⁷.

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ Cabe advertir, como lo sostiene Carlos Bernal Pulido, en la dimensión ius-filosófico y constitucional de la ponderación: “Es meridiano que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre

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.

Con base en la anterior motivación, tratándose de muerte, se liquidarán los perjuicios morales de la siguiente manera:

Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar	Criterios y cuantificación
Se trata del deceso del feto esperado por la señora Eridys María Meza Díaz, que tuvo lugar el día 6 de noviembre de	a) circunstancias de cada caso; b) “presunción de aflicción” (que no es de “iure”); c) se acreditó el dolor, aflicción, pesar, apego,

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.

1996.	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, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario ; d) se acreditó, mínimamente, el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, e) cabe ponderar la intensidad del daño por la vulneración, propiamente dicha de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario con ocasión del ataque armado (sensación zozobra, intimidación y miedo como miembro de la población civil).
Núcleo familiar inmediato (padres, hijos, cónyuge o compañero (a))	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, etc.)	10 - 20 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)

Para el caso concreto, obra en el plenario la prueba del parentesco entre Eridys María Meza Díaz y María Claudia Meza Díaz (madre e hija) y, por tanto, de que esta última es la hermana materna del feto fallecido. Del mismo modo se tiene probada la calidad de padres del feto obitado de los señores Eridys María Meza

Díaz y Arnulfo Arturo Tamara Tuiran y, además, su condición de compañeros permanentes. Por otro lado, varios de los testimonios recaudados dan cuenta de la afectación moral de los demandantes por el daño padecido.

En este orden, la Sala considera que una adecuada tasación de los perjuicios morales, en aplicación del test de proporcionalidad, con ocasión de la muerte de hijo esperado por Eridys María Meza Díaz impone reconocer los siguientes rubros:

Nombre	Parentesco	Monto reconocido (SMMLV)
Arnulfo Arturo Tamara Tuiran	Padre	100
Eridys María Meza Díaz	Madre	100
María Claudia Ricardo Meza	Hermana	50

5.2. Perjuicios materiales

Con relación a los perjuicios de índole material, la Sala encuentra que dentro de la demanda se incluyó una pretensión al respecto en favor de los señores Eridys María Meza Díaz y Arnulfo Arturo Tamara Tuiran en los siguientes términos:

*“A.- A IRIDIS MARIA MEZA DIAZ y ARNULFO ARTURO TAMARA TUIRAN,
1.1.1.- Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el daño emergente y el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sumen desde la fecha de su causación y hasta la fijación de indemnización), en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso.”*

Analizado el expediente, se advierte que no obra prueba alguna que permita establecer erogaciones patrimoniales realizadas por los actores como consecuencia del daño sufrido; o que puedan probar la existencia de un lucro cesante derivado del mismo; razón por la cual, no se reconocerá suma alguna por concepto de perjuicios materiales.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 16 de julio de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, la cual quedará así:

“**Primero: DECLARAR** solidariamente responsables al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y la CLÍNICA LAS PEÑITAS LTDA. por la muerte del hijo esperado por ERIDYS MARÍA MEZA y ARNULFO ARTURO TAMARA TUIRAN.

Segundo: CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y la CLÍNICA LAS PEÑITAS LTDA. al pago de los perjuicios morales causados por la muerte del hijo esperado por los señores ERIDYS MARÍA MEZA DÍAZ y ARNULFO ARTURO TAMARA TUIRAN, a quienes se pagará la suma de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos; y a MARÍA CLAUDIA RICARDO MEZA, a quien se pagará la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Tercero: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda”.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Consejero
Aclaró voto

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Consejera
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente
Presidente de la Sala