

PERSPECTIVA DE GENERO - Labores domésticas: Presunción de remuneración de salario mínimo legal mensual vigente / PERSPECTIVA DE GENERO - Reconocimiento de remuneración, con fines indemnizatorios, de labores domésticas ejercidas por mujer o por hombre / PERSPECTIVA DE GENERO - Reconocimiento de remuneración, con fines indemnizatorios, de labores domésticas a familias homosexuales

Si bien la labor doméstica realizada por un miembro de la familia no es un trabajo formalmente remunerado, toda vez que la mujer, que es quien habitualmente lo desempeña, lo ejerce como una actividad propia de su condición de madre y esposa; cuando ella fallece dichas actividades tendrán que ser asumidas por otra persona, quien por lo general no lo realiza de forma gratuita, y por lo mismo es un factor a tener presente en el momento en que se indemnizan perjuicios. (...) La Sala advierte en esta oportunidad, que dadas las cambiantes formas de familia que constitucionalmente se han venido reconociendo, lo que aquí se ha expresado en relación con las amas de casa, es aplicable también cuando el hombre es el que se ocupa de las labores domésticas, y de esta forma aporta al sustento material y afectivo del círculo familiar. Lo será igualmente predicable respecto de las familias conformadas por parejas del mismo sexo. (...) Ahora bien, ante una actividad que no era remunerada a la víctima, pero que para quien la ejerza después de su desaparición (sic) (sic) deberá serlo, se presume en tal remuneración el salario mínimo legal mensual vigente. En este orden de ideas, la Sala reconocerá el lucro cesante deprecado en el libelo, con base en el salario mínimo legal vigente en la fecha en que se profiere este fallo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: En esta sentencia se hace un pronunciamiento teniendo presente el reconocimiento a hombres y mujeres, de forma igualitaria, de su actividad en las labores domésticas; de igual manera, la decisión atiende a la conformación diferente de las familias en la actualidad colombiana, incluyendo a aquellas con composición homosexual

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Diagnóstico equivocado y prestación tardía del servicio. Muerte de mujer, ama de casa / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Intervencion médica inoportuna. Muerte de mujer ama de casa, que ejercía labores domésticas / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Falla probada del servicio. Muerte de mujer, ama de casa, que realiza labores domésticas / FALLA PROBADA DEL SERVICIO MEDICO - Derecho a la salud. Se vulnera este derecho ante la inoportuna atención o por diagnóstico equivocado

Examinados en conjunto estos dos medios probatorios, evidencian que el tratamiento recibido por la paciente en el Instituto de Seguros Sociales no fue adecuado; pues sólo hasta cuando el profesional del centro médico José Gregorio Ltda ordena la colonoscopia y remite a la paciente con los resultados de la misma al Instituto de Seguros Sociales, la entidad demandada deja la actitud de pasiva espera frente a los síntomas y ordena los exámenes y procedimientos correspondientes. (...) el médico que atendió a la paciente el 20 de septiembre de 1994, debió ser diligente y ordenar los exámenes que la experticia practicada por medicina legal echa de menos. Haberlo hecho parcialmente el 14 de diciembre en las vías digestivas altas; y solamente en enero de 1995 respecto de las vías digestivas bajas, y sólo como consecuencia de una remisión proveniente de otro centro médico particular que fue pagado con recursos de la víctima, le muestran a la Sala una grave falla en el servicio por error en el diagnóstico y tardía prestación

del mismo. (...) La Sala advierte que con la omisión en la práctica de los exámenes reseñados, no sólo se prestó un servicio tardío y se equivocó el diagnóstico; sino que se le negó a la paciente el derecho a saber concretamente la causa de las dolencias que lo aquejaban, conocimiento que forma componente fundamental del derecho a la salud y que en el caso sub judice resultó flagrantemente vulnerado.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema ver: Corte Constitucional, fallos T 1059 de 2006; T 062 de 2006; T 730 de 2007; T 536 de 2007; y T 421 de 2007. Y del Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 18 de febrero de 2010, exp. 17655

ACCION DE REPETICION - Médico tratante. Conducta gravemente culposa / FALLA PROBADA DEL SERVICIO MEDICO - Accion de Repetición. Médico tratante. Conducta gravemente culposa

Con fundamento en la norma en mención, la jurisprudencia del Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77 y 78 del C. C. A.. Así, dijo que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. (...) Es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo, contratos, bienes y familia. (...) Con base en las anteriores consideraciones, teniendo en cuenta que en el caso sub judice, se ha establecido con la experticia rendida por el Instituto de Medicina Legal, que conforme a los síntomas reportados por la víctima ha debido ordenarse la endoscopia y la colonoscopia desde el 20 de septiembre de 1994, máxime si se tiene en cuenta que en esta oportunidad la víctima fue atendida por consulta externa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 83 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 91 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 78

NOTA DE RELATORIA: En relación con la acción de repetición pueden consultarse: Corte Constitucional, fallos: C 100 de 31 de enero de 2001; C 430 de 12 de abril de 2000. De igual forma, las decisiones del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: 25 de julio de 1994, exp. 8483; 21 de octubre de 1994, exp. 9618; 31 de agosto de 1999, exp. 10865; 12 de abril de 2002, exp. 13922; y 5 de diciembre de 2005, exp. 23218

CONDENA - Médico tratante. Reembolso de sumas a entidad demandada / CONDENA - Médico tratante debe restituir sumas de la condena ordenada a la entidad

La Sala encuentra que esta resulta una conducta gravemente culposa por parte de un médico, pues su proceder desconoce de manera burda la lex artis. En consecuencia, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a ALBERTO

MALDONADO RODRIGUEZ, que reembolse (...) el monto de lo que esta institución pague a los demandantes.

NOTA DE RELATORIA: De conformidad con la argumentación y el sentido del fallo, se ordenó la devolución de las sumas de dinero por parte del médico tratante, al Instituto de Seguros Sociales ISS, entidad que resultó condenada dentro del proceso de la referencia

LUCRO CESANTE - Reconocimiento de indemnización por labores domésticas. Perspectiva de género / LUCRO CESANTE - Reconocimiento de indemnización por labores domésticas. Presunción de remuneración de salario mínimo legal mensual vigente

En la demanda se solicitó el reconocimiento del lucro cesante, para lo cual se afirmó que la actividad que desarrollaba la señora APOLONIA TORRES ALBARRACIN era la de ama de casa; en consecuencia se pide que se tenga en cuenta tal labor a efectos de indemnizar este perjuicio material. (...) El ordenamiento jurídico colombiano ha venido paulatinamente reconociendo al miembro de la familia que se ocupa del trabajo doméstico; (...) Más recientemente la misma Corte [Constitucional], ha advertido cómo la discriminación que se cierne sobre el trabajo doméstico ha sido enfrentado (sic) (sic) por el derecho nacional e internacional, (...) En este orden de ideas, la Sala reconocerá el lucro cesante deprecado en el libelo, con base en el salario mínimo legal vigente en la fecha en que se profiere este fallo. (...) Se debe precisar, sin embargo, que conforme a lo dispuesto por esta Corporación, respecto de los hijos, será reconocido únicamente aquellos que en el momento de la muerte no habían cumplido 25 años. En cuanto tiene que ver con el cónyuge, la condena del lucro cesante se hará en abstracto, toda vez que en el expediente no obra copia de su registro civil de nacimiento ni el de la víctima, documentos que permiten determinar, cuál era la vida probable de cada uno de ellos. Por lo tanto, se deberá adelantar el incidente correspondiente, acreditando las fechas de nacimiento del señor ANDRES TARAZONA GELVES y de la señora APOLONIA TORRES ALBARRACIN, y el cálculo del tiempo de la indemnización se hará respecto aquel que sea mayor.

NOTA DE RELATORIA: En este fallo aclararon voto los consejeros Enrique Gil Botero y Olga Mélida Valle de De la Hoz. Con relación al tema del reconocimiento de las labores domésticas como un trabajo remunerado, ver: Corte Constitucional, sentencia C 494 de 1992. Además, en esta providencia se puede consultar temas relacionados con el daño antijurídico, la tasación de los perjuicios morales empleando el test de proporcionalidad, entre otros temas conexos

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 54001-23-31-000-1997-12161-01(26800)

Actor: ANDRES TARAZONA GELVEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA DECISION CON PERSPECTIVA DE GENERO)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de noviembre de 2003 proferida por la Sala de Decisión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Mediante la que se dispuso:

“NIÉGUENSE las súplicas de la demanda.”

ANTECEDENTES

1. La demanda

Fue presentada el 14 de febrero de 1997 (Fls.9-22, C1) por Andres Tarazona Gelvez, Ana Belén, Gladys, Ludy Jesús, Luz Myriam, Martha Dolores, Alix Beatriz y Claudia Yamile Tarazona Torres mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que se declare que el **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL**, es civil y administrativamente responsable por los hechos y omisiones que en forma irregular cometieron médicos al servicio del Instituto, por falta de atención médico-asistencial adecuada y oportuna y, en consecuencia se omitió darle el tratamiento médico adecuado y temprano a la paciente **APOLONIA TORRES ALBARRACIN**, quien murió el día 18 de febrero de 1995, en la ciudad de Cúcuta.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** al pago de los valores indemnizatorios por los perjuicios morales y materiales ocasionados directamente a su esposo **ANDRES TARAZONA GELVEZ**, y a las hijas **ANA BELEN, GLADYS, LUDY JESUS, LUZ MYRIAM, MARTHA DOLORES, ALIX BEATRIZ** y **CLAUDIA YAMILE TARAZONA TORRES**, ordenando pagar las sumas correspondientes a las anteriores personas, en cuanto a los daños materiales se estiman en una suma determinada razonadamente en **CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$150.000.000.00)**, y respecto de los morales en los valores objetivados razonadamente estimados en el valor que en pesos tengan ocho mil gramos de oro fino (...)

TERCERA: Que como consecuencia de la anterior declaración de condena se ordene al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL**, al pago del equivalente en

pesos el valor que tengan mil gramos oro fino al momento de quedar ejecutoriada la sentencia, a favor de **ANDRES TARAZONA GELVEZ (...)**

Igualmente se ordene al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** al pago equivalente en pesos el valor que tengan mil gramos oro fino al momento de quedar ejecutoriada la sentencia, a favor de **ANA BELEN TARAZONA TORRES (...)**

Igualmente se ordene al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** al pago equivalente en pesos el valor que tengan mil gramos oro fino al momento de quedar ejecutoriada la sentencia, a favor de **GLADYS TARAZONA TORRES (...)**

Igualmente se ordene al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** al pago equivalente en pesos el valor que tengan mil gramos oro fino al momento de quedar ejecutoriada la sentencia, a favor de **LUDY JESUS TARAZONA TORRES (...)**

Igualmente se ordene al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** al pago equivalente en pesos el valor que tengan mil gramos oro fino al momento de quedar ejecutoriada la sentencia, a favor de **LUZ MYRIAM TARAZONA TORRES (...)**

Igualmente se ordene al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** al pago equivalente en pesos el valor que tengan mil gramos oro fino al momento de quedar ejecutoriada la sentencia, a favor de **MARTHA DOLORES TARAZONA TORRES (...)**

Igualmente se ordene al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** al pago equivalente en pesos el valor que tengan mil gramos oro fino al momento de quedar ejecutoriada la sentencia, a favor de **ALIX BEATRIZ TARAZONA TORRES (...)**

Igualmente se ordene al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** al pago equivalente en pesos el valor que tengan mil gramos oro fino al momento de quedar ejecutoriada la sentencia, a favor de **CLAUDIA YAMILE TARAZONA TORRES (...)**

CUARTA: Que al proferirse sentencia y conforme a lo indicado en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, se ajusten los valores de los perjuicios señalados en la anterior condena dando aplicación al procedimiento señalado para el efecto, (...)

QUINTA: Que por tratarse de una suma líquida de dinero se condene al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** a pagar los intereses comerciales y moratorios (...)

SEXTA: Que se dé cumplimiento a la sentencia dentro de los términos y precisiones legales conforme lo indica el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo." (Fls.12-14, C1)

2. Fundamentos Fácticos

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos presentados por los demandantes y que la Sala sintetiza así:

La señora Apolonia Torres Albarracín debido a dolores abdominales que padecía, acudió el 17 de agosto de 1994 al Centro de Atención Básica del Instituto de Seguro Social, en este primer momento no se emitió ningún diagnóstico sobre su estado de salud; posteriormente, el 14 de diciembre de 1994, se le practicó una endoscopia y se le dictaminó una “gastritis crónica y amibiasis”, el médico recomendó revisiones mensuales.

El 19 de enero de 1994 (sic) por no presentar signos de recuperación, la señora Apolonia Torres Albarracín fue remitida por urgencias al Instituto de Seguro Social donde se le recetaron unos calmantes, luego de dos horas de estar bajo examen, se ordenó su salida. Sin embargo, la señora Apolonia recae y es internada en el Centro Clínico San Gregorio donde se le practica una colonoscopia el 24 de enero de 1995.

Después de practicada la colonoscopia, es intervenida en el Instituto de Seguro Social con el fin de recibir tratamiento médico – especial; no obstante, a juicio de los demandantes, ya era demasiado tarde porque el 18 de febrero de 1995 la señora Apolonia Torres Albarracín fallece.

2. Actuación procesal en primera instancia

1. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander admitió la demanda mediante providencia del 11 de abril de 1997 (fl.45, c1), la cual fue notificada personalmente al Gerente Seccional del Instituto de Seguro Social, el 24 de abril de 1997 (fl.46, c1).

2. El Gerente Seccional del Instituto de Seguro Social mediante apoderado, contestó la demanda en la oportunidad legal, el 8 de mayo de 1997 (fls.48-51, C1) en su escrito manifestó atenerse a lo probado dentro del proceso. En el mismo, la parte demandada afirmó que todas las pretensiones del accionante carecen de fundamento jurídico, y solicitó diversos medios de prueba para demostrar lo que verdaderamente ocurrió. La demandada no propuso excepciones.

Por escrito de 8 de mayo de 1997, el apoderado de la entidad demandada solicitó llamar en garantía a los doctores Gustavo Alfonso Peñaranda Ramírez, Alberto Maldonado Rodríguez y Maria Cecilia Rivera Pineda, médicos que valoraron a la señora Apolonia Torres Albarracín (fls.68-71, c1). Dicho llamamiento se admitió en providencia de 24 de junio de 1997 (fls.79-80, c1).

El doctor Alberto Maldonado Rodríguez por medio de apoderado, contestó el llamado en garantía el 12 de agosto de 1997 donde solo acepta la vinculación contractual con el Instituto de Seguro Social como médico general, y manifiesta que se atenderá a lo probado en el proceso (fls.86-88, c1). Así mismo, el 20 de febrero de 1998 la doctora Maria Rivera Pineda presenta escrito oponiéndose a las pretensiones de la demanda y considera que la única oportunidad que tuvo de asistir a la paciente fue cuando decidió remitirla al Instituto de Seguro Social, por lo tanto, no se le puede endilgar una conducta negligente (fls.96-98, c1). No se logró la citación del doctor Gustavo Alfonso Peñaranda Ramírez.

3. Agotado el período probatorio, el cual se inició mediante auto del 18 de diciembre de 1998 (fls.104-106,c1), y habiéndose citado a audiencia de conciliación (fls.107-112, c1), se aplazó dicha diligencia por solicitud de las partes y fijada la nueva fecha (fl.135, c1), la audiencia se declaró fallida por la inasistencia de la entidad demandada y los llamados en garantía (fl.172, c1); el

Tribunal mediante auto del 8 de agosto de 2003 (fl.199, c1) corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y si fuera del caso se ordenaba el traslado especial al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

4. La parte demandante presentó su escrito de alegatos el 29 de septiembre de 2003, después de hacer un recuento breve de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso, considera que debe declararse la responsabilidad del Instituto de Seguro Social, toda vez que el daño cuya indemnización se está reclamando fue causado por médicos de la entidad, a juicio de los demandantes, la occisa fue tratada por varios especialistas cuando lo prudente era que la tratara el mismo médico que inicialmente le hizo la valoración. Además, el apoderado advierte que la historia clínica que aportó la entidad está incompleta. (Fls.202-214, C1)

A su turno, el apoderado de la llamada en garantía Dra. Maria Rivera alegó de conclusión reiterando lo dicho en su contestación y argumentando que el comportamiento de su representada fue irrelevante para el resultado acaecido. (fls.200-201, c1)

Por su parte, el Ministerio Público el 16 de septiembre de 2003 emitió su concepto, alegando lo siguiente:

“(...) la conducta asumida por el personal médico del hospital de acuerdo a la historia clínica que es la encargada de percibir paso a paso el tratamiento dado a un paciente, además de los testimonios dados bajo juramento, fue oportuna y diligente y de ninguna manera se observa descuido y omisión ni de parte de los galenos como de la misma Institución.

(...)

No está demostrado que la causa del daño fue producto de la impericia, o negligencia, con lo cual se acredita que no existe relación de causa efecto entre la falla del servicio y el daño que se causó al paciente.”

Así mismo, el Ministerio Público se pronunció sobre la responsabilidad de los llamados en garantía, manifestando lo siguiente:

“Se debe exonerar de responsabilidad a los llamados en garantía, doctores GUSTAVO ALFONSO PEÑARANDA RAMIREZ, ALBERTO MALDONADO RODRIGUEZ y MARIA CECILIA RIVERA PINEDA, pues no se demostró responsabilidad atribuible a ellos por acción u omisión en ejercicio de sus funciones.” (fls.216-222, c1)

En esta instancia, el demandado y los demás llamados en garantía guardaron silencio.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander denegó las pretensiones de la demanda. El fallo del *a quo* se fundamentó en las declaraciones rendidas por los diferentes médicos que trataron a la señora Apolonia Torres (fls.154-161, 175-176 y 187-189, C1), el peritazgo médico legal practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal (fls.192-195, c1) y la historia clínica (fls.117-133 y 135-149, C1) (a la que reconoció valor probatorio), con base en los cuales afirmó que el paciente fue atendido oportuna, responsable y diligentemente.

Concretamente, en el fallo de primera instancia la Sala consideró que: *“la causa de la muerte de la señora APOLONIA TORRES ALBARRACIN quedó debidamente acreditada en el proceso y ésta no tuvo ningún vínculo causal con el servicio prestado por el Instituto de Seguros Sociales a la paciente. Por lo tanto, no hay razón para considerar que la demandada haya restado oportunidad de sobrevivencia al paciente por una omisión en el tratamiento temprano de sus enfermedades, ya que cuando se consultó las mismas estaban en estado avanzado y en fase terminal.”*

4. El recurso de apelación.

El 20 de enero de 2004 la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 20 de noviembre de 2003 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander (fls.223-239 C.ppal), el cual fue concedido por el *a quo* mediante providencia del 5 de febrero de 2004 (fl.242 C.ppal.).

5. Actuación en segunda instancia

La parte actora en la oportunidad legal, el 16 de abril de 2004, presentó por escrito la sustentación del recurso (fls.248-258, c.ppal.). En este documento reitera lo dicho en las instancias anteriores exponiendo sus motivos de inconformidad y argumentando la falla en la que incurrió la entidad demandada, manifestando lo siguiente:

“No se discute que la señora en comento, recibió por parte de los galenos vinculados al Instituto demandado, atención médica formulándosele medicamentos, pero he ahí, el yerro en que incurre el a quo puesto que la inicial valoración a la paciente se le hace una impresión diagnóstica equivocada y se le manda unos calmantes para el dolor.

(...)

El a quo, sostiene en la sentencia recurrida que la paciente, de acuerdo al material probatorio fue atendida y se le realizaron los exámenes pertinentes, pero pregunto ¿fueron en su debida oportunidad, conforme el peritazgo rendido por Medicina Legal? La respuesta es obvia, NO.

(...)

Pregunta, quién emitió el diagnóstico?

Obviamente que NO fue el Instituto demandado, sino el centro Clínico particular al que tuvieron que llevar la familia, a la señora APOLONIA ALBARRACIN TORRES, luego de examen realizado por médico particular, al Instituto no acertar la valoración médica, además de ser tardía (...)

En providencia del 14 de mayo de 2004 el despacho admitió el recurso (fl.260 C.ppal.); y por auto del 4 de junio de 2004 corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, también ordenó que en caso de solicitarse por Ministerio Público se surtiera el traslado especial para que emitiera su concepto (fl.262 C.ppal).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

En ejercicio de la facultad oficiosa que otorga el artículo 43 de la ley 640 de 2001, mediante auto del 20 de febrero de 2012 (fl.265, Ppal.) el despacho fijó el día 19 de julio de 2012 para realizar una audiencia de conciliación judicial. El Ministerio Público consideró que no resultaba viable la conciliación, basado en los siguientes argumentos:

“Ni el Seguro Social ni los médicos tratantes, se encuentran llamados a responder por los perjuicios causados a los demandantes. Contrario a lo afirmado por la parte actora, se evidencia el apego a la lex artix en el diagnóstico y en el tratamiento que le fue brindado a la señora Torres Albarracín, quien desde su primera consulta al Seguro Social recibió de manera oportuna respuestas médicas válidas para la dolencia que presentaba, manejo médico que según especialistas era el adecuado para el tipo de enfermedad que presentaba. No se probó que el servicio médico se haya prestado de manera inadecuada, irregular o deficiente.” (Fls.271-280, Ppal.)

La etapa de conciliación fracasó debido a que el Comité de Conciliación de la entidad demandada decidió no conciliar el presente caso.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación en razón a que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a la suma de \$150.000.000 por concepto de perjuicios materiales, valor que excede la cuantía mínima exigida, en el momento en que se presentó la demanda, para que opere la doble instancia¹.

El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por el apoderado de los demandantes en el recurso de apelación único, conforme a lo previsto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil²; específicamente se concretará en verificar si el diagnóstico fue equivocado y si el servicio de salud que se le prestó a la señora TORRES ALBARRACIN fue tardío.

Para efecto de resolver lo pertinente, en primer lugar se examinarán los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad del Estado; luego se determinará el régimen aplicable en materia de responsabilidad médica; después se precisará el problema jurídico que se desprende de los argumentos expuestos en el recurso de apelación; enseguida se relacionaran las pruebas que resultan pertinentes para la resolución de dicho problema jurídico. Finalmente, y con base en el acervo probatorio, se hará el análisis del caso concreto a fin de determinar si la muerte de la señora TORRES ALBARRACIN puede ser imputable a la entidad demandada.

2 Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

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

¹ Para la fecha de interposición del recurso de apelación 16 de abril de 2004, se aplicaban las normas contenidas en el Decreto 597 de 1988, las cuales señalaban que la cuantía exigida para que un proceso de reparación directa iniciado en el año 1997 tuviere vocación de doble instancia, era \$13'460.000. Como en este caso la pretensión mayor de la demanda asciende a \$150.000.000 por concepto de perjuicios materiales, es dable concluir que el proceso es de doble instancia.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060.

de los administrados³, sin distinguir su condición, situación e interés⁴. 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 potestad⁵; 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”⁶.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁷ tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) 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 a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En cuanto al daño antijurídico, 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. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

³ 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.

⁴ 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 générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁵ “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.

⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

⁷ 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 [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

“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”⁸.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra a 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”⁹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad¹⁰, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica¹¹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹².

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”¹³. 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”¹⁴.

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

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

¹⁰ 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 libre) 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.

¹¹ 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 25 de marzo de 2003.

¹² “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.

¹³ “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.

¹⁴ MIR PUIG, Santiago. Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

acción, sino obra del azar”¹⁵. 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 no¹⁶.

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 proporcionalidad 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.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... 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 protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹⁷. 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”¹⁸.*

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*

¹⁵ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁶ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994.

¹⁷ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

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.

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^{19,20}.

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 si 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 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

¹⁹ 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.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

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 omisión²¹. 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 ella²².

Dicha formulación no supone, y en esto es enfática la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal²³, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a *“una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”*²⁴.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que una vez demostrado el daño antijurídico, se analice la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. La atribución jurídica debe hacerse en un solo título de imputación; en primer lugar, debe examinarse en cada caso si el elemento fáctico constituye una la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos²⁵, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

²¹ 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.

²² Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

²³ *“La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”*. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

²⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *“La responsabilidad patrimonial...”*. Op. cit. Pág. 204.

²⁵ Merkl ya lo señaló: *“El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”*. MERKL, Adolfo. *“Teoría general del derecho administrativo”*. México, Edinal, 1975. Pág. 211.

En segundo lugar, si no es posible atribuir la responsabilidad al Estado por la falla en el servicio, debe examinarse a continuación si los elementos fácticos del caso concreto permiten la imputación objetiva, a título de daño especial o riesgo excepcional.

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). Conforme al anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

3. Régimen de responsabilidad en la actividad médica.

Ahora bien, en cuanto al régimen de responsabilidad por la actividad médica, parte del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación²⁶, "... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización..."²⁷.

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera, no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende

*"... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz"*²⁸.

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la "lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz", se debe observar que ésta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio. Así lo señala el precedente jurisprudencial constitucional:

"La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal "que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos

²⁶ Sentencias de agosto 31 de 2006. Exp. 15772; octubre 3 de 2007. Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.

²⁷ Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

²⁸ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

*estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada*²⁹.

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según otro precedente jurisprudencial constitucional, que:

*“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*³⁰.

A lo que se agrega, según otros precedentes jurisprudenciales constitucionales:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

*“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento³¹, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente³² o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*³³.

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones anteriores, que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información,

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

³¹ Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado “para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento”; así como en el “mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos”, ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento”. FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.

³² En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

³³ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)³⁴ (subrayado fuera de texto).

4. Problema jurídico

Reseñados como se encuentran los elementos que configuran la responsabilidad del Estado y el régimen de responsabilidad por la actividad médica, se ocupa ahora la sala de plantear el problema jurídico que se emana de los argumentos en que se fundó el recurso de apelación, esto es, determinar si la muerte de la señora Sergio Apolonia Torres Albarracín puede ser imputada a la entidad demandada, por haber esta incurrido en un equivocado diagnóstico y por la tardía prestación del servicio, como lo afirma el recurrente. Para efectos de entrar a resolver este interrogante, se reseñan a continuación los medios probatorios tendientes a probar los hechos alegados en el libelo y que resultan pertinentes a resolver el problema jurídico planteado, para posteriormente analizar el caso concreto.

5. Pruebas obrantes en el expediente.

Obran en el expediente los siguientes medios probatorios:

-Constancias del Seguro Social donde se refleja que los doctores: Gustavo Alfonso Peñaranda Ramírez, Maria Cecilia Rivera Pineda y Alberto Maldonado Rodríguez prestan sus servicios al Instituto. (Fls.73-77, C1)

-Copia autentica de la Historia Clínica de la señora Apolonia Torres de Tarazona enviada por el Instituto de Seguro Social mediante oficio No.391 del 1 de febrero de 1999. (Fls.117-149, C1)

- Declaración del doctor Luis Fernando Gonzalez Sierra, quien atendió a la paciente, la operó y considero que su muerte se debió al mal estado con el que ingresó al Instituto de Seguro Social y por el cáncer avanzado que padecía. (Fls.154-156, C1)

- Declaración del doctor Edgar Córdoba Melo, especialista que trató a la señora Apolonia Torres de Tarazona y consideró que por el resultado de su patología la evolución posterior de la paciente era de muerte a corto plazo. (Fls.157-161, C1)

- Declaración del doctor Rubén Pinto Perez, médico que le realizó una colonoscopia a la señora Apolonia Torres. (Fls.175-176, C1)

- Declaración del doctor Sergio Vargas Jauregui, cirujano que valoró a la paciente en el Centro Médico José Gregorio Ltda, pero por pertenecer al Instituto de Seguro Social la remitió a dicha entidad para la respectiva valoración. (Fls.187-189, C1)

³⁴ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

- Oficio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 11 de abril de 2002 donde el Perito Forense 1012-4 concluye que la *"incidencia de no manejo no se puede tener como determinante en su fallecimiento, el mismo comportamiento histológico (BIEN Y MAL DIFERENCIADO) del carcinoma per se, es suficiente para quitarle la vida a una persona a pesar de la mejor ayuda y atención médico quirúrgica, aún en los centros de referencia reconocidos mundialmente."* (Fls.193-195, C1)

Reseñadas las anteriores pruebas, se debe ahora determinar si las mismas acreditan cada uno de los elementos necesarios para declarar la responsabilidad de la entidad demandada; esto es, si existió el daño antijurídico y si éste es imputable al Instituto de Seguros Sociales.

6. Análisis de la imputación del daño en el caso concreto.

En relación con los hechos que dieron lugar al presente juicio de imputación, el acervo probatorio permitió tener por demostrado que APOLONIA TORRES ALBARRACIN, quien falleció el 18 de febrero de 1995; consultó por primera vez el servicio médico del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Norte de Santander, CAB Atalaya, el día 17 de agosto de 1994 (Fl. 126 c.1), presentando síntomas que llevaron al personal médico realizar el diagnóstico de amebiasis, frente al cual se produjo el correspondiente tratamiento farmacológico.

No obstante, la paciente retornó al mismo centro hospitalario el 20 de septiembre siguiente, manifestando haber tenido una deposición con sangre, frente a lo cual el médico ALBERTO RODRIGUEZ MALDONADO le practicó un tacto rectal, como resultado del cual el galeno consignó en la historia clínica, que *"el guante sale limpio"*.(fl. 26 anverso).

Como la paciente continuaba con los síntomas, el 14 de diciembre del mismo año, volvió a presentarse al mismo centro asistencial y en esta oportunidad se le ordenó una endoscopia de vías digestivas altas, que se practicó el mismo día; examen que arrojó como diagnóstico: *"Gastritis crónica superficial ligera a(sic) moderada"*. (fl. 124 .c1).

Posteriormente la señora TORRES ALBARRACIN, acude al centro médico José Gregorio Ltda, donde es atendida por el médico Sergio Vargas Jauregui, quien en su declaración manifestó:

"Esta paciente fue valorada por mí en mi consultorio ubicado en el centro clínico José Gregorio Ltda de la Dirección (sic) anteriormente anotada por un posible carcinoma de cuello uterino, ante la duda si se podía o no operar se le solicitó una rectosigmoidoscopia con el fin de valorar la paciente y evidenciar si había o no metástasis como la paciente pertenecía la Instituto de Seguro Social fue remitida para valoración y conducta". (fl. 187 y 188 c.1).

El día 24 de enero de 1995, se practicó a la víctima, por parte del médico Rubén Pinto Perez, una colonoscopia, según certificación que obra a folio 34 del C.1, en este documento se consignó:

"El día 24 de enero/95 se le realizó: Colonoscopia Fibro óptica llegando a arca de colon derecho. Se halló CA de ampolla rectal desde 3 a 13 cms del reborde anal" Este documento fue reconocido por el médico firmante durante la declaración que rindió dentro del proceso, en la que además de reconocer el documento confirmó

que con dicho examen “se halló masa en ampolla rectal, cuya primera impresión diagnóstica es cáncer de recto”. (fls. 175-176 c.1).

Obra en el expediente, como parte de la historia clínica, el “record de anestesia” del 13 de febrero de 1995, que da cuenta que a la señora Apolonia Torres se le elaboró un diagnóstico preoperatorio de “CA RECTO”, y que se le realizó la intervención quirúrgica denominada “Resección Abdominal perineal”. Aparece igualmente en el plenario, como parte integrante de la misma historia clínica, el resultado de examen de patología practicado a la señora APOLONIA TORRES, en febrero de 1995, sin que sea legible el día preciso en que se realizó. En este documento se consignó como diagnóstico lo siguiente:

“ADENOCARCINOMA BIEN Y MAL DIFERENCIADO ULCERADO DEL COLON SIGMOIDE QUE INFILTRA HASTA LA GRASA SUBSEROSA CON METASTASIS A 17 GANGLIOS REGIONALES AISLADOS. HAY TAMBIEN INFILTRACION A LA CARA POSTERIOR DEL CERVIX EN SU TERCIO DISTAL...” (Fls. 138 y 139 c.1).

Para la Sala, el itinerario que hasta aquí se ha examinado, denota un error en el diagnóstico, como consecuencia del cual el servicio de salud no se prestó de manera eficaz y oportuna. Ratifican esta percepción, lo manifestado en el dictamen rendido por medicina legal y lo declarado por el médico que atendió a la víctima en el centro médico José Gregorio Ltda. En efecto, en el dictamen de medicina legal, frente a la pregunta de si el tratamiento y los exámenes que se le practicaron fueron los adecuados y oportunos, se lee:

“... Hay una prolongación en la definición de una endoscopia por vías digestivas bajas, ya que el sangrado rutilante (sangre viva por recto) era un motivo de consulta por la paciente; no aparece la solicitud ni el examen mismo que era lo indicado”

Y más adelante en la misma experticia se manifiesta:

“...el abordaje inicial y manejo antiparasitario fue correcto ya que por la prevalencia de las enfermedades parasitarias en nuestro medio era lo indicado, pero cuando regresó al mes confesando que seguía con sangrado rutilante (rectorragia) y deposiciones de color café oscuro, se debía haber remitido para manejo por cirugía donde se podía hacerle entre otros procedimientos la proctosigmoidoscopia y probablemente se hubiera encontrado también el carcinoma pero en periodo inicial sin que hubiera hecho metástasis con la consecuente diseminación”.

A su vez, el médico Sergio Vargas Jáuregui, quien la atendió en el centro médico José Gregorio Ltda, pese a que pone de presente que no conoce la sintomatología inicial de la paciente ni el tratamiento que recibió originalmente en el Instituto de Seguros Sociales, manifestó:

“...Lo cierto es que uno debe ser un poquito agresivo y a veces yo prefiero pasarme de más a quedarse uno corto con los tratamientos de los pacientes si la sintomatología inicial en esta paciente fue de un dolor pélvico si la citología demuestra algún estado de cervicitis o metaplasia para mi el tratamiento es radical”.

Más adelante el mismo testigo manifiesta:

“Yo quiero hacer la aclaración de que yo no descubrí ningún cáncer lo que pasa es que en este momento yo no tengo copia de las citologías vaginales que se le habían practicado a la paciente sino que ante la duda de si la paciente está empezando o tenía un carcinoma de útero se pidió la valoración de la colonoscopia pero vuelvo y repito si la paciente tiene un estado dos o tres en una citología el tratamiento no puede ser expectante el tratamiento en ese momento es completar los exámenes de laboratorio pertinentes y previa valoración de la junta (sic) médica pasarla a histerectomía...”

De manera, pues, que examinados en conjunto estos dos medios probatorios, evidencian que el tratamiento recibido por la paciente en el Instituto de Seguros Sociales no fue adecuado; pues sólo hasta cuando el profesional del centro médico José Gregorio Ltda ordena la colonoscopia y remite a la paciente con los resultados de la misma al Instituto de Seguros Sociales, la entidad demandada deja la actitud de pasiva espera frente a los síntomas y ordena los exámenes y procedimientos correspondientes.

Así las cosas, el médico que atendió a la paciente el 20 de septiembre de 1994, debió ser diligente y ordenar los exámenes que la experticia practicada por medicina legal echa de menos. Haberlo hecho parcialmente el 14 de diciembre en las vías digestivas altas; y solamente en enero de 1995 respecto de las vías digestivas bajas, y sólo como consecuencia de una remisión proveniente de otro centro médico particular que fue pagado con recursos de la víctima, le muestran a la Sala una grave falla en el servicio por error en el diagnóstico y tardía prestación del mismo.

Para la Sala no puede ser de recibo el argumento expuesto por el Tribunal a quo según el cual no hay vínculo causal entre la prestación del servicio y la muerte de la señora TORRES ALBARRACIN, so pretexto que en el tantas veces citado dictamen de medicina legal se afirmó que:

“La incidencia de no manejo no se puede tener como determinante en su fallecimiento, el mismo comportamiento histológico (BIEN O MAL DIFERENCIADO) del carcinoma per se, es suficiente para quitarle la vida a una persona a pesar de la mejor ayuda y atención médico quirúrgica, aún en los centros de referencias reconocidos mundialmente.”

Y no puede ser de recibo, porque como se advirtió atrás, la jurisprudencia Constitucional ha determinado que el servicio de salud, debe ser prestado de forma tal que se garantice la dignidad humana, y ésta no se ha garantizado en el caso sub judice en el que un paciente debió esperar 6 meses, y acudir a otra institución distinta a la que se encuentra afiliado, para que le practiquen los exámenes que han debido practicársele, como bien lo dice la experticia tantas veces mencionada. Todo esto, independientemente de que la enfermedad le hubiese producido ineluctablemente la muerte.

La Sala advierte que con la omisión en la práctica de los exámenes reseñados, no sólo se presto un servicio tardío y se equivocó el diagnóstico; sino que se le negó a la paciente el derecho a saber concretamente la causa de las dolencias que lo aquejaban, conocimiento que forma componente fundamental del derecho a la salud y que en el caso sub judice resultó flagrantemente vulnerado.

Como corolario de la anterior la Sala advierte que la tardanza en proferir las órdenes de los exámenes requeridos, no obstante la evidencia que los

procedimientos hechos no tuvieron la virtud de recuperar el paciente, afectó la necesaria calidad del servicio. En consecuencia, hay lugar a imputar el daño antijurídico sufrido por los demandantes y declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial del Instituto de Seguros Sociales por los hechos que dieron lugar a la muerte de la señora APOLONIA TORRES ALBARRACIN.

7. Responsabilidad de los llamados en Garantía

En relación con los llamados en garantía se dispone que frente a MARIA CECILIA RIVERA PINEDA, quien en condición de médico de la entidad demandada atendió a la víctima, en fecha que no determina la historia clínica, y la remitió a cirugía, anexando la Colonoscopia que se le había practicado a la paciente en un centro particular, con diagnóstico presuntivo de cáncer de ampolla rectal; no puede endilgársele responsabilidad alguna, toda vez que su intervención se limitó a hacer la respectiva remisión de la paciente.

No puede decirse lo mismo del médico ALBERTO MALDONADO RODRIGUEZ, respecto de quien se encuentra acreditado que estaba vinculado a la entidad demandada en la época en que ocurrieron los hechos.(fl.76 y 77 c.1), y quien atendió a la víctima el 20 de septiembre, fecha en que conforme al mismo dictamen pericial, ha debido ordenarse la colonoscopia. Ahora bien a efectos de saber si eventualmente cabe alguna responsabilidad de este llamado en garantía la Sala se ocupa enseguida de constatar si su conducta estuvo afectada de culpa grave o dolo.

Respecto del requisito consistente en la cualificación de la conducta del agente determinante del daño que deba reparar el Estado, como dolosa o gravemente culposa, la Sala ha explicado en diferentes oportunidades³⁵ que, para efectos de determinar la culpa grave o dolo, se debe acudir a las normas vigentes para la época de los hechos, en este caso, las disposiciones del Código Civil las cuales, además de definir los calificativos de dolo y de culpa grave, clasifican las especies de culpa que existen, entre ellas la grave:

“ARTÍCULO 63. CLASES DE CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpas se opone a la suma diligencia o cuidado.

³⁵ Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente: 29.223; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 22 de julio de 2009, expediente: 25659.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (Resaltado por fuera del texto original).

Conforme a las anteriores definiciones, la culpa grave representa una menor exigencia frente al comportamiento del sujeto, es decir que, cuando se consagra este tipo de culpa, el examen de la conducta resulta menos riguroso, puesto que sólo incurrirá en culpa grave, quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia, cuando no observa el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría.

Con fundamento en la norma en mención, la jurisprudencia del Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición³⁶ y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77³⁷ y 78³⁸ del C. C. A.. Así, dijo³⁹ que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

Es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política⁴⁰ y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo, contratos, bienes y familia.

Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya estipulado expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la **conducta dolosa o gravemente culposa** de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

Con base en las anteriores consideraciones, teniendo en cuenta que en el caso sub judice, se ha establecido con la experticia rendida por el Instituto de Medicina Legal, que conforme a los síntomas reportados por la víctima ha debido ordenarse la endoscopia y la colonoscopia desde el 20 de septiembre de 1994, máxime si se

³⁶ Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

³⁷ Sentencia C –100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

³⁸ Sentencia C – 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

³⁹ Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

⁴⁰ El artículo 83 Constitucional reza: “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas*”.

tiene en cuenta que en esta oportunidad la víctima fue atendida por consulta externa; la Sala encuentra que esta resulta una conducta gravemente culposa por parte de un médico, pues su proceder desconoce de manera burda la *lex artis*. En consecuencia, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a ALBERTO MALDONADO RODRIGUEZ, que reembolse al Instituto Colombiano de Medicina Legal, el monto de lo que esta institución pague a los demandantes.

8. PERJUICIOS

8.1 Reconocimiento de los perjuicios morales.

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”. 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”⁴¹.

Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas (por muerte o lesiones) produce como consecuencia de los daños antijurídicos en virtud de los hechos como los ocurridos entre el 20 de septiembre de 1994 y el 18 de febrero de 1995, en que resultó muerta la señora APOLONIA TORRES ALBARRACIN, no puede reducirse su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

La premisa inicial para fundamentar esto se radica en la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobla a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la afectación a su lugar de vivienda o habitación. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que en este tipo de eventos se produce entre la esfera moral de cada individuo.

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

Precisamente, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de mayo de 2007, relativa a la masacre de la “Rochela”, se sostuvo “que en el ámbito interno no se dispuso una indemnización por el sufrimiento propio de las víctimas fallecidas, por lo que corresponde determinar la indemnización pertinente”. Se trata, por lo tanto, de reconocer que con ocasión de la afectación de la lesión a la vida, a la integridad personal, o al ejercicio de la libertad, por ejemplo, de las víctimas y sus familiares se produjo, como se puede constatar con los medios probatorios que obran en el expediente (en especial la prueba

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2012, exp. 24392.

testimonial), toda una serie de padecimientos, sufrimientos y temores que se reflejan en lo más íntimo y personal de cada uno, ponderado en función a su posterior tasación y liquidación, que de no reconocerse, para este tipo de casos específicamente y con la mayor cantidad de medios probatorios permita arrojar la certeza, o inducir con certeza la existencia de tales perjuicios en cabeza de todos y cada uno de los actores, podría socavar el derecho a la reparación integral reconocido constitucional y legalmente.

Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- cómo estaba conformada la familia?; - qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?), y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental.

Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. Y se afirma que se trate de parientes cercanos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política.

Para el caso concreto, la parte actora solicitó el reconocimiento de perjuicios morales en la suma equivalente al valor de 1000 gramos de oro. En el acervo probatorio obra, como prueba para su reconocimiento, certificado del registro civil de matrimonio de Apolonia Torres Albarracín y Andrés Tarazona Gelvez (fl.23 c.1); certificados de los registros de nacimiento de Ana Belén, Gladys, Ludy Jesús, Luz Myriam Tarazona Torres (fls 24-27 c.1), documentos que acreditan a estas personas como hijas de la víctima. Obran también las copias auténticas de los registros de nacimiento de Martha Dolores, Alix Beatriz y Claudia Yamile Tarazona Torres, que igualmente acreditan su condición de hijas de la señora Apolonia Torres Albarracín.

Acreditado el parentesco para efecto del reconocimiento de los perjuicios morales, el juez contencioso administrativo debe examinar si encuentra que las entidades demandadas desvirtuaron la presunción de aflicción causada a los demandantes.

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 ellos.

Ahora bien, probado como se encuentra el requisito para 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.

8.2. Motivación para la tasación de los perjuicios morales.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012⁴², sostiene claramente que el **“Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso”** (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

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

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

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

⁴² Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

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 aquella 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 jurisprudencia⁴³. De hecho, la Sala echa de menos que a pesar de que explícitamente se consideró el daño ocasionado por la muerte de un ser querido, estimándolo como más intenso, no se haya justificado por qué la cuantificación de la frustración por no obtener el título de abogado por tres años iguala tal situación”; b) sin “perjuicio del arbitrio citado, para cuantificar el daño el Tribunal se encontraba obligado a atender los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y los criterios adscritos a los conceptos de “reparación integral” y de “equidad” consignados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Como se advirtió, la amplitud de la citada disposición, no constituye carta abierta para que se definan cantidades dinerarias arbitrarias. Por el contrario, es absolutamente necesario atender las particularidades del caso y definir, por lo menos, qué aspectos hacen equiparable el caso con la pérdida definitiva de un ser querido”; y, c) “la ausencia de argumentos que expliquen por qué a la acción de reparación directa invocada (...) le es aplicable el monto máximo del perjuicio moral, llevan a que la Sala considere tal determinación como arbitraria y, por tanto, vulneradora de los derechos a la igualdad y al debido proceso” (subrayado fuera de texto).

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

⁴³ La Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo del 6 de septiembre de 2001 argumentó lo siguiente: “Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción”. (negrilla fuera de texto original).

reparación⁴⁴; 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 sentencia⁴⁵; c) los “criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) tener en cuenta “*la gravedad objetiva de la lesión*”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos⁴⁶; 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 1995⁴⁷; 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 contratiempo⁴⁸. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales,

⁴⁴ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁴⁵ “En el caso concreto considera la Sala que no hay lugar a condenar a la Nación por los perjuicios morales reclamados por el actor porque las molestias aducidas no alcanzan la connotación de daño moral, entendido este concepto en sentido amplio para abarcar no sólo el dolor moral sino otra serie de perjuicios no afectivos que inciden en el ámbito de la esfera espiritual. No hay duda de que el actor padeció las molestias e incomodidades inherentes al racionamiento de energía y al cambio de la hora legal, pues las mismas fueron sufridas por toda la población, como consecuencia de una medida que hubo necesidad de adoptar con el fin de conjurar una crisis que de prolongarse habría tenido consecuencias muy graves para la economía del país. Sin embargo, tales molestias no alcanzaron a juicio de la Sala y según la prueba que obra en el proceso a producirle al demandante un grave sufrimiento, susceptible de reparación, de la naturaleza de aquel que se padece por la pérdida de un ser querido o el agravio que se infiere al cuerpo o a los sentimientos o a los derechos fundamentales de las personas con una lesión o una injuria, sino tan solo incomodidades menores que si bien afectaron su vida cotidiana no incidieron seriamente en su espiritualidad. El demandante afirma que las limitaciones a que se vio sometido durante las horas de racionamiento le causaron aflicción, frustración, desesperación, desolación. Sin embargo, no demostró haber padecido realmente trastorno emocional significativo durante esa época. Si bien el sufrimiento moral se padece interiormente, son sus manifestaciones externas las que permiten su afirmación. Por lo tanto, no basta con asignar calificativos a los hechos, es necesario demostrar su existencia. En consecuencia, no hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado en el caso concreto porque el demandante no acreditó el primer elemento de la reparación cual es el daño”. Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁴⁶ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁴⁷ “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.

⁴⁸ 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 aficción 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,

incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales⁴⁹. 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 considerados⁵⁰; 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 iguales⁵¹. Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de

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.”

⁴⁹ 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.”

⁵⁰ 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.”

⁵¹ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de marzo 7 de 2002 (CP Jesús María Carrillo Ballesteros) [Rad. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807)]. La sentencia sostiene al respecto lo siguiente: “Tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de la indemnización del perjuicio moral no es reparadora ni restitutoria, sino compensatoria. En este sentido, asiste razón al apelante cuando afirma que todo el oro del mundo es insuficiente para compensar la pérdida que causa la muerte de un inocente niño. Y es, precisamente, sobre la anterior premisa que la jurisprudencia ha construido su criterio para la valoración e indemnización del perjuicio, en el que reconoce discrecionalidad al juzgador y apela a su buen juicio, pero que exige del mismo la observancia de principios tales como la equidad y la igualdad, en aras de los cuales, y sin que ello implique desconocer las circunstancias propias de cada caso, al entrar a fijar la indemnización debe concederla en un monto similar al reconocido frente a hechos similares. Aunque por mandato Constitucional los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, la misma Carta reconoce los criterios auxiliares que para la actividad judicial representan los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina. Bajo este universo, para la Sala es claro que, en tanto no contravengan ni el texto ni el espíritu de la ley, las directrices jurisprudenciales constituyen un importante instrumento para quien administra Justicia, además de brindar seguridad a los asociados sobre las pautas que regirán la resolución de sus conflictos”.

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 insalvable e inconmensurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retrotraible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*” (subrayado fuera de texto); b) de acuerdo con la dilatada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de 10 de marzo de 1994; de 5 de mayo de 1999 –expediente 4978-; de 25 de noviembre de 1999 –expediente 3382-; de 13 de diciembre de 2002 –expediente 7692-; y, de 15 de octubre de 2004 –expediente 6199-), “es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada” (subrayado fuera de texto); c) “admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeatur* 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) “La Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad⁵², humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad⁵³, inseguridad, frustración, e impotencia⁵⁴”⁵⁵; 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”⁵⁶; 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”⁵⁷; 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.

⁵² 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.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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].

⁵⁶ “(...) 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.

⁵⁷ 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 argumentos⁵⁸.

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 fundamentar⁵⁹.

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 derecho⁶⁰.

La satisfacción de esas exigencias es condición de que la decisión judicial merezca el calificativo de racional conforme a los parámetros mínimos de la

⁵⁸ “(…) a la teoría de la argumentación le compete poner de manifiesto que las cosas de los jueces no son ni tan claras ni tan oscuras, que, entre el noble sueño y la pesadilla, en términos de HART, cabe el camino intermedio de una posible racionalidad argumentativa, de un concepto débil, pero no inútil, de racionalidad. Ni es la práctica del derecho conocimiento puro, sin margen para la discrecionalidad judicial, ni es, por necesidad, extrema la discrecionalidad, transmutada en arbitrariedad irremediable. Los jueces deciden porque valoran, pero esas valoraciones son susceptibles de análisis y calificación en términos de su mayor o menor razonabilidad: en términos de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que en la motivación de las sentencias vengan justificadas”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.52.

⁵⁹ “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.

⁶⁰ 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.

teoría de la argumentación. Con ello se comprueba que la racionalidad argumentativa de una sentencia no depende del contenido del fallo, sino de la adecuada justificación de sus premisas⁶¹ (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 Derecho⁶², 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>⁶³, 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”⁶⁴

Como puede extraerse, la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”⁶⁵.

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

⁶¹ “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.

⁶² “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”.

⁶³ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en *RDProc.*, 1949, pp.165 y ss.

⁶⁴ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

⁶⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.139.

procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda⁶⁶.

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”⁶⁷. 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”⁶⁸.

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

En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior”⁶⁹ (subrayado fuera de texto).

⁶⁶ PÉREZ ROYO; Javier. Curso de derecho constitucional. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

⁶⁷ ASIS ROIG, Rafael de. El juez y la motivación en el Derecho. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

⁶⁸ “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.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

Dicho sentido, siguiendo a la jurisprudencia constitucional, debe tener en cuenta, además, que en un “estado democrático de derecho, en tanto garantía ciudadana, la obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional. La necesidad de justificar las decisiones judiciales, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber, garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia”⁷⁰ (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”⁷¹, 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*”⁷². 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*”⁷³.

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.

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

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

⁷¹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975, pp.450 ss.

⁷² FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo>, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p.433.

⁷³ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.169.

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”⁷⁴.

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 uniformes⁷⁵, sino que debe considerarse las circunstancias de cada caso en concreto, las singularidades de los sujetos, de los grupos familiares y la aplicación de los anteriores criterios. Sin embargo, una vez definidos los criterios o referentes objetivos (como lo señala la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 23492), cabe determinar el “quantum” indemnizatorio, para lo que cada juez en el ejercicio de su razonado arbitrio puede emplear el método, o metodología, que permita una ponderada dosificación, siendo para este caso procedente la aplicación de la metodología del “test de proporcionalidad”, como expresión de la debida continuidad de las sentencias de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 y de 23 de agosto de 2012.

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

La más reciente sentencia de la Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 23492), no limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en ejercicio de su “arbitrium iudicis” determinara el “quantum” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del “test de proporcionalidad”, ya que, se reitera la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena, se **“ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la**

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente 1995-10351.

⁷⁵ “¿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.

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 juez⁷⁶ (negrita y subrayado fuera de texto).

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

De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa, ni en tabla de punto al ser aplicable sólo al caso en concreto) la metodología del test de proporcionalidad⁷⁷, 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 proporcionalidad⁷⁸, el cual no está

⁷⁶ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁷⁷ “(...) a pesar de que el principio de proporcionalidad no esté tipificado en ninguna disposición positiva del Derecho administrativo francés, y de que tampoco suela ser mencionado *ex profeso* en los fundamentos jurídicos de las sentencias, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo aplica de manera implícita con bastante frecuencia (Sobre la aplicación implícita del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo francés, X. Philippe aclara que <el juez francés -administrativo u ordinario- ha preferido siempre esquivar el término (proporcionalidad) y aplicar su contenido o su esencia, recurriendo a nociones cercanas, paráfrasis o sinónimos>. No obstante, este mismo autor sostiene que a partir de la última década del siglo XX se ha comenzado a vislumbrar un cambio de tendencia, por efecto de la influencia sobre los jueces franceses de las decisiones de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, en las cuales se hace una alusión explícita y directa al principio de proporcionalidad. Vid. ÍD., <El principio de proporcionalidad en el derecho público francés>). Para tal efecto, el principio de proporcionalidad se integra al control que se surte mediante las técnicas de desvío de poder, calificación jurídica de los hechos, error 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.

⁷⁸ “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

vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, teniendo en cuenta los mínimos criterios objetivos empleados para la tasación (una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces”⁷⁹), 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 objetivos⁸⁰, permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible⁸¹, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden⁸² 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”⁸³, 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

magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia”.

⁷⁹ ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

⁸⁰ 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 dano 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.

⁸¹ 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.

⁸² 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.

⁸³ 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 injusto⁸⁴. 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 certeza⁸⁵. 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 situaciones⁸⁶.

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”⁸⁷** (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

⁸⁴ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

⁸⁵ “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.

⁸⁶ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

⁸⁷ 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.

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 proporcionalidad⁸⁸ desde la perspectiva del juicio de igualdad⁸⁹, y de la necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción⁹⁰, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de

⁸⁸ “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general - como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de 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.

⁸⁹ 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

⁹⁰ 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

proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación⁹¹ de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial desproporción que pueda representarse en la liquidación de los perjuicios morales, atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando un ejercicio exagerado de la mera liberalidad del juez, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia⁹², 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 desproporcionada⁹³ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”⁹⁴.

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 pecuniariamente⁹⁵, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas⁹⁶, el perjuicio estético causado⁹⁷ o el daño a la reputación⁹⁸.

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.

⁹¹ “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.

⁹² LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

⁹³ 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

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁹⁵ 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

⁹⁶ 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.”

Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva. Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro⁹⁹¹⁰⁰.

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”¹⁰¹.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares que padecen un sufrimiento o aflicción¹⁰². Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la

⁹⁷ 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

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² 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.

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 defecto¹⁰³. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de acuerdo a) con las circunstancias de cada caso (cuando de se trata de muerte: violenta, debida a la actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución, por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de lesiones: de acto violento, debida a actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de tortura; cuando se trata de desplazamiento forzado: donde cabe tener en cuenta la pertenencia a una comunidad étnica, campesina o de especial protección; cuando se trata de acto sexual; cuando se trata de la privación de la libertad; cuando afecta el honor y la honra; cuando afecta bienes -muebles o inmuebles- fruto de actos violentos, etc.); b) con la consideración según la cual la medida de la compensación debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental, apego, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales) y los que se citan en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, amor y solidaridad; c) finalmente, con la exigencia según la cual quien afirma la existencia del perjuicio moral tiene una mínima carga para su cuantificación, ya que de sólo de contarse con la presunción de aflicción como criterio, la determinación de su “quantum” obedecerá a los mínimos a reconocer en atención a las circunstancias de cada caso y a los mencionados criterios mínimos objetivos que generalmente sean aplicables, teniendo en cuenta, además, como criterios adicionales para ponderar la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada), o la limitación al ejercicio del derecho a la libertad, al honor, o la afectación a bienes constitucionales¹⁰⁴ (derechos o

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Que pueden encuadrarse en el segundo grupo de “derechos a acciones negativas del Estado” que “está constituido por los derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho. Ejemplos de propiedades de un titular de derechos fundamentales que pueden ser afectadas son las de vivir y estar sano; un ejemplo de una situación es la inviolabilidad del domicilio (...) En lugar de propiedades y situaciones, a menudo se habla de bienes, por ejemplo del bien de la vida. No hay nada que objetar en contra de esta forma de hablar; pero puede inducir a error. El que *a viva* no significa que exista *a* y

garantías constitucionales), 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 ponderación¹⁰⁵; 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 concreto¹⁰⁶.

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.

a. Cuando se trata de la muerte violenta

algo más, el bien y que entre ellos exista una relación de posesión; significa, más bien, que a *a* le corresponde una determinada propiedad, es decir, la de ser un ser viviente”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2008, p.168.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ Cabe advertir, como lo sostiene Carlos Bernal Pulido, en la dimensión ius-filosófico y constitucional de la ponderación: “Es meritorio que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo, y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios [y mucho menos en la tasación y liquidación de perjuicios que como los morales comprometen esferas subjetivas e inmateriales de los sujetos], tan estrechamente vinculados con las ideologías. Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva”. BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (Coord) *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. 1ª reimp. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010, pp.56 y 57.

Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar	Criterios y cuantificación
<p>Se trata de la muerte, ocurrida después de una prestación ineficiente y tardía, del servicio de salud, como consecuencia de un error en el diagnóstico, de la señora APOLONIA TORRES ALBARRACIN.</p>	<p>a) circunstancias de cada caso; b) “presunción de aflicción” (que no es de “iure”); c) se acreditó 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, 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) ponderar si se produjo la vulneración de derechos humanos; f) ponderar si se produjo la vulneración del derecho internacional humanitario (desarraigo, tortura, muerte en conflicto, pérdida de bienes, etc); g) ponderar si se produjo la vulneración de bienes o garantías constitucionales (a la vida, a la integridad personal, a la locomoción, a la inviolabilidad del domicilio, al derecho de defensa, al debido proceso)</p>
<p>Núcleo familiar inmediato (esposo –a-, compañero –a-, hijos, padres)</p>	<p>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 y cuando se encuentran vulnerados bienes o garantías constitucionales)</p> <p>50 - 80 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios. En caso de sólo operar la presunción, se tiene en cuenta si se produjo la vulneración de bienes o garantías constitucionales (a la vida, a la integridad personal, a la locomoción, a la inviolabilidad del domicilio, al derecho de defensa, al debido proceso)</p>
<p>Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos)</p>	<p>10 - 50 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados más de uno de los criterios y cuando se encuentran vulnerados bienes o garantías constitucionales</p> <p>1 a 10 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios. En caso de sólo operar la presunción, se tiene en cuenta si se produjo</p>

	la vulneración de bienes o garantías constitucionales (a la vida, a la integridad personal, a la locomoción, a la inviolabilidad del domicilio, al derecho de defensa, al debido proceso)
Colaterales familiares y no familiares(sobrinos, primos, cuñados)	1-5 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)

Advierte la Sala que en el caso sub judice únicamente se presentaron los certificados y registros reseñados anteriormente, los que demuestran el parentesco; pero carece el expediente de cualquier prueba que acredite manifestaciones objetivas del dolor sufrido por los demandantes, o que informe sobre las características propias del vínculo familiar; lo cual hace imposible que la Sala valore las circunstancias específicas del caso concreto. En estas condiciones se condenara por concepto de perjuicios morales, atendiendo únicamente a lapresunción que se deriva del vínculo parental acredita, a las siguientes sumas de dinero:

INDEMNIZADO	CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN APLICADOS	SMLMV	EQUIVALENTE EN PESOS
ANDRES TARAZONA GELVEZ (Cónyuge de Apolonia Torres Albarracín)	Presunción de Aflicción	50	\$29.475.000.00
ANA BELEN TARAZONA TORRES (hija)	Presunción de Aflicción	50	\$29.475.000.00
GLADYS TARAZONA TORRES(hija)	Presunción de Aflicción	50	\$29.475.000.00
LUDY JESUS TARAZONA TORRES (hija)	Presunción de Aflicción	50	\$29.475.000.00
LUZ MYRIAM TARAZONA TORRES (hija)	Presunción de Aflicción	50	\$29.475.000.00
MARTHA DOLORES TARAZONA TORRES(hija)	Presunción de Aflicción	50	\$29.475.000.00
ALIX BEATRIZ TARAZONA TORRES (hija)	Presunción de Aflicción	50	\$29.475.000.00
CLAUDIA YAMILE TARAZONA TORRES (hija)	Presunción de Aflicción	50	\$29.475.000.00

8.4 Reconocimiento y Tasación de los perjuicios Materiales

En la demanda se deprecaron perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, la sala procede a su análisis.

8.4.1 Reconocimiento y tasación del daño emergente

Obran en el plenario documentos que demuestran los gastos en que incurrió la víctima, cuando fue atendida en el centro médico Jose Gregorio Ltda, entre el 20 y 24 de enero de 1995 así:

Exámenes de laboratorio Clínico.....	\$22.800.00 (fl. 36 c.1)
Honorarios al médico Sergio Vargas.....	\$20.000 (fl. 37 c.1)
Sala de cirugía.....	\$23.000 (fl.38.c.1)
Hospitalización.....	\$60.000.(fl. 39 c.1)
Medicamentos.....	\$118.500 (fl.40 c.1)
Honorario al médico Rubén Pinto.....	\$108.000 (fl.35c.1)

TOTAL.....\$352.500.

Esta cifra será actualizada con base en la fórmula financiera utilizada por la Corporación así:

$$Va = Vi \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Va: valor actual

Vi: valor inicial, equivalente al valor efectivamente pagado en enero de 1995, esto es, \$352.000

Índice final: equivalente al último IPC conocido para la fecha del fallo (mayo 2013), que corresponde a 113.48

Índice inicial: equivalente al IPC para la fecha que se realizó el pago (enero 1995), que corresponde a 26.63

Aplicación de la fórmula:

$$Ra = \$352.500 \frac{(113.48)}{26.63}$$

$$Ra = \$ 1.506. 365$$

En consecuencia se condenará a la entidad demandada a pagar a favor de los demandantes, por concepto de daño emergente la suma de \$1.506.365

8.4.2 Reconocimiento y tasación del lucro cesante

En la demanda se solicitó el reconocimiento del lucro cesante, para lo cual se afirmó que la actividad que desarrollaba la señora APOLONIA TORRES ALBARRACIN era la de ama de casa; en consecuencia se pide que se tenga en cuenta tal labor a efectos de indemnizar este perjuicio material.

El ordenamiento jurídico colombiano ha venido paulatinamente reconociendo al miembro de la familia que se ocupa del trabajo doméstico; extrayéndolo de esa situación invisible en la que tradicionalmente se había encontrado. Entre las situaciones en que se ha dado visibilidad al trabajo de las amas de casa, se encuentra el reconocimiento que de tal labor hizo la Corte Constitucional, frente a un caso en que un juez había negado al trabajo doméstico realizado por una concubina, su calidad de aporte a una sociedad de hecho. En esa oportunidad dispuso:

“el sentenciador parece creer que los únicos aportes a una sociedad de hecho deben ser dinero o bienes relevantes en el mercado, con lo cual descarta de plano el denominado aporte de industria. Seguramente por eso se abstuvo de considerar por un momento siquiera si el trabajo doméstico de la concubina tuvo o no significación económica suficiente para reconocerle, con todas sus consecuencias, la calidad de socio.

Al proceder así el Tribunal comulga con quienes estiman que el trabajo doméstico es "invisible" y como tal, carece de todo significado en la economía del mercado.

Esta Corte no puede menos que manifestar su total desacuerdo con dicha visión por cuanto ella estimula y profundiza la desigualdad y la injusticia en las relaciones sociales, hace inequitativo el desarrollo económico y vulnera derechos fundamentales de la persona humana¹⁰⁷.

Más recientemente la misma Corte, ha advertido cómo la discriminación que se cierne sobre el trabajo doméstico ha sido enfrentado por el derecho nacional e internacional, cuando manifiesta:

“Los conocidos riesgos de trato discriminatorio y de explotación hacia personas contratadas para cumplir labores domésticas, como aseo, cocina, lavado y planchado de ropa y demás actividades propias de un hogar, habían encontrado tradicional materialización, connivencia e indiferencia, en un rezago de la esclavitud y la servidumbre del pasado, manteniéndose la segregación social y las diferencias en las condiciones laborales.

Con el fin de eliminar tal situación, siendo deber del Estado social de derecho proteger a todas las personas sin distinción alguno, ha evolucionado la normatividad nacional e internacional y la jurisprudencia, como bien ha expresado esta Corte”

Dentro de esta misma línea de pensamiento, esta Corporación en diversas ocasiones ha reconocido que si bien la labor doméstica realizada por un miembro de la familia no es un trabajo formalmente remunerado, toda vez que la mujer, que es quien habitualmente lo desempeña, lo ejerce como una actividad propia de su condición de madre y esposa; cuando ella fallece dichas actividades tendrán que ser asumidas por otra persona, quien por lo general no lo realiza de forma gratuita, y por lo mismo es un factor a tener presente en el momento en que se indemnizan perjuicios.¹⁰⁸

La Sala advierte en esta oportunidad, que dadas las cambiantes formas de familia que constitucionalmente se han venido reconociendo, lo que aquí se ha expresado en relación con las amas de casa, es aplicable también cuando el hombre es el que se ocupa de las labores domésticas, y de esta forma aporta al sustento material y afectivo del círculo familiar. Lo será igualmente predicable respecto de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.

Ahora bien, ante una actividad que no era remunerada a la víctima, pero que para quien la ejerza después de su desaparición deberá serlo, se presume en tal remuneración el salario mínimo legal mensual vigente. En este orden de ideas, la Sala reconocerá el lucro cesante deprecado en el libelo, con base en el salario mínimo legal vigente en la fecha en que se profiere este fallo.

Se debe precisar, sin embargo, que conforme a lo dispuesto por esta Corporación, respecto de los hijos, será reconocido únicamente aquellos que en el momento de la muerte no habían cumplido 25 años. En cuanto tiene que ver con el cónyuge, la condena del lucro cesante se hará en abstracto, toda vez que en el expediente no obra copia de su registro civil de nacimiento ni el de la víctima, documentos que permiten determinar, cuál era la vida probable de cada uno de ellos. Por lo tanto, se deberá adelantar el incidente correspondiente, acreditando las fechas de nacimiento del señor ANDRES TARAZONA GELVES y de la señora APOLONIA

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C-494 de 1992.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006. Exp. 14400

TORRES ALBARRACIN, y el cálculo del tiempo de la indemnización se hará respecto aquel que sea mayor.

Así las cosas se procede a liquidar el lucro cesante respecto de LUZ MYRIAM, MARTHA DOLORES TARAZONA, y ALIX BEATRIZ TARAZONA TORRES, Y CLAUDIA MILENA TARAZONA TORRES, hijas de la víctima que tenían menos de 25 años en el momento que se produjo el deceso de su causante.

Como se dijo en precedencia, el salario base para la liquidación será el salario mínimo legal vigente, esto es la suma de \$589.500. A dicho valor, como es posición consolidada de la Sala, se debe incrementar el 25% por concepto de prestaciones sociales (por imperativo legal), se obtiene así la suma de \$736.875. A este resultado, y en aplicación de las reglas de la experiencia, la Sala deberá deducir en este caso el 25% que corresponde a los gastos personales o de subsistencia que dedicaba la víctima. Efectuada esta deducción, se tiene que el valor o renta actual con base en el cual se liquidará el lucro cesante para este primer periodo será la suma de \$552.656,25, la cual se dividirá en dos: el 50% para la cónyuge supérstite, respecto del cual, como se advirtió, la condena será en abstracto por las razones ya expuestas. El otro 50% se dividirá entre las 4 hijas, menores de 25 años a la fecha del fallecimiento de la víctima.

8.4.2.1 Lucro cesante consolidado para LUZ MYRIAM, MARTHA DOLORES, ALIX BEATRIZ Y CLAUDIA MILENA TARAZONA TORRES (Hijas de la víctima).

Para efectos de la liquidación de estas personas se dividirá el 50% de la renta actualizada, esto es la suma de \$276.328,12 en 4 partes. De esta manera, la renta actualizada que se tendrá como base para la liquidación de perjuicios de cada una de ellas será de \$ 69.082,03 Respecto de estas cuatro personas solamente se reconocerá lucro cesante consolidado toda vez que todas ellas llegaron a los 25 años antes de la fecha de este fallo.

8.4.2.1.1 Lucro cesante consolidado para LUZ MYRIAM TARAZONA TORRES

El lucro cesante consolidado para esta demandante, corresponde a un periodo indemnizable comprendido desde la fecha de los hechos, 18 de febrero de 1995 hasta el 22 de noviembre de 1996, fecha en la que LUZ MYRIAM TARAZONA TORRES llegó a la edad de 25 años, esto es, 21.01, perjuicio que se liquidará aplicando la siguiente fórmula matemática:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que corresponde al valor de \$69.082.03, n: número de meses que comprende el período indemnizable, 21.01 meses I: interés puro o técnico que corresponde a 0,0004867

$$S = \$69.082.03 \frac{(1+0,004867)^{21.01} - 1}{0,004867} = \$1.523.554,17$$

$$S = \$1.523.554,17$$

8.4.2.1.2 Lucro cesante consolidado para MARTHA DOLORES TARAZONA TORRES

El lucro cesante consolidado para esta demandante, corresponde a un periodo indemnizable comprendido desde la fecha de los hechos, 18 de febrero de 1995 hasta el 18 de abril de 1998, fecha en la que MARTHA DOLORES TARAZONA TORRES llegó a la edad de 25 años, esto es, 38 meses, perjuicio que se liquidará aplicando la siguiente fórmula matemática:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que corresponde al valor de \$69.082.03, n: número de meses que comprende el período indemnizable, 38 meses I: interés puro o técnico que corresponde a 0,0004867

$$S = \$69.082.03 \frac{(1+0,004867)^{38} - 1}{0,004867} = \$2.875.893.87$$

$$S = \$2.875.893.87$$

8.4.2.1.3 Lucro cesante consolidado para ALIX BEATRIZ TARAZONA TORRES

El lucro cesante consolidado para esta demandante, corresponde a un periodo indemnizable comprendido desde la fecha de los hechos, 18 de febrero de 1995 hasta el 6 de agosto de 1999, fecha en la que ALIX BEATRIZ TARAZONA TORRES llegó a la edad de 25 años, esto es, 53.6 meses, perjuicio que se liquidará aplicando la siguiente fórmula matemática:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que corresponde al valor de \$69.082.03, n: número de meses que comprende el período indemnizable, 53.6 meses I: interés puro o técnico que corresponde a 0,0004867

$$S = \$69.082.03 \frac{(1+0,004867)^{53.6} - 1}{0,004867} = \$4.165.443.86$$

$$S = \$4.165.443.86$$

8.4.2.1.4 Lucro cesante consolidado para CLAUDIA MILENA TARAZONA TORRES

El lucro cesante consolidado para este demandante, corresponde a un periodo indemnizable comprendido desde la fecha de los hechos, 18 de febrero de 1995 hasta el 5 de agosto de 2002, fecha en la que MARTHA DOLORES TARAZONA TORRES llegó a la edad de 25 años, esto es, 89.6 meses, perjuicio que se liquidará aplicando la siguiente fórmula matemática:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que corresponde al valor de \$69.082.03, n: número de meses que comprende el período indemnizable, 89.6 meses I: interés puro o técnico que corresponde a 0,0004867

$$S = \$69.082.03 \frac{(1+0,004867)^{89.6} - 1}{0,004867} = \$7.671.953.50$$

$$S = \$7.671.953.50$$

Así las cosas, las sumas que se deberán pagar por lucro cesante consolidado son

INDEMNIZADO	MONTO DE LA INDEMNIZACION
LUZ MYRIAM TARAZONA TORRES	\$1.523.554,17
MARTHA DOLORES TARAZONA TORRES	\$2.875.893.87
ALIX BEATRIZ TARAZONA TORRES	\$4.165.443.86
CLAUDIA MILENA TARAZONA TORRES	7.671.953.50

9. Costas

Finalmente, no habrá lugar a condenar en costas porque para el momento en que se dicta este fallo la ley 446 de 1998 indica, en el artículo 55, que sólo hay lugar a su imposición cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, y en este proceso no existe prueba que señale temeridad para alguna de ellas.

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

FALLA

Revócase la sentencia del 20 de noviembre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en lugar se dispone

PRIMERO: DECLARAR a la NACION- INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Administrativa y solidariamente responsable por los daños derivados del diagnóstico equivocado y la prestación ineficiente del servicio de salud dprestado a la Señora APOLONIA TORRES ALBARRACIN, quien falleció el 18 de febrero de 1995.

SEGUNDO: CONDENAR A LA NACION- INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar por perjuicios morales las sumas de dinero que a continuación se relacionan, y a favor de las siguientes personas:

INDEMNIZADO	SMLMV	EQUIVALENTE EN PESOS
ANDRES TARAZONA GELVEZ (Cónyuge de Apolonia Torres Albarracín)	50	\$29.475.000.00
ANA BELEN TARAZONA TORRES (hija)	50	\$29.475.000.00
GLADYS TARAZONA TORRES(hija)	50	\$29.475.000.00
LUDY JESUS TARAZONA TORRES (hija)	50	\$29.475.000.00
LUZ MYRIAM TARAZONA TORRES (hija)	50	\$29.475.000.00
MARTHA DOLORES TARAZONA TORRES(hija)	50	\$29.475.000.00

ALIX BEATRIZ TARAZONA TORRES (hija)	50	\$29.475.000.00
CLAUDIA YAMILE TARAZONA TORRES (hija)	50	\$29.475.000.00

TERCERO: CONDENAR a la NACION- INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a pagar por perjuicios materiales, daño emergente, a ANDRES TARAZONA GELVEZ, ANA BELEN, GLADYS, LUDY JESUS, LUZ MYRIAM, MARTHA DOLORES, ALIX BEATRIZ, Y CLAUDIA YAMILE TARAZONA TORRES, la suma de UN MILLON QUINIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS \$ 1.506.365

QUINTO: CONDENAR en abstracto A LA NACION- INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a pagar perjuicios materiales, en la modalidad lucro cesante, al señor ANDRES TARAZONA GELVEZ, los que deberán ser liquidados conforme a los parámetros expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR A LA NACION – INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a pagar por perjuicios materiales, en la modalidad lucro cesante consolidado, a las personas que continuación se relacionan, las siguientes sumas de dinero

INDEMNIZADO	MONTO DE LA INDEMNIZACION
LUZ MYRIAM TARAZONA TORRES	\$1.523.554,17
MARTHA DOLORES TARAZONA TORRES	\$2.875.893.87
ALIX BEATRIZ TARAZONA TORRES	\$4.165.443.86
CLAUDIA MILENA TARAZONA TORRES	7.671.953.50

SEPTIMO: ABSOLVER de cualquier responsabilidad a la llamada en garantía MARIA CECILIA RIVERA PINEDA, con base en las consideraciones hechas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: ORDENAR al llamado en garantía, señor, ALBERTO MALDONADO RODRIGUEZ reembolsar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, el valor total de la condena que se le impuso a esta entidad.

NOVENO: NIÉNGANSE las demás pretensiones de la demanda.

DECIMO: SIN CONDENA en costas

UNDECIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

Aclaró voto

Aclaró voto