

DAÑO ANTIJURIDICO - Recluso con síndrome orgánico o TEC causado por golpe en la cabeza / DAÑO ANTIJURIDICO - Recluso con síndrome esquizofreniforme / DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración

De acuerdo con el acervo probatorio que obra en el proceso se tiene que Jairo Aponza Carabalí se le diagnosticó síndrome Esquizofreniforme y posteriormente esquizofrenia catatónica, con lo que se logra acreditar el daño como primer elemento estructural de la responsabilidad. Analizados los medios probatorios allegados al expediente, concretamente lo señalado en la historia clínica y el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, se concluye como verdad apodíctica que el síndrome orgánico o TEC padecido por Jairo Aponza Carabalí se derivó inexorablemente de un golpe en la cabeza.

CAUSALIDAD - Noción. Definición. Concepto / IMPUTACION - Noción. Definición. Concepto / ANALISIS DE IMPUTACION - Atribuibilidad material

Si bien la causalidad y la imputación son dos categorías diferentes, por cuanto la primera hace alusión a las ciencias del ser, cuyo objeto es la naturaleza, y la segunda a las ciencias del deber ser, cuyo objeto es el derecho, -categorías que se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos estableciendo una relación entre una condición y una consecuencia-, no debe olvidarse que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-(...) el dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo, se rige por los principios específicos, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser), de tal suerte que aunque la causalidad material, difiere de la atribuibilidad material, por cuanto la primera pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación, y la segunda a una forma de conocimiento natural que busca una explicación de los fenómenos, es necesario recordar que cualquier tipo de análisis de imputación, parte de la base de un estudio en términos de atribuibilidad material, aspecto este que es necesario dilucidar, de conformidad con los elementos suasorios, en el asunto sub examine.

PROBABILIDAD DETERMINANTE - Grado suficiente de probabilidad / REGLA RES IPSA LOQUITUR - Reglas de aligeramiento de la culpa

Existen suficientes elementos suasorios que permiten concluir que, en el caso concreto, no hay forma de escindir la actuación de la administración con la ocurrencia del daño antijurídico sufrido directamente por uno de los demandantes, máxime si en términos de probabilidad determinante,, según lo especificado por el médico de la Junta de Calificación, la afectación mental pudo derivarse, además de un golpe, por un estrés agudo, o una personalidad premórbida, pero aún, en cualquiera de los eventos, no cabe duda de que el trauma ocasionado en la humanidad de Jairo Aponza Carabalí, constituyó un elemento de naturaleza suficiente que desencadenó el síndrome sufrido por éste, con mayor razón si se sabe que, con anterioridad a su reclusión, no padecía del mismo. Más aún, debe recordarse que la jurisprudencia vernácula ha admitido la existencia de instrumentos de aligeramiento, inclusive de la prueba de la imputación fáctica, tales como la probabilidad preponderante y la regla res ipsa loquitur, entre otros, el primero basado en un criterio de evidencia, y el segundo en la magnitud y desproporción del daño irrogado, que tornan

innegable e incuestionable que éste tuvo su génesis en el comportamiento del demandado. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar, sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 18364

APLICACION DEL REGIMEN OBJETIVO O SUBJETIVO - Es requisito sine qua non que la parte actora demuestre plenamente la ocurrencia del daño antijurídico / REGIMEN OBJETIVO Y SUBJETIVO - Diferencias

En el caso objeto de análisis, la Sala advierte que el elemento de imputación fáctica necesario para radicar en cabeza de la administración pública responsabilidad, está demostrado sin que para ello influya, desde luego, el régimen de imputación jurídica aplicable al supuesto de hecho, esto es, bien el subjetivo (falla) o el objetivo (daño especial); lo anterior, comoquiera que tanto en los regímenes objetivos como subjetivo es requisito sine qua non que la parte actora demuestre plenamente la ocurrencia del daño antijurídico, así como el nexo que vincula ese perjuicio con la actuación de la administración; la diferencia entre uno u otro régimen estriba, simplemente, en que en los segundos (objetivos) no juega el papel de falla o de quebrantamiento de la obligación con que haya actuado la administración pública, es decir, no se torna en requisito indispensable la demostración de una deficiencia del servicio, para configurar la responsabilidad. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 28 de enero de 2009, exp. 30340

IMPUTACION JURIDICA - Imputatio iure. Fundamento / IMPUTACION JURIDICA - Títulos de imputación aplicables. Cláusula general de responsabilidad

Debe recordarse, que la denominada imputación jurídica (imputatio iure) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia siguiendo los parámetros del artículo 90 de la Constitución Política. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de julio 12 de 1993, exp. 7622

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Reclusos. Jurisprudencia Constitucional / RECLUSO - Sujeto de derechos / RECLUSO - El interno no pierde su condición de persona y por ende de sujeto de derechos / RECLUSO - Corresponde al Estado atender y velar por la no vulneración de sus derechos / RECLUSO - Derecho a la vida no admite excepciones

Esta Corporación en concordancia con lo sostenido por la Corte Constitucional, ha desarrollado doctrina jurisprudencial en torno a la situación de los reclusos y la responsabilidad propia del Estado, como consecuencia de la violación de derechos fundamentales. Los reclusos son conducidos por el Estado a centros penitenciarios para su permanencia en ellos por un determinado período de tiempo, lo que supone límites a ciertas prerrogativas jurídicas, que tienen su razón de ser en el interés estatal por resocializar al delincuente, contribuyendo con ello a la satisfacción del interés general, no obstante, de esta acción puede devenir la responsabilidad establecida en el artículo 90 de la carta política, en el evento en que se conculquen derechos inherentes a la persona que en modo

alguno son limitados con la medida punitiva, lo anterior teniendo en cuenta que el interno no pierde su condición de persona y por ende de sujeto de derechos. Así las cosas, encontrándose en un sitio donde la esfera de sus derechos y la protección de los mismos, no depende de sí mismo, sino en buena medida del Estado que lo recluyó, compele a éste, atender y velar por el respeto y la garantía a sus derechos como la vida, la salud, la seguridad, la integridad personal, entre otros. En efecto, el deber de protección de las personas privadas de la libertad, respecto del derecho a la vida, no admite excepciones. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de la Corte Constitucional T-596 de 1992; T - 705 de 1996; T - 153 de 1998; T - 687 de 2003 y T - 1190 de 2003. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2006, exp. 20125. Respecto a los daños ocasionados a personas detenidas en lugares oficiales, ver sentencia. En relación con las relaciones de especial sujeción del Estado y las personas privadas de la libertad, consultar sentencia de 29 de febrero de 2012, exp. 21721

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

DAÑOS OCASIONADOS A RECLUSOS - Título objetivo de responsabilidad. Daño especial / DAÑOS OCASIONADOS A RECLUSOS - Régimen de responsabilidad subjetivo por falla del servicio, cuando se encuentre acreditada la misma

En consecuencia, no cabe duda acerca de la posibilidad de abordar el análisis de imputación, instrumentalizando el título jurídico del daño especial, toda vez que el perjuicio así producido será el resultado de la materialización del rompimiento de las cargas públicas en la medida que la persona o personas afectadas, son sujetos de una relación de especial sujeción. Sin embargo, debe señalarse que cuando el daño es producto del incumplimiento de normas cuya observancia se exige a los agentes estatales, el régimen de imputación se torna subjetivo por falla en el servicio. Es decir, en relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a reclusos, la Sección Tercera de esta Corporación, ha avalado la posibilidad de que sean, de naturaleza objetiva, (daño especial), pero también, de otro lado, de falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE - Recluso con síndrome orgánico o TEC causado por golpe en la cabeza / DAÑO ANTIJURIDICO - Recluso con síndrome esquizofreniforme / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE - Subjetivo por falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Configuración. Incumplimiento del INPEC con su deber de protección de recluso en especial sujeción con el Estado / FALLA DEL SERVICIO - Tránsito de conductas prohibidas al discriminar, maltratar verbalmente y golpear brutalmente a interno / FUERZA PUBLICA - Miembros del INPEC ejecutaron en contra del interno actos de barbarie y tortura, golpeándolo hasta desquiciarlo

En esta lógica y orden de pensamiento, para la Sala es claro que el asunto sub examine debe analizarse desde la perspectiva del título de imputación subjetivo, toda vez que el supuesto fáctico que se debate se enmarca en la hipótesis de la falla del servicio, pues conforme a las pruebas allegadas al proceso, está demostrado que en el presente caso, el Inpec, no solo, incumplió con su deber de protección del sujeto en relación de especial sujeción con el Estado en su

condición de recluso, sino que, transgredió abiertamente las conductas prohibidas antes descritas, al discriminar, maltratar verbalmente y golpear brutalmente al interno. Sobre el particular, resulta oportuno destacar que los miembros de la fuerza pública deben ceñirse estrictamente a los parámetros y postulados fijados por la Carta Política, ya que cualquier distorsión o trasgresión de ese conjunto de principios, valores y derechos contenidos a lo largo del ordenamiento jurídico, sin importar cuál sea el propósito con que subjetivamente se actúe, se traduce en uno de los peores crímenes o delitos reprochados por la humanidad, como en efecto ocurrió en el asunto sub iudice, en el que los guardianes del Inpec, infligieron, intencionalmente a la víctima, padecimiento físico y psicológico, esto es, ejecutaron en su contra actos de barbarie y tortura, golpeándolo hasta desquiciarlo.

SENTENCIA DE CONVENCIONALIDAD - Grave transgresión a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario / SENTENCIA DE CONVENCIONALIDAD - La tortura / TORTURA - Noción. Definición. Concepto / TORTURA - Protección de las personas. Instrumentos internacionales, tratados y convenciones

La tortura hoy por hoy constituye una grave transgresión a los derechos humanos, y ha sido rigurosamente condenada por el derecho internacional, particularmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDH-, estableciéndose en el artículo 5º que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Dentro de este mismo proceso de internacionalización y positivización de los derechos humanos la Asamblea General de las Naciones Unidas, a fin de superar la dificultad que presentaba la carencia de fuerza vinculante (obligatoria) para los Estados, de la declaración de derechos, intentó la adopción de diversos pactos internacionales, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP-, consagrándose en el artículo 7º, la prohibición antes enunciada, y adicionalmente estableciéndose que en particular, nadie sería sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos, aludiéndose tácitamente con ello, a la barbarie del nazismo. En el ámbito del Consejo de Europa también se elaboró un convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, en armonía con lo estatuido en la Declaración Universal de la O.N.U de 1948, y aunque su artículo 3º básicamente reitera lo normado en el artículo 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el convenio introdujo novedosamente, la posibilidad de que los particulares que se consideraran víctimas de una violación, como la tortura, quedaran legitimados para acudir al organismo por él mismo creado. En el mismo sentido, con el propósito de asegurar la protección de los sujetos de derecho frente a los abusos, las Naciones Unidas ha desarrollado, a través de los años, estándares universalmente aplicables; así, el 10 de Diciembre de 1984, la Asamblea General adoptó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, definiendo aquella, como cualquier acto por el cual se ocasiona intencionalmente a una persona implacable dolor o sufrimiento, físico o mental, a fin de obtener información o una confesión de ella o de un tercero, o de castigarla por un acto cometido por ella o por un tercero, o intimidar o coaccionarla por cualquier motivo basado en cualquier tipo de discriminación, cuando tal dolor o sufrimiento sea infligido por o a instancias de o con el consentimiento de un funcionario público u otra persona que actúe con carácter oficial.(...) Además de lo expuesto, la Convención especifica que los Estados signatarios prohibirán la tortura en sus legislaciones nacionales, indicando que

estos deberán tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole, que sean eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción, denotando explícitamente que en ningún caso podrá invocarse una orden de un funcionario superior o una circunstancias excepcional que sirva de justificación a la misma. (...) el derecho internacional prohíbe inequívocamente la tortura en diversos instrumentos de Derecho Internacional Humanitario (DIH) y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH), prohibición que ha logrado el estatus de *ius cogens* tanto que su proscripción constituye una norma imperativa que ningún Estado, bajo cualquiera que sea el esquema de argumentación jurídico-político, puede enervar.

GRAVE VIOLACION A LA DIGNIDAD HUMANA - Quebrantamiento del principio base del Estado Social de Derecho

Así, cuando es el mismo Estado –entidad que detenta el uso legítimo de la fuerza–, quien a través de sus miembros activos emplea sus medios e instrumentos para cercenar, aniquilar y desdibujar las garantías fundamentales del ser humano, se quebranta el principio basilar del Estado Social de Derecho, esto es, la dignidad humana, y ello se presta para definir a la organización pública como ilegítima, ya que actúa en contra de los propios mandatos trazados por el constituyente primario y directo detentador de la soberanía y del poder político. (...) nada resulta más perverso y oprobioso que el empleo de la fuerza pública y de los medios e instrumentos puestos a su servicio con fines ajenos a la protección de los derechos de los asociados, máxime cuando su objetivo constituye el desconocimiento y la supresión de las garantías fundamentales, específicamente el derecho a la vida y a la integridad personal.(...) la dignidad de los seres humanos, no puede considerarse como un concepto simplemente teórico, pues precisamente su inclusión como principio y derecho, está encaminado a rescatar su contenido y a su efectiva protección y respeto en todos los ámbitos, en otras palabras, el respeto por la dignidad de las personas debe trascender a las letras que lo definen, y llegar al plano práctico en el que en la interacción de los hombres, cada uno sea capaz de reconocer la dignidad del otro por el simple hecho de ser hombre, sin importar las circunstancias que los rodeen.

DIGNIDAD - Valor intrínseco del hombre / RECLUSO - Grave vulneración a la dignidad / DESCONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD - Recluso / FALLA DEL SERVICIO - Inpec. Violación de disposiciones del Código Carcelario y Penitenciario / INPEC - Configuración de la falla del servicio por configuración del delito de tortura / RECLUSO - Durante su detención el deber de un trato digno se maximiza

El derecho a un trato digno acompaña a todos los seres humanos en cada una de las circunstancias y facetas en las que se encuentre, es una condición que no lo abandona, máxime cuando es privado de la libertad, circunstancia esta última en la que le corresponde al establecimiento penitenciario velar por el trato digno a los reclusos, ya que éstos se encuentran en situación de dependencia de quienes deben velar por ellos, y no constituye, desde luego, una excepción al trato digno el hecho de estar purgando una pena por un delito en un centro de reclusión. (...) se impone señalar que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario ha debido velar por un trato digno al recluso, que implicaba una oportuna y adecuada prestación del servicio carcelario, lo que no acaeció, toda vez que de conformidad con lo acreditado en el proceso, el afectado fue víctima

de maltrato físico y psicológico durante su detención, configurándose así el delito de tortura prohibido por la Constitución y los Tratados Internacionales, como ya se indicó, atentándose con ello contra la vida e integridad personal del lesionado; y aún cuando, en el caso sub examine, con la misión de trabajo del Cuerpo Técnico de Investigación -C.T.I.-, ordenada por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales Municipales, no se logró determinar qué guardias participaron en las agresiones, debe recordarse que esta Corporación en repetidas ocasiones ha indicado que la falla del servicio es anónima, es decir, que para endilgar responsabilidad del ente público, no es necesario identificar el agente que realizó la conducta antijurídica. (...) se encuentra demostrada la falla de la administración, toda vez que frente a los hechos, se advierte de inmediato que la demandada violó varias disposiciones del Código Penitenciario y Carcelario, ocasionando el latente sufrimiento de que ha sido víctima Jairo Aponza Carabalí. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 31 de agosto de 1999, exp. 10865

PERJUICIO MORAL - Se presumen de los grados de parentesco más cercanos / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento vía presunción de aflicción / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - inaplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Aplicación del arbitrio iuris. Reiteración jurisprudencial / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Imprudencia de aplicar el test de proporcionalidad

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes que acreditaron el parentesco o un vínculo afectivo con Jairo Aponza Carabalí. Así las cosas, se reconocerán este tipo de perjuicios para todos los demandantes, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio iuris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio iuris, postulado que se integra a la nomenclatura jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en las reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona. **NOTA DE RELATORIA:** Perjuicios. En relación

con la aplicación del arbitrio iuris para la tasación de los perjuicios morales, consultar sentencias de 1 de febrero de 2012, exp. 20106 y de 14 de marzo de 2012, exp. 21859. Sobre la improcedencia de aplicar el test de proporcionalidad en la tasación de los perjuicios morales, ver sentencias de: 5 de julio de 2012, exp. 24260; 24 de abril de 2013, exp. 26195 y de 8 de mayo de 2013, exp. 26754, entre otras

ESQUIZOFRENICO - Presunción de sufrimiento moral / INDEMNIZACION DE PERJUICIO MORAL A ESQUIZOFRENICO – Procedencia

Resulta lógico señalar que aunque Jairo Aponza Carabalí no sea consciente del perjuicio a él causado por la entidad pública demandada, dada su condición de esquizofrénico, es incuestionable que padeció un perjuicio inmaterial, que pertenece al ámbito interno, por cuanto toda persona por el hecho de serlo, es un ser en sí mismo, y en esa perspectiva, como sujeto, sin importar que exista una condición cerebral específica, nunca pierde su condición de persona, en consecuencia, padece perjuicios que representan una aflicción verificada en la limitación en que se halle. En otros términos, resulta perfectamente posible que una persona, por más limitación física o cerebral que padezca, llegue a sufrir un claro perjuicio en el ámbito moral ya que nunca perderá por completo los parámetros de vida y aun así sean mínimos o tenues, son aquellos que nos permiten la comprensión de la existencia y de la relación que se tiene con el mundo. Y si en el campo de la ciencia, ello no fuere así –verificable–, en el mundo de la existencia y de los valores, la persona en cuanto exhale un hálito de vida, es un ser espiritual, que es digna por el solo hecho de serlo; sostener que aquella no sufre perjuicio moral porque no siente, es aniquilar o desconocer su esencia misma y su dignidad (art. 1º C.P.), y reducir el ser humano a la mera sensibilidad o cruda materialidad, dejando de lado su naturaleza axiológica. (...) Esta situación, en que se pone a un ser humano, en un plano diferente a la mera razón, debe ser indemnizada a través del reconocimiento del perjuicio moral, en tanto la víctima lo sufre de manera directa, día a día, mientras discurra su existencia.

PERJUICIOS MATERIALES - Esquizofrénico. Lucro cesante consolidado y futuro / LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO - Cálculo. Fórmula

En cuanto a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, se tiene: El salario base de liquidación será el salario mínimo legal vigente, comoquiera que, de acuerdo con la prueba testimonial, Jairo Aponza Carabalí, se dedicaba a la minería, esto es, era un individuo laboralmente activo, y la jurisprudencia ha entendido que una persona en estas condiciones, no puede devengar menos de un salario mínimo, motivo por el que se tendrá en cuenta para la liquidación el salario actual, que corresponde a \$589.500; adicionalmente, este valor será incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales, para una base de liquidación de \$736.875.(...) Lucro cesante consolidado, comprende el período transcurrido desde la fecha de los hechos, 18 de abril de 1997, hasta la fecha de esta sentencia (...) Lucro cesante futuro comprende el período transcurrido desde el día siguiente de esta sentencia, hasta el máximo de vida probable de Jairo Aponza Carabalí, de conformidad con las tablas de supervivencia (...).

DAÑO A LA SALUD - Reconocimiento. Lesiones que revisten mayor gravedad. Tasación en 400 s.m.l.m.v. / RECONOCIMIENTO DE DAÑO A LA SALUD - 259.4 s.m.l.m.v. / RECONOCIMIENTO DE DAÑO A LA SALUD -

Recluso que fue torturado. Monto de la indemnización proporcional con la lesión padecida

Debe indicarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de Jairo Aponza Carabalí es del 64.85%, se le reconocerá por este concepto el valor de 259,4 salarios de la misma índole, respectivamente, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del directamente afectado. **NOTA DE RELATORIA:** Unificación jurisprudencial sobre el daño a la salud, consultar sentencias de 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222. Respecto a los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud, en cuanto a sus objetivos –estático y subjetivo –dinámico y la aplicación del arbitrio juris, ver sentencia de 28 de marzo de 2012, exp. 22163

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de los doctores Olga Mélida Valle de De la Hoz y Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

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

Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00242-01(26250)

Actor: JAIRO APONZA GUAZA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 12 de agosto de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la que se denegaron las súplicas de la demanda.

I. Antecedentes

1. En escrito presentado el 30 de abril de 1998, Jairo Aponza Carabalí; Jairo Aponza Guaza; Elida Carabalí Girón; Amparo Carabalí; María Eva, Cenide, Miller e Ingrid Tatiana Aponza Carabalí; Josefina Aponza Ararat; Javier Fernando, Tammy Alejandra y Jhon Steven Aponza Aponza, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, por las lesiones sufridas por el primero de ellos, ocurridas entre los días 3 al 18 de abril de 1997, en la Cárcel del Circuito Judicial de Santander de Quilichao, Cauca.

En consecuencia, solicitaron que se condenara, por concepto de lucro cesante, a \$200.000.000,00 de pesos; por daño emergente, a \$30.000.000,00; por perjuicios fisiológicos, a \$70.000.000,00; y por perjuicios morales, a 1.000 gramos de oro a la fecha del fallo, para el lesionado. Del mismo modo se deprecó, por concepto de perjuicios morales, la suma que en pesos correspondiera a 1.000 gramos de oro, para cada uno de los demás demandantes.

Como supuesto fáctico de la *causa petendi* indicaron que Jairo Aponza Carabalí, fue detenido en la Estación de Policía de Suárez -Cauca- por orden del Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez, por el delito de lesiones personales, y posteriormente, trasladado a la cárcel municipal del circuito de Santander de Quilichao, donde permaneció 15 días, siendo objeto de un trato inhumano y golpeado salvajemente en la cabeza por los guardias del centro reclusorio, lo que le ocasionó un estado de demencia, que le llevó a andar desnudo por las calles, una vez fue dejado en libertad.

Explican que, deambulando por las calles, en el referido estado de enajenación mental, fue reconocido por un amigo de la familia, quien les informó de la situación, por lo que fue conducido al Hospital Universitario Psiquiátrico de Cali, resultando con una merma de la capacidad laboral del 100% y pérdida de goce fisiológico de por vida, situación que compromete la responsabilidad del ente demandado.

2. La demanda fue admitida mediante auto datado el 9 de junio de 1998, y notificada en debida forma.

El Instituto Nacional Penitenciario se opuso a la prosperidad de las pretensiones, esgrimiendo que el daño alegado no le era imputable, toda vez que el interno había adquirido la enfermedad de demencia antes de su reclusión, ya que de conformidad con la información obtenida en el centro carcelario, el joven había llegado en ese estado, habiendo sido necesario su aislamiento, para evitar problemas con los demás internos.

3. Concluida la etapa probatoria, iniciada por auto del 30 de abril de 1999, y fracasada la conciliación, se dio traslado para alegar.

Los demandantes, guardaron silencio. Por su parte, el Instituto Nacional Penitenciario reiteró lo expresado en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público conceptuó que para poder establecer la responsabilidad del demandado era necesario realizar un dictamen pericial para que el médico psiquiatra, después de evaluar al paciente, determinara desde cuando padecía la enfermedad mental, y si en efecto, como se sostenía en la demanda, la misma fue producto de las lesiones que sufrió al interior de la cárcel.

II. Sentencia de primera instancia

El *a-quo* al negar las pretensiones de la demanda, señaló que el hospital psiquiátrico, al examen de ingreso de Jairo Aponza Carabalí no detectó lesión cerebral alguna por lo que la demencia pudo desencadenarse por otras razones; igualmente afirmó que la afectación mental, bien pudo haber sido ocasionada antes de ingresar al centro carcelario, debido al golpe propinado por Diomar Aponza, quien como lo señala la madre de aquél, “lo encendió a plan”, lo que dio lugar a que Jairo lo hiriera de una puñalada y fuera detenido por lesiones personales; de otra parte expresó, que de conformidad con el registro de entrada al hospital psiquiátrico, éste “*se había caracterizado por continuar conflictos con su compañera y familiares originados por la irresponsabilidad del paciente; desempeño inadecuado del rol familiar y consumo constante de alcohol y constantes riñas callejeras con múltiples encarcelamientos*”, de donde se concluía que ya presentaba comportamientos anormales.

III. Recurso de apelación

1. La parte demandante interpuso recurso de apelación, el que fue concedido mediante auto del 26 de septiembre de 2003, y admitido en proveído datado el 27 de febrero del 2004.

El apoderado indicó en la sustentación del recurso, su inconformidad con el fallo de primera instancia, argumentando que en el plenario existía prueba que develaba una falla en el servicio, toda vez que estaba demostrado que Jairo Aponza Carabalí estuvo recluido en la cárcel de Santander de Quilichao entre los días 3 y 18 de abril de 1997, sin que a la fecha de ingreso se reportara ninguna anomalía en su comportamiento, y que existía certificación médica donde constaba el extremo grado de esquizofrenia en que se encontraba el paciente cuatro días después de haber sido liberado; y que de conformidad con la prueba testimonial estaba en perfecto estado de salud antes de ser enviado al centro reclusorio. Expresó que al INPEC le correspondía velar por la integridad física, psíquica y humana del detenido, lo que no había ocurrido en este caso.

2. En el traslado para presentar alegatos de conclusión, el ente demandado reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, destacando que de conformidad con lo señalado en la historia clínica, en el examen de ingreso realizado el día 22 de abril de 1997, esto es, cuatro días después de haber recobrado su libertad, no se hallaron síntomas de trauma ni déficit neurológico, de manera que mal podía indicarse que recibió golpes y malos tratos en el centro penitenciario, ya que de haber sido así, se habrían registrado al ingreso del paciente en el centro hospitalario.

Además, señaló que el registro de entrada al hospital daba cuenta de que Jairo Aponze era una persona que se había caracterizado por tener innumerables conflictos con su compañera y demás familiares, teniendo permanentemente riñas callejeras con múltiples encarcelamientos, de donde se deducía que era una persona pendenciera enfrentada constantemente con terceros, de manera que si presentó contusiones o golpes, pudo haberlas contraído en cualquiera de esas peleas callejeras, así como el trauma cerebral que afirma tener.

El Ministerio Público no conceptuó sobre el particular.

IV. Consideraciones:

1. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 12 de agosto de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en el caso *sub examine*.

2. De los elementos demostrativos recaudados se destacan los siguientes:

2.1. Historia Clínica No. 74369 de julio 23 de 1999, de Jairo Aponza Carabalí, suscrita por el subgerente científico del Hospital Psiquiátrico Universitario "San Isidro" E.S.E., en la que se señaló:

"HISTORIA CLÍNICA No.: 74369
NOMBRES Y APELLIDOS: JAIRO APONZA CARABALÍ
EDAD ACTUAL: 23 AÑOS
ORIGEN Y PROCEDENCIA: SUAREZ (C)

Paciente conocido en la institución desde el 22 de abril de 1997; remitido del Hospital Local de Suárez (C), posterior a ser recluido en la cárcel por lesiones personales en donde se torna místico, grandioso, con alucinaciones visuales y auditivas formadas, experiencias de pasividad, se tornó nudista, agresivo, hostil y destructivo. Se hizo diagnóstico de Síndrome Esquizofreniforme, se inició tratamiento antipsicótico, los familiares refieren que durante su encarcelamiento recibió trauma en región cefálica por la Policía, además que se ha caracterizado por continuar conflictos con su compañera y familiares originados por la irresponsabilidad del paciente; desempeño inadecuado del rol conyugal y consumo constante de alcohol y constantes riñas callejeras con múltiples encarcelamientos. Al examen de ingreso no se encontraron síntomas de traumas, ni déficit neurológico, se dio salida el 13 de mayo/97. Asistió a último control en mayo 28/97 se solicitó CAT Cerebral, pero por recursos económicos no se ha podido realizar.

Tratamiento: Haloperidol 20 mg/, akineton 4 mg/d, sinogan 25 mg/d, carbamazepina 400mg/d

DIAGNOSTICO:

- 1-) SÍNDROME ESQUIZOFRENIFORME
- 2-) SÍNDROME CEREBRAL ORGÁNICO SECUNDARIO A TEE (sic)

CARLOS ALBERTO MIRANDA BATÍDAS
Subgerente Científico
HDPUSI E.S.E" (fl. 20) (Mayúscula sostenida en el original)
(Subrayas de la Sala).

2.2. Oficio No. 08904 del 7 de diciembre de 1999, suscrito por el médico laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el que expresó, que estudiado el resumen de la historia clínica, podía certificar que el paciente presentaba síndrome esquizofreniforme y síndrome cerebral orgánico secundario a TEE, que le producía: deficiencia: 20.0%, discapacidad: 8.0%, minusvalía: 17.0%, para un total de invalidez del 45.0% (fl. 182).

2.3. Certificado de la Junta de Calificación de Invalidez –Regional Valle del Cauca-, del 27 de marzo de 2003, en el que se diagnosticó a Jairo Aponza Carabalí, esquizofrenia catatónica con una deficiencia del 40.0%, discapacidad del 3.60%, minusvalía del 21.25%, para un total de invalidez del 64.85% (fl. 196).

2.4. Oficio No. 0207-2002 de la Junta de Calificación de Invalidez –Regional Valle del Cauca-, datado el 23 de enero de 2003, en el que se explica:

“Cordial Saludo. El "Síndrome Esquizofreniforme" de acuerdo a la clasificación internacional de las enfermedades (CIE-10) se llama "Trastorno Esquizofreniforme" y está clasificada bajo el número 152, pertenece al grupo denominado "Esquizofrenia y otros trastornos sicóticos", generalmente se determina así al primer brote sicótico (locura) que desarrolla una persona y que tiene toda la sintomatología típica del esquizofrénico.

No se califica como Esquizofrenia porque depende de la evolución de la sintomatología en el tiempo y de las características con que quede la persona después de la fase aguda.

En cuanto al síndrome cerebral orgánico, en su diagnóstico que se usa para la sintomatología que presenta una persona cuando ha sufrido una lesión en el cerebro, generalmente a causa de un golpe o trauma en la cabeza.

Cuando el Hospital Psiquiátrico (sic) su resumen de la historia clínica del señor APONZA se dice: Síndrome Cerebral Orgánico secundario a TEE, hay un error de mecanografía, puesto que es TEC o TCE que significa Trauma Craneoencefálico o Trauma EncefaloCraneano, en otras palabras atribuye el Síndrome Cerebral Orgánico a un golpe en la cabeza.

Después de revisada la información puesta a la disposición de la Junta de Calificación de Invalidez se puede concluir que estas dos enfermedades son de inicio agudo o de aparición rápida generalmente horas después de la causa que pudo haberlas producido. Por la historia clínica del Hospital Psiquiátrico

sabemos que el Síndrome Cerebral Orgánico fue a consecuencia del trauma en el cráneo el cual debió haber ocurrido recientemente (antes de 20 ó 30 días).

En el Síndrome Esquizofreniforme se inicia o se desencadena por varios factores, entre los cuales están: 1. Personalidad premorbida o por un estrés agudo o intenso.

La merma laboral y la capacidad del goce fisiológico esta tácitamente incluido en el dictamen o certificado de la Junta de Calificación que va anexo al presente concepto.

Atentamente,

DR. HUGO SÁNCHEZ PINEDA
Médico Ponente”.
(fl. 191) (Mayúscula sostenida en el original).

2.5. Boleta de encarcelación o detención No. 04 del 3 de abril de 1997 (fl. 56).

2.6. Boleta de libertad No. 03 del 18 de abril de 1997 (fl. 55).

2.7. Oficio No. 347 SDQ.AJ del 30 de julio de 1999 suscrito por el asesor jurídico y el director de la cárcel del circuito de Santander de Quilichao en el que se expresó que Jairo Aponza Carabalí estuvo detenido en ese centro carcelario del 3 al 18 de abril de 1997, siendo puesto en libertad en virtud de boleta No. 03 emanada de la Oficina de Apoyo Judicial de Santander de Quilichao –Cauca- en cumplimiento del despacho comisorio No. 04 del Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez –Cauca- (fl. 53).

2.8. Copia auténtica del folio 378 de la minuta de guardia, en la que consta que a las 17:20 horas del 18 de abril de 1997 se dio de baja por libertad a Jairo Aponza Carabalí, quien se encontraba aislado (fl. 115).

2.9. Copia auténtica de la hoja biográfica de Jairo Aponza del 18 de abril de 1997, remitida anexa al Oficio No. 347 SDQ.AJ del 30 de julio de 1999, en la que se señaló:

“18-IV-97
Jairo Aponza Carabalí
(...)”

Aislamiento
 “Agrade a los demás arrojando mierda”.
 Desde hace + - 24 horas
 (...)
 Arroja excremento a los demás, manifiesta está bajo las ordenes de Dios (...) No responde a interrogatorio (...)
 Desorientado en el tiempo y en el espacio
Episodio sicótico agudo
 (...)
 Valoración por psiquiatría” (fl. 57) (negrillas de la Sala).

2.10. Copia auténtica del folio 372 de la minuta de guardia, en la que se anotó:

| | | | |
|-----------|------|---------|---|
| "17-IV-97 | 1:00 | Aislado | A esta hora ingresamos a la parte interna al partió #1, para aislar al interno Jhon Jairo Ortiz (sic) quien al parecer se encuentra desquiciado mentalmente o sea (sic) como loco, este procedimiento lo hicimos el o/s inspector Ciprian Fredy, el cdte de guardia Polo Ríos Gabriel y el pabellonero dte Rendon Fredy, quienes procedimos a conducir a dicho interno al sitio de aislamiento ordenado por el o/s, se deja constancia de esto" |
|-----------|------|---------|---|

(fl. 109).

2.11. Copia autenticada de la declaración rendida por la directora de la cárcel del circuito de Santander de Quilichao el 19 de mayo de 1997, dentro la investigación preliminar adelantada por la Fiscalía, en la que manifestó:

“PREGUNTADO: Díganos si usted como directora del centro carcelario, recuerda o conoció si el señor JAIRO APONZA estuvo retenido en ese lugar?. CONTESTÓ: Para mí es difícil decirle concretamente, pues en dicho centro hay más o menos entre doscientos veinte y doscientos cincuenta internos (...) tocará verificar si en el libro de altas aparece el nombre registrado. PREGUNTADO: (...). Qué conocimiento tuvo usted de tal hecho. CONTESTÓ: Yo hablé con el médico de la cárcel llamado ILDER RAUL MINA y él me comentó que éste muchacho, yo hago referencia a él por el trastorno que el médico me comentó que había tenido, había sufrido como un trastorno porque él cogía la materia fecal y se la echó al bolsillo y la tiraba por todas partes, me parece que él me comentó de haberle dado algún tranquilizante, días después vino la boleta de libertad para ese muchacho y se procedió a dejarlo en libertad, inclusive cuando lo iban a sacar para notificarlo no quería salir, inclusive el cabo CIPRIAN quien ese día está de servicio le mostró el oficio y le decía qué dice ahí, y el muchacho leía, no estaba desubicado, el cabo le preguntó el número de la cédula y el muchacho lo repetía, el cabo me decía no él no está despistado,

pero ese muchacho decía que él no se quería ir; después se insistió con él para que se fuera, pues estaba libre y él salió del establecimiento, yo no me di cuenta sino que el cabo CIPRIAN me comentó que este muchacho había estado un rato parado en la parte externa de la cárcel y después se fue. El cabo CIPRIAN no me hizo ningún comentario de que hubiera algún problema entre este muchacho y guardianes de la institución” (fl. 126) (Mayúscula sostenida en el original).

2.12. Copia autenticada del informe del Cuerpo Técnico de Investigación -C.T.I.- datado el 11 de agosto de 1997, ordenado mediante auto de apertura de investigación previa, proferido la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales Municipales de Santander de Quilichao, en el que se indica:

“OBJETO DE LA MISIÓN:

Realizar labores de inteligencia tendientes si (sic) el señor JAIRO APONZA CARABALÍ, quien estuvo detenido en la cárcel del circuito de esta población, incurrió en algún acto de indisciplina en el que (sic) dicho centro carcelario, si el señor Aponza Carabalí, fue objeto de alguna paliza del personal de guardas. Igualmente lograr la identificación del detenido ANIBAL N., quien era amigo de JAIRO APONZA CARABALÍ.

(...)

En diálogo sostenido con el cabo Fredy Cipriano Vías, identificado con la C.C. # 10.727.018 de Pereira (R.), me expuso que para la, fecha en que estuvo recluido el recluso Jairo Aponza Carabalí, había puesto dificultades para la firma de la notificación de la libertad, por lo que les había (sic) tenido que recurrir a una firma a ruego de uno de los reclusos. Que posteriormente este sujeto había salido corriendo y se había subido a un carro que se encontraba en la parte exterior de la cárcel, que al rato había llegado semidesnudo acompañado de un amigo de la ciudad de Suárez, quién lo traía de regresó a la penitenciaria, pensando que se había escapado, posteriormente habían salido sin conocer que rumbo tomaron.

Me entreviste con el recluso ANÍBAL VIDAL BEATO, identificado con la C.C. # 10'370.134 Buenos Aires, quién dice conocer a Jairo Aponza Carabalí hace aproximadamente unos ocho años, en razón de ser conocidos en la población de Suárez, que él fue la persona que le solicitaron firmara a ruego ese día, que no se dio cuenta de que su amigo Jairo Aponza Carabalí, fuera sometido a maltratos por el personal de Guardias de dicha reclusión, pero lo único que se escuchó fue rumores por parte de otros reclusos, de que lo hubieren golpeado, pero que no le consta nada. Ni recuerda nombre de otros reclusos que hayan hechos estos comentarios” (fl. 130) (Mayúscula sostenida en el original).

2.13. Copia autenticada de la resolución del 24 de noviembre de 1997 proferida por la jefe de unidad de la Fiscalía Seccional de Popayán en la que se ordenó la suspensión de la investigación previa en atención a lo consagrado en el artículo 326 del C.P.P¹. (fl. 134).

2.14. Oficio No. 261 suscrito por el Comandante de la Estación de Policía de Suárez –Cauca-, del 13 de agosto de 1999, en el que informó:

“... me permito informar que en esta localidad no existe centro carcelario. Revisados los libros de población del comando de policía Suárez, en el día 04 de marzo de 1997 a las 11:30 horas, mediante orden de detención No. 03 emanada del Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez queda detenido en las instalaciones policiales el señor Jairo Aponza Carabalí, C.C.No. 10.472.515 Suárez.

A las 2:20 p.m. mediante oficio No. 223 de la fecha, emanado del Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez, es trasladado con destino Cárcel Municipal del Circuito de Santander de Quilichao. Mencionado salió en perfectas condiciones de salud, para constancia firmó; dichas anotaciones figuran en el folio No. 99 – libro de población día 040397 a las 11:30 horas” (fl. 135).

2.15. Declaración de Milton González, quien señaló:

“Sí lo conozco, hace 10 años, lo conozco por ser vecinos del barrio La Esperanza, donde yo vivo. (...). Sí me consta que él convive con la señora Josefina Aponza y tienen tres hijos pero no sé sus nombres. PREGUNTADO: Diga al despacho a qué actividad recreativa se dedicaba el señor Jairo Aponza Carabalí, antes del accidente y si las ha vuelto a practicar o no? CONTESTÓ: Él practicaba el fútbol, antes del accidente, pero ahora no lo practica. PREGUNTADO: Diga al despacho si sabe y le consta que el señor Jairo Aponza Carabalí fue detenido por lesiones personales en el mes de marzo de 1997, en Suárez, para ser dejado en libertad a mediados de abril de 1997, en la población de Santander, Cauca, y cuál era el estado de salud física y mental en que se encontraba tanto al ser detenido como al ser puesto en libertad? CONTESTÓ: Sí, me enteré que fue detenido en esa fecha y luego dejado en libertad, el estado de salud físico y mental era normal antes de ser detenido y estando detenido pero cuando le dieron la libertad estaba loco o con retardo mental, fue tirado a la calle y un tío lo recogió. Hasta que la familia pudo ir donde él estaba” (fl. 165)

¹ Artículo 326 del C.P.P. (Decreto 2700 de 1991. Suspensión de la investigación previa por autoridades de la fiscalía. El jefe de la unidad de fiscalía podrá suspender la investigación previa si transcurridos ciento ochenta días no existe mérito para dictar resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria, con autorización del fiscal.

2.16. Declaración de Elí Marino Mina Lucumí, quien manifestó:

“Sí lo conozco, hace 11 años lo conocí, por ser vecinos del barrio La Esperanza, y por la profesión de mineros somos compañeros. (...). Sí, Jairo tenía una compañera, aún la tiene, ella se llama Josefina Aponza, y tienen dos hijos, pero el nombre de los niños no los recuerdo. (...) PREGUNTADO: Diga al despacho, si sabe y le consta, a qué actividades se dedicaba el mismo antes de ingresar a la prisión, cuánto devengaba mensualmente en las mismas y qué destino daba a los dineros ganados. CONTESTÓ: Él se dedicaba a la minería, más o menos treinta mil pesos semanal, este dinero lo invertía en el sostenimiento de la familia. PREGUNTADO: Diga al despacho a qué actividad recreativa se dedicaba el señor Jairo Aponza Carabalí, antes del accidente y si las ha vuelto a practicar o no? CONTESTÓ: Él practicaba fútbol, antes del accidente y después lo he visto muy poco jugando. PREGUNTADO: Diga al despacho si sabe y le consta que el señor Jairo Aponza Carabalí fue detenido por lesiones personales en el mes de marzo de 1997, en Suárez, para ser dejado en libertad a mediados de abril de 1997, en la población de Santander, Cauca, y cuál era el estado de salud física y mental en que se encontraba tanto al ser detenido como al ser puesto en libertad? CONTESTÓ: Sí, me enteré que Jairo estuvo detenido, y luego lo dejaron en libertad, antes de ingresar a la cárcel era una persona normal y cuando lo sacaron tenía trastorno mental” (fl. 166).

2.17. Declaración de José Urbano Lucumí, quien señaló:

“Sí, lo conozco hacen (sic) quince años, lo conocí porque hemos trabajado juntos, y somos del mismo pueblo de Suárez. (...). Jairo tiene una compañera permanente, se llama Josefina Aponza y tienen tres hijos (...). PREGUNTADO: Diga al despacho, si sabe y le consta, a qué actividades se dedicaba el mismo antes de ingresar a la prisión, cuánto devengaba mensualmente en las mismas y qué destino daba a los dineros ganados. CONTESTÓ: la profesión de él era la minería, más o menos era trescientos mil pesos (\$300.000) M cte, los destinaba ayudándole a los padres y a la familia de él, es decir a la señora y los tres hijos. PREGUNTADO: Diga al despacho si sabe y le consta que el señor Jairo Aponza Carabalí fue detenido por lesiones personales en el mes de marzo de 1997, en Suárez, para ser dejado en libertad a mediados de abril de 1997, en la población de Santander, Cauca, y cuál era el estado de salud física y mental en que se encontraba tanto al ser detenido como al ser puesto en libertad? CONTESTÓ: Sí me consta que estuvo detenido en Santander, luego le dieron la libertad, y les llegó la mala noticia que estaba loco, y que no conocía a nadie. Y por el día sábado nos fuimos con Amparo y cuando íbamos en el bus, nos enteramos allí, que la noche anterior, casi que atropellan a un loco y vimos que era él, tenía golpes reventado y estaba

desnudo, lo encontramos en Lomitas, estaba hinchado y con los ojos grandes y rojos, golpes en la cabeza y en la espalda. Antes de entrar a la cárcel, cuando lo llevaron de aquí de Suárez estaba bien, física y mentalmente” (fl.167) (Subrayas de la Sala).

2.18. Declaración de Diego Germán Motta Triviño, quien sostuvo:

“PREGUNTA No. 1.- Diga al Despacho si conoce de vista, trato y comunicación al señor JAIRO APONZA CARBALÍ. CONTESTÓ. Sí lo conozco, porque estuvimos detenidos, en la cárcel de Santander de Quilichao, Cauca, hace varios años, más concretamente en el 97. PREGUNTADO: Diga al Despacho cómo ingresó a la cárcel el señor APONZA CARBALÍ. CONTESTÓ. El ingresó a la cárcel en un estado normal, hablaba normalmente con uno. PREGUNTA No. 3.- Informe al despacho si durante el tiempo que el señor APONZA estuvo detenido le dieron mal trato. CONTESTÓ.- Sí lo maltrataron por parte de la guardia, primero que todo lo discriminaban, cuando formábamos para comer lo sacaban de la fila y lo metían de último, a los rancheros le decían que dieran más poquito y le hacían negar el jugo, no le daban, por cualquier bobada lo hechaban (sic) para el calabozo, también fue golpeado, una vez cuando acabamos de jugar fútbol, nos llegó la hora de la comida y fuimos a formar, resulta que Aponza había formado, como a él no le dejaban formar adelante, uno de los guardianes lo sacó a hijueputazos de la fila, le dijo hijueputa salite de ahí hecha (sic) para atrás, y Aponza le contestó, respéteme, más hijueputa es usted, y el guardián le metió un bolillazo en el pecho y una patada, le dijo negro hijueputa por la noche arreglamos, eso se quedó así, nos entramos al dormitorio, y a eso como de las 9:00 a 8:30 de la noche, entró los guardianes, varios, y los sacaron del pasillo, hacia una parte en donde nosotros no podíamos ver, al ratico de haberlo sacado, escuchábamos gritos de él que decía que no lo mataran, eso se escuchó un rato así, como a los quince minutos lo entraron a rastra (sic), eso se quedó así hasta el otro día, al otro día cuando ya amaneció, que ya salimos todos, llegamos a hablar con él, pero él no nos contestaba, no sabía explicar que era lo que le había pasado, estaba morado, tenía chichones en la cabeza, mejor dicho era otra persona con esos golpes, estaba como un mostro (sic), de ahí en adelante él empezó a desnudarse y como se desnudaba los guardianes lo garrotaban (sic) para que se volviera a vestir, varios compañeros le pusieron quejas al Director sobre ese maltrato, pero el Director no contestaba nada, en vez de eso hechaban (sic) a la gente para el calabozo. PREGUNTA No. 4.- Coméntele al despacho si el señor Aponza después de ese maltrato de volvió loco. CONTESTÓ. Sí se volvió loco, porque él se desnudaba, y a él le llegó la libertad y les tocó sacarlo fue a la fuerza porque él no se quería ir. PREGUNTA No. 5.- El señor Aponza después de ese maltrato sigue siendo la misma persona que usted había conocido. CONTESTÓ. No era la misma persona, porque el ya se desnudaba, y habían (sic) ratos que no lo conocía ni a uno, no sabía ni donde estaba. PREGUNTA No. 6.- Diga al despacho

si al señor Aponza le realizaron algún tratamiento médico. CONTESTÓ. En ningún momento le realizaron tratamiento médico. El tratamiento que recibía era bolillo. PREGUNTA No. 7.-Sírvese manifestar al Despacho por cuánto tiempo estuvo el señor Aponza detenido en la cárcel de Santander Cauca. CONTESTÓ. Aproximadamente un mes, y un cabo de nombre Cipriano N, le obligó a firmar la libertad, a él lo sacaron de allí obligado, la gente de la calle, familiares o amigos que iban a visitarnos nos decían que el muchacho, estaba loco, que se desnudaba en la calle y estaba durmiendo en los andenes, hasta que llegó la noticia de que la familia lo había reconocido y se lo habían llevado para la casa, y hasta ahora como que todavía tiene problemas. PREGUNTADO: Tiene algo más que agregar a la presente diligencia. CONTESTÓ: Que el tratamiento que le daban a él era bolillo” (fl. 225).

3. De acuerdo con el acervo probatorio que obra en el proceso se tiene que Jairo Aponza Carabalí se le diagnosticó síndrome Esquizofreniforme y posteriormente esquizofrenia catatónica, con lo que se logra acreditar el daño como primer elemento estructural de la responsabilidad.

4. En esa perspectiva, el problema jurídico que aborda la Sala se contrae en determinar si en el caso concreto el daño es imputable a la demandada y bajo qué título de imputación jurídica.

En relación con la *imputación*² del daño endilgada por la parte actora en cabeza del Instituto Nacional Penitenciario, resulta imperativo realizar una serie de precisiones, a efectos de determinar si en el caso *sub exámine*, el perjuicio le es atribuible, o si como lo afirma el ente demandado, no existe nexo naturalístico o material que permita endilgarle el detrimento probado, comoquiera que el lesionado adquirió su padecimiento con anterioridad al momento de su reclusión.

En primer lugar, vale la pena determinar que, si bien la causalidad y la imputación son dos categorías diferentes, por cuanto la primera hace alusión a las ciencias del ser, cuyo objeto es la naturaleza, y la segunda a las ciencias del deber ser, cuyo objeto es el derecho, -categorías que se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos estableciendo una relación entre una condición y una

² Imputación entendida como la operación **material** y jurídica de atribuir o asignar a alguien el resultado producido por una acción (conducta) propia que genera una modificación en el mundo exterior. “Aquello que en una conducta puede ser atribuido como mío” Cf. HEGEL, Friedrich “Grundlinien der Philosophie des Rechts herausgegeben von Georg Lasson”, 3ª edición, Leipzig, 1930, No. 115. Ob. Cit. REYES Alvarado, Yesid “Imputación Objetiva”, Ed. Temis, Pág. 4.

consecuencia-, no debe olvidarse que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-. En este sentido, B. Mantilla Pineda expresó³:

“... Las leyes naturales son meramente descriptivas. Las normas son prescriptivas. Tal es la posición científica actual en el problema de distinción de ley natural y norma. En Kelsen la ley natural cae dentro del orden del ser, la naturaleza o realidad, y la norma dentro del orden del valor, el ideal o el deber ser”.

Es decir, el dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo⁴, se rige por los principios específicos, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser)⁵, de tal suerte que aunque la causalidad material, difiere de la atribuibilidad material, por cuanto la primera pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación, y la segunda a una forma de conocimiento natural que busca una explicación de los fenómenos, es necesario recordar que cualquier tipo de análisis de imputación, parte de la base de un estudio en términos de atribuibilidad material, aspecto este que es necesario dilucidar, de conformidad con los elementos suasorios, en el asunto *sub examine*.

Analizados los medios probatorios allegados al expediente, concretamente lo señalado en la historia clínica y el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, se concluye como verdad apodíctica que el síndrome orgánico o TEC padecido por Jairo Aponza Carabalí se derivó inexorablemente de un golpe en la cabeza.

Ahora, de conformidad con lo señalado en la minuta de guardia, en la hoja biográfica, en el informe del funcionario del C.T.I., y lo manifestado por la Directora de la Cárcel de Santander de Quilichao, no es posible aseverar que la esquizofrenia le advino con posterioridad a la fecha de salida o egreso del centro

³ Separata de la Revista de Derecho Universidad de Antioquia, No. 60, Editorial U de A, Homenaje a Hans Kelsen. Pág 356 a 360, “el Principio de Retribución y la Ley de la Causalidad”. B. Mantilla Pineda.

⁴ Kelsen – Cossio, problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1952. Pág. 12.

⁵ Kant los asimila a mandatos de la razón que denomina imperativos. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Editorial Ariel, Barcelona, Primera Edición, 1996, pág. 62

de reclusión, puesto que como bien lo indican los medios de prueba, estando recluso en el centro penitenciario, incluso, al momento de su salida, evidenció signos determinantes del trastorno mental, con lo que de suyo queda descartada esta hipótesis. Luego, la pregunta que se debe abordar es si Jairo Aponze padecía la enfermedad con anterioridad, o tenía un antecedente de base?

Atendiendo lo indicado en la prueba testimonial, Aponze Carabalí, antes de su reclusión en la cárcel de Santander de Quilichao, gozaba de buena salud, se desempeñaba como minero, jugaba fútbol, tenía una vida normal, y aún cuando los familiares refieren en la historia clínica que tenía problemas con el alcohol, y que se caracterizaba por tener múltiples riñas, el informe de la estación de policía, da fe, de que al salir de la estación detenido, para ser trasladado a la cárcel de Santander –Cauca- estaba en perfecto de estado de salud.

Ahora bien, de la lectura de la minuta de guardia del centro penitenciario, y de la hoja biográfica, así como de lo expresado por la directora del centro, como por el cabo Fredy Cipriano, claramente se observa que en los días que precedieron a su salida tuvo un cambio radical en su comportamiento, evidenciado en el hecho de arrojar materia fecal, en el desconocimiento de las personas con las que se había relacionado, en su desorientación en el tiempo y en el espacio, y en deambular desnudo, a tal punto, que al momento de ordenarse su libertad, se rehusaba a dejar el centro carcelario, lo que demuestra a todas luces que para entonces ya había perdido su juicio.

En lo que concierne a la causas probables de pérdida del juicio, el informe científico de la Junta de Calificación de Invalidez, es diáfano en conceptuar que el síndrome esquizofreniforme se inicia o desencadena por varios factores, entre ellos, por personalidad premórbida, o por un estrés agudo o intenso, del mismo modo, es claro en afirmar que, en la historia clínica, el hospital psiquiátrico atribuyó el síndrome cerebral orgánico de Jairo Aponza Carabalí, a un golpe en la cabeza. Ahora, aun si en gracia de discusión, que no lo está, el desenlace de la enfermedad se quisiera atribuir a otra causa, *verbi gracia*, a una personalidad premórbida, resulta pertinente traer a colación, la declaración de Diego Germán Motta Triviño, en la que sin dubitación alguna narra la forma cruel en que fue tratado Jairo Aponza en el centro carcelario, y en particular, el suceso previo que dio lugar a que los guardias lo llevaran una noche, a un lugar del pasillo donde

los demás reclusos no podían ver, a golpearlo brutalmente, escuchando los demás reclusos sus gritos, su voz pidiendo que no lo mataran, y señalando que al día siguiente él joven estaba totalmente desfigurado y no sabía explicar que era lo que le había pasado, momento a partir del cual comenzó a desnudarse y ya no era la misma persona.

Testimonio que muestra coherencia, y concordancia con lo expresado por José Urbano Lucumí, quien refiere que al momento de encontrarlo, una vez dejado en libertad, tenía señales de golpes y una conducta errática.

De esta manera, existen suficientes elementos suasorios que permiten concluir que, en el caso concreto, no hay forma de escindir la actuación de la administración con la ocurrencia del daño antijurídico sufrido directamente por uno de los demandantes, máxime si en términos de *probabilidad determinante*⁶, según lo especificado por el médico de la Junta de Calificación, la afectación mental pudo derivarse, además de un golpe, por un estrés agudo, o una personalidad premórbida, pero aún, en cualquiera de los eventos, no cabe duda de que el trauma ocasionado en la humanidad de Jairo Aponza Carabalí, constituyó un elemento de naturaleza suficiente que desencadenó el síndrome sufrido por éste, con mayor razón si se sabe que, con anterioridad a su reclusión, no padecía del mismo.

Más aún, debe recordarse que la jurisprudencia vernácula ha admitido la existencia de instrumentos de aligeramiento, inclusive de la prueba de la imputación fáctica, tales como la *probabilidad preponderante* y la *regla res ipsa loquitur*, entre otros⁷, el primero basado en un criterio de evidencia⁸, y el

⁶ "...el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad...Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una "probabilidad determinante." DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño", Ed. Civitas, Madrid, 1995, Pág. 77.

⁷ Acerca de las reglas de aligeramiento de la culpa y, excepcionalmente, de la imputación fáctica en el derecho comparado y en el sistema nacional, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

⁸ "La evidencia, más que la abundancia de los datos probatorios, se produce por la intimidad del nexo que los reúne y por la facilidad de aprehensión de la vinculación, en forma que permita valorar el hecho en modo rápido y seguro, y casi dominarlo... Tanto más evidente es la prueba, cuanto más grande es el número de los nexos, de las relaciones que tienen lugar entre varios datos, no sólo sino también cuanto más estrecho, positivo, definido, concreto, es el ligamen que los une a todos juntamente." BRICHETTI, Giovanni "La evidencia en el derecho procesal penal",

segundo en la magnitud y desproporción del daño irrogado, que tornan innegable e incuestionable que éste tuvo su génesis en el comportamiento del demandado.

Así las cosas, en el caso objeto de análisis, la Sala advierte que el elemento de imputación fáctica necesario para radicar en cabeza de la administración pública responsabilidad, está demostrado sin que para ello influya, desde luego, el régimen de imputación jurídica aplicable al supuesto de hecho, esto es, bien el subjetivo (falla) o el objetivo (daño especial); lo anterior, comoquiera que tanto en los regímenes objetivos como subjetivo es requisito *sine qua non* que la parte actora demuestre plenamente la ocurrencia del daño antijurídico, así como el nexo que vincula ese perjuicio con la actuación de la administración⁹; la diferencia entre uno u otro régimen estriba, simplemente, en que en los segundos (objetivos) no juega el papel de falla o de quebrantamiento de la obligación con que haya actuado la administración pública, es decir, no se torna en requisito indispensable la demostración de una deficiencia del servicio, para configurar la responsabilidad.

En esa perspectiva, debe recordarse, que la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que

Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Pág. 41.

⁹ “En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita – pudiendo hacerlo - **que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura**, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, **por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior** y no el simple incumplimiento a un deber funcional. El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército Japonés por “... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...”, ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma. “b) **El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho**. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. **Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente**”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 30.340, sentencia del 28 de enero de 2009. C.P. Enrique Gil Botero.

tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia siguiendo los parámetros del artículo 90 de la Constitución Política¹⁰.

Esta Corporación en concordancia con lo sostenido por la Corte Constitucional, ha desarrollado doctrina jurisprudencial en torno a la situación de los reclusos y la responsabilidad propia del Estado, como consecuencia de la violación de derechos fundamentales¹¹.

Los reclusos son conducidos por el Estado a centros penitenciarios para su permanencia en ellos por un determinado período de tiempo, lo que supone límites a ciertas prerrogativas jurídicas, que tienen su razón de ser en el interés estatal por resocializar al delincuente, contribuyendo con ello a la satisfacción del interés general, no obstante, de esta acción puede devenir la responsabilidad establecida en el artículo 90 de la carta política, en el evento en que se conculquen derechos inherentes a la persona que en modo alguno son limitados con la medida punitiva, lo anterior teniendo en cuenta que el interno no pierde su condición de persona y por ende de sujeto de derechos.

Así las cosas, encontrándose en un sitio donde la esfera de sus derechos y la protección de los mismos, no depende de sí mismo, sino en buena medida del Estado que lo recluyó, compele a éste, atender y velar por el respeto y la garantía a sus derechos como la vida, la salud, la seguridad, **la integridad personal**, entre otros ¹².

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-596 de 1992, T-705 de 1996 y T-153 de 1998. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Sentencia de 27 de abril de 2006. Expediente: 20125. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹² Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia T- 687 de 2003: "De la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala identifica seis elementos característicos que procederá a relacionar así: las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios¹² y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de

En efecto, el deber de protección de las personas privadas de la libertad, respecto del derecho a la vida, no admite excepciones, así lo ha determinado la Corte Constitucional, en sentencia T-1190 del cuatro de diciembre de 2003 en la que se señaló:

“3. La privación de la libertad de una persona la coloca en una situación de indefensión, que genera obligaciones de protección por parte de quien adopta la medida o acción restrictiva de la libertad. No importa que se trate de particulares o del Estado, y que la restricción sea lícita o ilícita.”

“Esta particular condición de indefensión, en la medida en que impide por completo la satisfacción de las necesidades del privado de libertad por los medios a su disposición en condiciones de generalidad, implica que las obligaciones de protección no necesariamente son de medio¹³. En este sentido, la responsabilidad no se deriva de una relación causal naturalística entre la privación de la libertad y los daños o peligros a los que se ve sometida la persona, sino que tiene como base el mero deber de custodia y protección que se desprende de colocar a la persona en una situación restrictiva de su libertad.

“Lo anterior implica que el custodio tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el mayor disfrute posible de los derechos constitucionales de la persona privada de la libertad. **Tratándose del Estado, supone la obligación de garantizar condiciones de dignidad del recluso.** Garantía que únicamente se cumple si tales condiciones son

eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).”

“Como lo puede apreciar la Sala, entre las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción, están: (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidación, reunión, trabajo, educación). (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros). (iii) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos. (iv) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos.”

“En este sentido, del perfeccionamiento de la “relación de especial sujeción” entre los reclusos y el Estado, surgen verdaderos deberes jurídicos positivos del Estado. Tales deberes se encuentran estrechamente ligados a la garantía de la funcionalidad del sistema penal, que viene dada por la posibilidad real de la resocialización de los reclusos, a partir del aislamiento en condiciones calificadas de seguridad y de existencia vital de la población carcelaria. Deberes positivos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad del sistema penal y, ante cuya inadvertencia, este último resulta convertido en una mera sombra de los valores y principios propios del Estado social de derecho”.

¹³ Sentencia T-590 de 1998.

efectivamente realizadas; es decir, no basta la adopción de medidas programáticas, sino que han de traducirse en realidad. Así, tal como lo ha señalado esta corporación, no pueden aducirse problemas presupuestales, sino que el Estado tiene la obligación de **realizar el trato digno**. Se trata pues, de una obligación de respeto.

(...)

“En relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la **obligación de impedir que otros reclusos** o terceros particulares (obligación de protección), **así como el personal Estatal** -sea personal penitenciario o de otra naturaleza- (obligación de respeto) amenacen contra la vida del interno¹⁴. Dicha obligación apareja la de verificar y, si es del caso, enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos¹⁵. Esto apareja la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible para proteger su vida. Empero, cuandoquiera que se supera el umbral de riesgo ordinario para el derecho a la vida de los reclusos y se presentan situaciones de amenaza contra determinados grupos de reclusos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias que aseguren que dichas amenazas no se hagan efectivas. Se trata, por lo tanto, de obligaciones de resultado¹⁶” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

La anterior jurisprudencia resulta congruente con lo dicho por la Sala, respecto del fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, cuando se trata de daños causados a personas detenidas en lugares oficiales:

“En determinados eventos, sin embargo, el Estado asume una obligación específica de protección y seguridad, en virtud de la cual se hace responsable de los perjuicios que sufren las personas. Es el caso de los retenidos, quienes por encontrarse en una situación de particular sujeción frente al Estado en virtud de la cual **ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad**, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen.

“Las obligaciones que asumen las autoridades de la República frente a los retenidos son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y 2) **de no hacer, referida a la**

¹⁴ Sentencia T-265 de 1999.

¹⁵ Idem. En igual sentido T-208 de 1999.

¹⁶ Sentencia T-590 de 1998.

abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar.

“En síntesis, la retención como ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no es una actividad que genere responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a la retención misma, dado que esta es una carga que los ciudadanos deben soportar, daño jurídico y por ende no encuadrable dentro del supuesto general que consagra el artículo 90 de la Carta Política, salvo, claro está, cuando el ejercicio de dicho poder se desborda, v.gr. en los supuestos de retención injusta (art. 68 ley 270 de 1996). Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que esa retención es una actividad que redunde en beneficio de la comunidad, el Estado se obliga a garantizarle una eficaz protección y seguridad, para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos.

“En este orden de ideas, considera la Sala que las obligaciones de abstenerse de causar cualquier limitación a los derechos de las personas que no estén implicados dentro de la medida cautelar, así como las de prever y controlar cualquier acto que redunde en perjuicio de los retenidos son de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta.

“Lo anterior significa que si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado.

“Frente a las obligaciones de resultado el deudor responde de manera objetiva y por tanto, sólo se exonera si acredita una causa extraña, esto es, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero”¹⁷.

La misma consideración, ha realizado la Sala, al señalar la absoluta compatibilidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de las llamadas relaciones de especial sujeción, entre el Estado y las personas privadas de la

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2004, expediente 14.955 (R- 0654), C.P. Ricardo Hoyos Duque.

libertad. En este sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 29 de febrero de 2012 precisó:

“De acuerdo con lo dicho, las personas privadas de la libertad se encuentran en relación de especial sujeción frente al Estado, lo que implica que sus derechos y garantías fundamentales se encuentran limitados, y siempre tendrán como frontera infranqueable el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales.

Si bien es connatural a este tipo de relaciones la restricción de algunos derechos fundamentales, ello no implica su supresión o desconocimiento, ya que tal limitación debe estar soportada en la constitución y la ley. Sin embargo, no se admite limitación alguna frente a los derechos a la vida y la integridad personal, cuya garantía debe ser reforzada, dada la situación de indefensión manifiesta en que se encuentran las personas privadas de la libertad. Allí la administración tiene una obligación específica de protección, seguridad y custodia frente a esos derechos.

En todo caso, siempre que se presenten tensiones entre derechos fundamentales y el cumplimiento de fines estatales, como pasa en el desarrollo de las relaciones de especial sujeción, su solución está sometida a una ardua labor de ponderación por parte de la administración, en la que se deben aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Otro tipo de razonamiento implicaría considerar a las personas privadas de la libertad como objetos de la administración y no sujetos de derecho, sometidos a determinadas restricciones de sus libertades por razón de su condición específica. Conclusión obvia, de lo dicho hasta ahora, es que en este tipo de situaciones la administración no escapa al control judicial y responde por las consecuencias adversas que se causen en su desarrollo.

Así las cosas, el incumplimiento de un deber específico, como es el caso de la protección a la vida y a la integridad personal de quien se encuentra retenido, privado de la libertad, conlleva responsabilidad de la administración y da lugar a la reparación de las víctimas de ese daño antijurídico, por cuanto constituye una carga que no debe soportar¹⁸”.

En consecuencia, no cabe duda acerca de la posibilidad de abordar el análisis de imputación, instrumentalizando el título jurídico del daño especial, toda vez que el perjuicio así producido será el resultado de la materialización del

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de febrero de 2012, expediente 21.721, C.P. Enrique Gil Botero.

rompimiento de las cargas públicas en la medida que la persona o personas afectadas, son sujetos de una relación de especial sujeción. Sin embargo, debe señalarse que cuando el daño es producto del incumplimiento de normas cuya observancia se exige a los agentes estatales, el régimen de imputación se torna subjetivo por falla en el servicio.

Es decir, en relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a reclusos, la Sección Tercera de esta Corporación, ha avalado la posibilidad de que sean, de naturaleza objetiva, (daño especial), pero también, de otro lado, de falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma.

En relación con los preceptos que regulan el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y de las medidas de seguridad, el Código Penitenciario y Carcelario¹⁹ dispone:

“Artículo 5º. RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA. En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. **Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral**”.

ARTÍCULO 6º PENAS PROSCRITAS. PROHIBICIONES. (...). Nadie será sometido a desaparición forzada, **torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.**

ARTÍCULO 9º. FUNCIONES Y FINALIDAD DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

ARTÍCULO 44. DEBERES DE LOS GUARDIANES. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional tienen los siguientes deberes especiales, además de los que señalen su estatuto y los reglamentos general e interno:
a) Observar una conducta seria y digna;

ARTÍCULO 45. PROHIBICIONES. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia tienen las siguientes prohibiciones:
(...)
d) infligir castigos a los internos, emplear con ellos violencia o maltratamientos” (Negrillas de la Sala).

¹⁹ Ley 65 de 1993. Diario Oficial No. 40.999, de 20 de Agosto de 1993.

En esta lógica y orden de pensamiento, para la Sala es claro que el asunto *sub examine* debe analizarse desde la perspectiva del título de imputación subjetivo, toda vez que el supuesto fáctico que se debate se enmarca en la hipótesis de la falla del servicio, pues conforme a las pruebas allegadas al proceso, está demostrado que en el presente caso, el Inpec, no solo, incumplió con su deber de protección del sujeto en relación de especial sujeción con el Estado en su condición de recluso, sino que, transgredió abiertamente las conductas prohibidas antes descritas, al discriminar, maltratar verbalmente y golpear brutalmente al interno.

Sobre el particular, resulta oportuno destacar que los miembros de la fuerza pública²⁰ deben ceñirse estrictamente a los parámetros y postulados fijados por la Carta Política, ya que cualquier distorsión o trasgresión de ese conjunto de principios, valores y derechos contenidos a lo largo del ordenamiento jurídico, sin importar cuál sea el propósito con que subjetivamente se actúe, se traduce en uno de los peores crímenes o delitos reprochados por la humanidad, como en efecto ocurrió en el asunto *sub iudice*, en el que los guardianes del Inpec, infligieron, intencionalmente a la víctima, padecimiento físico y psicológico, esto es, ejecutaron en su contra actos de barbarie y tortura, golpeándolo hasta desquiciarlo.

Sin lugar a duda, los delitos, los medios de juzgamiento, y las penas han cambiado tanto como las sociedades; la historia ilustra en uno de los grabados de las cuevas paleolíticas de Addaura, Sicilia, varias personas rodeando a un hombre de rodillas, atado de tal forma que se estrangularía si intentara levantarse²¹, esta evidencia, ha sido considerada uno de los primeros registros del castigo²², lo que indica que las sanciones son tan antiguas como las sociedades humanas.

Se sabe que la prisión, la pena corporal, la pena de muerte y la tortura, fueron incorporadas dentro de los sistemas jurídicos y judiciales con el fin de retribuir, inhabilitar y disuadir al infractor; igualmente fue utilizada durante miles de años

²⁰ Oficiales, suboficiales y guardianes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.

²¹ LEWIS, Lyons. *Historia de la Tortura*. Editorial Diana, México. 2005, Pág. 7

²² *Ibidem*, Pág. 7.

con el fin de conseguir declaraciones, confesiones e información de interés. Desde los tiempos de Hamurabi, y en otros modelos codificados como las leyes islámicas de la Sharia, las leyes de Grecia²³ y Roma antigua²⁴, y , en occidente, hasta la época de la Europa medieval, se tenía instituido penas severas, tales como la lapidación, los azotes, mutilaciones, descuartizamiento, quemaduras (en ordalías), golpes, ahogo (en agua) etc., como métodos primordiales de castigo y de consecución de la prueba, cuyo avance significativo en su proscripción, tuvo lugar en el siglo XVIII, cuando la tortura judicial llegó a su fin en Europa y la prisión se convirtió gradualmente en el principal o único método para sancionar la comisión de los delitos. Acerca de la tortura como procedimiento de obtención de la prueba en la edad media, Piero Fiorelli²⁵, señaló:

“En cambio, en lo penal se abandona el proceso acusatorio y surge el inquisitorio, que se inicia de oficio, con facultad de obtener pruebas y procurar la confesión de lo que resulta el tormento judicial como práctica usual, entronizado tanto en el proceso penal oficial como en esa institución eclesiástica que, para vergüenza de la humanidad imperó durante varios siglos y que se llamó la

²³ “La tortura se ha empleado durante miles de años, notablemente en la antigua Grecia, donde formaba parte esencial del proceso legal. Nunca se torturó a los ciudadanos libres de nacimiento, pues se pensaba que su “noble” naturaleza les impedía mentir. Pero al interrogar a esclavos, la tortura era no solo permisible, sino obligatoria; la declaración de un esclavo era inadmisibles en un tribunal ateniense a menos que se le hubiera torturado.

“Tortura” en griego se decía *básanos*, nombre de una especie de tablilla con la que se probaba la pureza del oro. Frotado contra el básanos, el oro dejaba una marca cuando era puro. De igual forma, un tribunal podía apelar a la honestidad e inteligencia de un ciudadano libre de nacimiento para que dijera la verdad, pero el testimonio de un esclavo era considerado intrínsecamente indigno de confianza a menos que se le “probara” con la tortura.

También en la China imperial se torturaba por órdenes de un juez. El sistema jurídico exigía que el acusado confesara sus delitos para que pudiera dictarse sentencia. A quienes se les declaraba culpables sin que hubieran confesado se les torturaba hasta que lo hicieran. La tortura era frecuente asimismo al interrogar a testigos durante la investigación de un crimen.

La idea de que el cuerpo, más que la inteligencia, era el asiento de la verdad perduró en la Europa medieval, donde la tortura se aplicó regularmente en investigaciones religiosas y civiles. Encerrada en el cuerpo del testigo, no en sus palabras, la “verdad” debía ser extraída mediante tortura. Aún en el siglo XV era común que se torturara a un testigo mientras se le interrogaba en el tribunal. En una xilografía de esa época un reo prendido de las muñecas es dolorosamente estirado ante el juez”. LEWIS, Lyons. “Historia de la Tortura”. Editorial Diana, México. 2005, Pág. 127

²⁴ A pesar de lo avanzado del sistema jurídico con que contaba esta civilización, el látigo era frecuentemente utilizado en Roma, así como el *equuleus* o caballo joven, que era un instrumento por el que se ataba a la víctima de sus extremidades y se las estiraba poco a poco haciéndola sufrir, como lo describe Jean Kellaway en su libro Historia de la Tortura y Ejecución. [Kellaway, Jean. “The History of Torture and Execution: From Early Civilization through Medieval Times to the Present, The Lyons Press, Nueva York, 2000].

²⁵ Piero Fiorelli. *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giufre, 1953. Citado por: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Tomo I. Edit. ABC, Bogotá, 1974, Pág. 20.

Inquisición del Santo Oficio, en donde el sadismo y el refinamiento de la crueldad llegaron a los máximos extremos”.

En 1764 uno de los más importantes inspiradores del movimiento de reforma del antiguo derecho penal continental, Cesare Beccaria, escribió el ensayo jurídico *De los Delitos y las Penas*²⁶ considerado como uno de los libros más influyentes en la reforma del derecho penal, que marcaría una pauta en la nueva estructura y concepción del derecho penal continental caracterizado en toda Europa por su extrema crueldad, por su arbitrariedad y falta de racionalidad. En su obra,²⁷ sobre el tópico de interés expresó:

“Consideradas simplemente las verdades hasta aquí expuestas, se convence con evidencia, que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político, que bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares; se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo²⁸.

(...)

Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por, las contradicciones en que incurre, o por el descubrimiento de los cómplices, o por no sé cuál metafísica e incomprensible purgación de la infamia, o finalmente por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no es acusado²⁹.

(...)

Pero yo añado que es querer confundir todas las relaciones pretender que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado (n), que el dolor sea el crisol de la verdad, como si el juicio de ella residiese en los músculos y fibras de un miserable. Este es el medio seguro de absolver los robustos malvados, y condenar los flacos inocentes. Veis aquí los fatales inconvenientes de este pretendido juicio de verdad; pero juicio digno de un Caníbal, que aún los

²⁶ *“Dei delitti e delle pene”*.

²⁷ CESARE BONESANA, Marqués de Beccaria. *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial HELIASTA S.R.L. Argentina. 1993.

²⁸ Capítulo XII, fin de las penas, pág. 79

²⁹ Capítulo XVI, Del tormento, pág. 87

bárbaros romanos por más de un título reservaban sólo a los esclavos, víctimas de una feroz demasiado loada virtud.

(...)

Otro ridículo motivo de la tortura es la purgación de la infamia. Esto es un hombre juzgado infame por las leyes debe para libertarse de esta infamia confirmar la verdad de su deposición con la dislocación de sus huesos. Este abuso no se debería tolerar en el siglo decimooctavo.

(...)

La tortura misma ocasiona una infamia real a quien la padece; luego con este método se quitará la infamia causando la infamia.

(...)

No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza. La misma atrocidad de la pena hace se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla, cuanto es mayor el mal contra quien se combate: hace que se cometan muchos delitos, para huir la pena de uno solo. Los países y tiempos de los más atroces castigos fueron siempre los de más sanguinarias e inhumanas acciones; porque el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador regia la del parricida y del matador³⁰.

(...)

A medida que las penas son más dulces, la clemencia y el perdón son menos necesarios³¹.

Así, la tortura dejó de ser considerada en sí misma un método de castigo, para ser tenida como medio para obtener la prueba, y posteriormente, una vez declarada ilegal³², pasó paulatinamente de los tribunales a los calabozos y

³⁰ Capitulo XXVII, De la dulzura de las Penas, pág. 116

³¹ Capitulo XLVI, Del Perdón, pág. 164

³² "En la gran mayoría de las naciones la tortura fue abolida definitivamente y, de estar regulada por el sistema legal, pasó a configurar un delito. Sin embargo, la tortura siguió en práctica ilegalmente durante muchos años, aun después de su abolición, **sobre todo durante los gobiernos de regímenes totalitarios** o potencias ocupantes. Más tarde, cuando la tortura pasó a ser tipificada como delito en el Derecho interno de varios naciones, tras la convención contra la Tortura de 1984, su práctica disminuyó aunque no fue erradicada por completo". BARBERO, Natalia. *Análisis Dogmático –Jurídico de la Tortura*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires. 2011, Pág 25.

cárceles secretas, hasta la época moderna, variando, con el desarrollo de la tecnología, las estrategias de agresión. Sobre el particular, Lewis³³, refirió:

“Aunque una Convención de la ONU de 1984 declaró ilegal la tortura, la Red Sobrevivientes de la Tortura calcula que hoy se practica en 123 países, ningún gobierno lo admitiría, pero la tortura sigue en pie, a puertas cerradas y con la autorización del Estado”.

“La tortura está muy extendida en China, según Amnistía Internacional, como lo ilustra el caso de Zhou Jiangxiong, campesino de 30 años de edad de la provincia de Hunan muerto en 1998 a causa de las torturas a las que fue sometido por agentes del gobierno, quienes lo colgaron de cabeza, lo azotaron, lo golpearon con mazos, lo marcaron con un cautín y le arrancaron los genitales. El “crimen” de Zhou fue ocultar el paradero de su esposa, sospechosa de estar embarazada sin autorización, contra los dictados de la estricta política china de control natal.”

“En un informe de Amnistía Internacional de 1991 se refirió el caso de Roberto, profesor universitario de 50 años de edad, detenido y golpeado por las fuerzas de seguridad de Zaire. Mientras esto sucedía, se presentó de improviso un alto funcionario, quien de inmediato ordenó a los captores que se detuvieran: “Le dejarán cicatrices”, dijo, “y recibiremos quejas de Amnistía Internacional”. Emplearon entonces la electricidad como instrumento de tortura. Durante las cuatro semanas siguientes, los captores de Roberto usaron bastones para aplicarle descargas eléctricas en la base de la columna, los genitales y otras partes del cuerpo.”En casi todas esas ocasiones”, continuaba el informe, Roberto “vomitó, perdió el control de sus intestinos y funciones físicas y cayó inconsciente”.

Acerca de la tortura mental, el citado autor ilustró³⁴:

“Toda tortura es tortura mental. Infligir dolor puede responder a los impulsos sádicos del captor, pero es un medio para alcanzar un fin: llegar a la mente de la víctima. **La tortura mental es capaz de rebasar el cuerpo y llegar a las profundidades de la psique de la víctima.**

(...)

Los reclusos eran constantemente humillados y temían siempre agresiones físicas. La menor falta se castigaba con golpes y tortura, aplicados a menudo frente a otros cautivos. Las muertes a causa de tales golpizas eran comunes. **La tortura mental y física que padecían los reclusos condujo en muchos casos a crisis nerviosas y suicidios.** Un ex recluso, médico, dijo

³³ LEWIS, Lyons. *Historia de la Tortura*. Editorial Diana, México. 2005, Pág. 140, 141 y 143.

³⁴ Ob. Cit. Pág. 146 y 149.

haber visto "gritar y aullar a muchas personas". Las autoridades del campamento le prohibían asistirlos" (Negrillas de la Sala).

Desde luego, la tortura hoy por hoy constituye una grave transgresión a los derechos humanos, y ha sido rigurosamente condenada por el derecho internacional, particularmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDH-, estableciéndose en el artículo 5º que "*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*". Dentro de este mismo proceso de internacionalización y positivización de los derechos humanos la Asamblea General de las Naciones Unidas, a fin de superar la dificultad que presentaba la carencia de fuerza vinculante (obligatoria) para los Estados, de la declaración de derechos, intentó la adopción de diversos pactos internacionales, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP-, consagrándose en el artículo 7º, la prohibición antes enunciada, y adicionalmente estableciéndose que en particular, nadie sería sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos, aludiéndose tácitamente con ello, a la barbarie del nazismo.

En el ámbito del Consejo de Europa también se elaboró un convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales³⁵, en armonía con lo estatuido en la Declaración Universal de la O.N.U de 1948, y aunque su artículo 3³⁶ básicamente reitera lo normado en el artículo 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el convenio introdujo novedosamente, la posibilidad de que los particulares que se consideraran víctimas de una violación, como la tortura, quedarán legitimados para acudir al organismo por él mismo creado³⁷.

³⁵ Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH), adoptado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

³⁶ **Artículo 3. Prohibición de la tortura.** Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

³⁷ **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** –TEDH- [también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos]

Artículo 19. Institución del Tribunal. Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos en adelante denominado "el Tribunal". Funcionará de manera permanente.

Artículo 34. Demandas individuales. El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

En el mismo sentido, con el propósito de asegurar la protección de los sujetos de derecho frente a los abusos, las Naciones Unidas ha desarrollado, a través de los años, estándares universalmente aplicables; así, el 10 de Diciembre de 1984, la Asamblea General adoptó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes³⁸, definiendo aquella, como cualquier acto por el cual se ocasiona intencionalmente a una persona implacable dolor o sufrimiento, físico o mental, a fin de obtener información o una confesión de ella o de un tercero, o de castigarla por un acto cometido por ella o por un tercero, o intimidar o coaccionarla por cualquier motivo basado en cualquier tipo de discriminación, cuando tal dolor o sufrimiento sea infligido por o a instancias de o con el consentimiento de un funcionario público u otra persona que actúe con carácter oficial³⁹.

En atención a lo anterior, el tratadista Iñaki Rivera Beiras, describió la tipología de la conducta descrita, señalando, entre otros aspectos, (i) que se trataba de un delito pluriofensivo, en tanto conculcaba una pluralidad de bienes dignos de protección, tales como la integridad personal física y mental, la vida, la dignidad humana y el honor, (ii) que implicaba una conducta dolosa en quien perpetuaba el daño habida cuenta de que exigía la intencionalidad del sujeto agresor, (iii)

Artículo 35. Condiciones de admisibilidad. 1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual presentada en aplicación del artículo 34, cuando:

a) sea anónima; o

b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.

³⁸ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 numeral 1°.

³⁹ **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 1°** : A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

que se caracterizaba por ser un delito de tendencia, toda vez que en la perpetuación del acto se perseguía un fin cual era, obtener una información, perpetrar un castigo o intimidar, y que además, (iv) el sujeto activo de la conducta, debía ser funcionarios y personas revestidas de autoridad estatal. Sobre el particular, así reflexionó el citado autor:

“En ese sentido pueden señalarse, separadamente, los distintos supuestos que pueden dar lugar a este delito, de la siguiente forma: “se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales».

Y este enunciado, de carácter general, se concreta luego al exigirse una intencionalidad específica que puede ser:

- a) «con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión»;
- b) «de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido»;
- c) «de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras»;
- d) «por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación».

Es requisito indispensable para poder tipificar tales actos como constitutivos del delito de tortura, cierta cualidad específica que se exige del autor. En efecto -y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá a propósito del sujeto activo-, éste ha de ser:

- a) «un funcionario público»; u
- b) «otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».

A continuación se anuncia que

«no se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas»; precisión que, sin duda, se refiere a las penas privativas de la libertad (y a los efectos o consecuencias que de ellas se derivan)⁴⁰⁴¹.

Además de lo expuesto, la Convención especifica que los Estados signatarios⁴² prohibirán la tortura en sus legislaciones nacionales, indicando que estos

⁴⁰ Nota del original: En este sentido, se ha de señalar que la Convención, a diferencia de la Declaración contra la Tortura -aprobada por la Asamblea General en 1975- no contiene la limitación que se estipulaba en ésta. En efecto, en 1975 se establecía su necesaria «consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos», limitación que, como puede observarse, no existe en la Convención de 1984.

⁴¹ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Ed. J.M Bosch Editor, Barcelona. 1997, Pág. 45.

⁴² **Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**. New York, 10 December 1984. **Entry into force**: 26 June 1987, in accordance with article

deberán tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole, que sean eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción, denotando explícitamente que en ningún caso podrá invocarse una orden de un funcionario superior o una circunstancias excepcional que sirva de justificación a la misma.

Del instrumento en mención, se destaca el siguiente articulado:

“Artículo 10. 1. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.

Artículo 11. Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

Artículo 12. Todo Estado Parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

27(1). **Registration:** 26 June 1987, No. 24841. **Status:** Signatories: 78. Parties: 153. **Text:** United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p. 85. **Note:** The Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, was adopted by resolution 39/46 of 10 December 1984 at the thirty-ninth session of the General Assembly of the United Nations. The Convention is open for signature by all States, in accordance with its article 25.

Participant: Colombia. **Signature:** 10 Apr 1985. Accession (a), Succession (d), Ratification: 8 Dec 1987.

[Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Nueva York, 10 de diciembre de 1984. **Entrada en vigor:** 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). **Inscripción:** 26 de junio de 1987, No. 24841. **Estado:** Signatarios: 78. Partes: 153. **Texto:** Naciones Unidas, Serie de tratado, vol. 1465, p.85. **Nota:** La Convención, cuyos textos en árabe, chino, inglés, francés, ruso y español son igualmente auténticos, se adoptó mediante la resolución 39/46 of 10 de diciembre 1984 en el trigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Convención estará abierta a la firma de todos los Estados, de conformidad con su artículo 25.

Participe: Colombia. **Firma:** 10 de abril de 1985. **Adhesión, Ratificación:** 8 de diciembre de 1987.]

Tomado de: United Nations –Treaty Collection - <http://treaties.un.org/Home.aspx?lang=en>
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en
<http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

Artículo 13. Todo Estado Parte velará porque toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronto e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Artículo 14. 1. Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales” (Negrillas y subrayas de la Sala).

Vale la pena señalar, que de conformidad con el principio de interpretación evolutiva⁴³, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH-, en relación con lo que podía ser considerado una tortura, ha venido admitiendo cambios en la concepción inicial indicada en la sentencia del 18 de enero de 1978, en el conocido caso “*Irlanda contra Reino Unido*”⁴⁴, en la que señaló que ciertas técnicas de desorientación o privación sensorial empleadas por las autoridades británicas en el marco de la lucha antiterrorista contra el IRA⁴⁵ sólo constituían tratos inhumanos o degradantes, más no tortura⁴⁶; decisión que contrasta con lo

⁴³ “La Corte [Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH-] consideró que la interpretación evolutiva se encuentra consagrada en las reglas generales de interpretación de la Convención de Viena de 1969, y afirma que tanto la Corte Interamericana como la Europea han dicho que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. GALDAMEZ ZELADA, Liliana. *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones.* Revista chilena de derecho, 2007, vol.34, n.3, Pág. 439.

⁴⁴ *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § ..., Series A no. 25

http://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_references_ENG.pdf

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57506>

<http://hdl.handle.net/10171/11970> [Depósito Académico Digital Universidad de Navarra.]

⁴⁵ Ejército Republicano Irlandés -Irish Republican Army-.

⁴⁶ “167. (...) In order to determine whether the five techniques should also be qualified as torture, the Court must have regard to the distinction, embodied in Article 3 (art. 3), between this notion and that of inhuman or degrading treatment.

In the Court's view, this distinction derives principally from a difference in the intensity of the suffering inflicted.

The Court considers in fact that, whilst there exists on the one hand violence which is to be condemned both on moral grounds and also in most cases under the domestic law of the Contracting States but which does not fall within Article 3 (art. 3) of the Convention, it appears on the other hand that it was the intention that the Convention, with its distinction between “torture” and “inhuman or degrading treatment”,

afirmado en posteriores sentencias, como la proferida el 28 de julio 1999, en el conocido caso “*Selmouni contra Francia*”⁴⁷, donde se condenó a este Estado, por los golpes y heridas propinados por la policía francesa a Ahmed Selmouni, que le ocasionaron la pérdida de la visión en uno de sus ojos, así como también por la violación de que fue víctima, perpetrada por dos o más personas durante el tiempo que estuvo detenido; actos altamente censurables respecto de los cuales se determinó que contravenían tajantemente la preceptiva contenida en el artículo 3º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos bajo la denominación de tortura⁴⁸ y no sólo de “tratos inhumanos o degradantes”, ello en atención al progresivo nivel de exigencia en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales⁴⁹.

should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.

(...)

Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood.

[“167. (...) Con el fin de determinar si las cinco técnicas también deben ser calificadas como tortura, la Corte debe tener en cuenta la distinción, incorporada en el artículo 3, entre esta noción y la de los tratos inhumanos o degradantes.

En opinión del Tribunal, esta distinción se deriva principalmente de la diferencia en la intensidad del sufrimiento infligido.

El Tribunal considera, de hecho, que, si bien existe, por un lado, violencia que debe ser condenada tanto por razones morales, como por el derecho interno de los Estados Contratantes, la conducta no está inmersa en lo establecido en el artículo 3º de la Convención, pues parece que la intención de la Convención, era distinguir entre “tortura” y “tratos inhumanos o degradantes”, asociando al primero de estos términos, un estigma especial en el tratamiento humano que deliberadamente causa un serio y cruel sufrimiento.

(...)

Aunque las cinco técnicas, aplicadas en combinación, sin duda, constituían trato inhumano y degradante, y su objetivo era la obtención de confesiones, (...), no ocasionaron sufrimiento de la particular intensidad y crueldad que está implícita en el entendimiento de la palabra tortura.] **Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Irlanda contra Reino Unido, Sentencia de 18 de enero de 1978.–V, Pár. 167.**

⁴⁷ *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § ..., ECHR 1999-V.

http://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_references_ENG.pdf

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62842>

⁴⁸ Aparte 102: “La Corte ha podido convencerse de la multitud de golpes dados al Sr. Selmouni. Cualquiera que sea el estado de salud de una persona, se puede suponer que tal intensidad de golpes causa dolor severo. La Corte nota también de un golpe no provoca automáticamente una marca visible en el cuerpo. Sin embargo, teniendo en cuenta el informe médico realizado 07 de diciembre 1991 por el Dr. Garnier (véanse los párrafos 18 a 20 supra), prácticamente todo el cuerpo del señor Selmouni mostraba los signos de violencia sufridos. (...). 105. En estas circunstancias, el Tribunal considera que los actos de violencia física y mental infligidos a la persona del solicitante, en su conjunto, han causado dolor y sufrimiento “severo” que fue especialmente grave y cruel. Tal comportamiento debe considerarse como actos de tortura en el sentido del artículo 3 de la Convención. **Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Selmouni contra Francia, Sentencia de 28 de julio de 1999, Reports 1999 –V, Pár. 102 y 105.**

⁴⁹ De forma concluyente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo en el aparte 101., que “ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no

La doctrina actual sobre la materia, al respectó ha señalado⁵⁰:

“Esta cláusula⁵¹ hace que prevalezca la prohibición indiscutible respecto a la tortura y a los tratos inhumanos, así como su inderogabilidad como se establece en los Tratados de Derechos Humanos. Esta conclusión es confirmada por la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos en instrumentos del DIH⁵², ya que "este cuerpo de leyes constituye un régimen legal específico inderogable particularmente diseñado para regular situaciones de emergencia". Esto también se confirma en la jurisprudencia del Derecho Penal Internacional (DPI) de acuerdo con la cual la prohibición contra la tortura constituye "un valor indiscutible del cual nadie debe apartarse". Esto significa, en definitiva, que la distinción entre la tortura y otros tratos inhumanos dentro de las ideas de los artículos 7° PIDCP⁵³, 3° CEDH⁵⁴ y 5° CADH⁵⁵ queda sin efecto legal respecto a posibles excepciones a la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos. Sin embargo, la distinción entre los diferentes grados de tortura, en línea con la "teoría de grados" de la Corte Europea de Derechos Humanos, no es totalmente irrelevante ya que los malos tratos que no "alcancen un nivel mínimo de severidad no quedan comprendidos en el ámbito de la prohibición establecida en los artículos 7° PIDCP, 3° CEDH y 5° CADH. Por supuesto que los tres grados de maltrato –tortura, trato inhumano y maltrato "ordinario"- no pueden ser distinguidos de manera convincente in abstracto sino sólo caso por caso.”

Adicionalmente, como se alude en el texto en cita, en nuestro sistema americano encontramos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁶ - CADH-, que

como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas”. **Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Selmouni contra Francia, Sentencia de 28 de julio de 1999, Reports 1999 –V, Pár. 101.**

⁵⁰ KAI AMBOS. *Tortura y derecho penal. Respuesta en situaciones de emergencia*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Centro en Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá. 2009, Pág. 24.

⁵¹ [Referida a la contenida en el artículo 16 de **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 16.** (...) 2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión.]

⁵² Derecho Internacional Humanitario

⁵³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP-.

⁵⁴ Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales- CEDH-.

⁵⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre – CADH-.

⁵⁶ Pacto de San José de Costa Rica de 1949. Creador a su vez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

en su artículo 5º consagró el derecho de toda persona a ser respetada en su integridad física, psíquica y moral, y la prohibición a ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, señalando que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Del mismo modo debe precisarse que la Organización de Estados Americanos –O.E.A- con el objetivo de prevenir y sancionar casos de tortura, creó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁵⁷ –CIPST-, documento dentro del cual se introdujo un nuevo elemento como es el empleo de métodos sobre una persona, con la intención de anular la personalidad de la víctima o de disminuir su capacidad física o mental, aún si estos no causan dolor físico o angustia mental⁵⁸.

No sobra recordar que el 17 de julio de 1998, durante la "*Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*"⁵⁹, se expidió el Estatuto de Roma, aprobado en Colombia mediante la ley 472 de 2002, el cual rotuló la tortura como un crimen de lesa humanidad, y la definió de la forma en que tradicionalmente se venía haciendo, en su artículo 7, numeral 2, literal e), describiéndola como la causación intencional de dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control.

Así las cosas, es palmario que el derecho internacional prohíbe inequívocamente la tortura en diversos instrumentos de Derecho Internacional Humanitario (DIH) y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH), prohibición que ha logrado el estatus de *ius cogens*⁶⁰ en tanto que su proscripción constituye una

⁵⁷ Aprobada mediante la Ley 409 de 1997.

⁵⁸ Cfr. Artículo 2.

⁵⁹ La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 51/207, de 17 de diciembre de 1996, decidió celebrar en 1998 una conferencia diplomática de plenipotenciarios con objeto de dar forma definitiva a una convención sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional –CPI-, y adoptarla.

⁶⁰ "En este sentido, debe existir una distinción entre los derechos que son protegidos por los tratados sobre derechos humanos que sí tienen categoría de *ius cogens* y los que no la tienen. Los primeros no podrán ser derogados, mientras que en los segundos no se podrá hablar de derechos fundamentales. Existe un consenso internacional sobre ciertos derechos y su categorización como fundamentales, ya que constituyen principios reconocidos por los Estados civilizados, más allá de que existan tratados bilaterales o multilaterales sobre ellos. **La regla que prohíbe la tortura forma parte de este mínimo común para todos los Estados** y se torna en prohibición absoluta, por lo cual no se admitirán excepciones." BARBERO, Natalia. *Análisis Dogmático –Jurídico de la Tortura*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires. 2011, Pág 33.

norma imperativa que ningún Estado, bajo cualquiera que sea el esquema de argumentación jurídico-político, puede enervar.

Esta Corporación⁶¹, en relación con el carácter vinculante de los instrumentos internacionales, ha tenido la oportunidad de efectuar un pronunciamiento en los siguientes términos:

“... además, la ley 74 de 1968, ... ratificó los Pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 con el voto unánime de sus asociados, ley en cuyo artículo 9, numeral 6, se establece que “...”. Por tratarse de leyes aprobatorias de tratados públicos, **estas disposiciones tienen un carácter supralegal** de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ya que no pueden ser desconocidas por leyes ordinarias. Esa prevalencia en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos así como de su carácter de pauta hermenéutica para la interpretación de los derechos y deberes que consagra la Carta Política, se contempla hoy en el art. 93”.

Por su parte, en el ámbito interno, la Constitución Política de 1991, en el título II, capítulo I, “De los Derechos Fundamentales”, prescribió en el artículo 12 “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, derecho en torno al cual, la Corte Constitucional ha venido razonando en el siguiente orden:

“Conscientes de que en la Constitución anterior podía haber un vacío al respecto, y no obstante que Colombia había suscrito la Convención contra la Tortura, los constituyentes decidieron entonces incluir la referencia a la tortura en el hoy Artículo 12.

Junto con la desaparición forzada, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Comisión Primera consideró que era relevante elevar a norma constitucional la prohibición de la tortura. Como era de esperarse, a los constituyentes les preocupaba sobremanera las torturas provenientes de los funcionarios del Estado, pero jamás se concibió únicamente como prohibición para los agentes estatales. El tema fue tratado en la Comisión Primera el 16 de Abril de 1991, y en dicho debate se entendió que el término tortura debía cobijar tanto su aspecto físico, como el aspecto síquico o moral. De la misma manera, hubo acuerdo en que las pruebas obtenidas mediante tortura carecían de valor, pero esta

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 9.617, sentencia del 28 de noviembre de 1996. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

regla, por su naturaleza, quedó incluida en la norma sobre debido proceso.

(...)

El Artículo 12 de la Constitución Nacional es incluso más amplio que los instrumentos internacionales suscritos por Colombia sobre el tema, pues como se dijo arriba, la Carta colombiana prohíbe la tortura incluso en los casos en que el torturador sea un particular. De ahí que el artículo 279 del Código Penal sea, en un todo, acorde con la Constitución.

En efecto, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada en Colombia por la ley 78 de 15 de Diciembre de 1986, define la tortura (...) La misma norma internacional establece, sin embargo, que esa noción de tortura se debe entender sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance. Exactamente eso es lo que ha hecho la Constitución Nacional al prohibir la tortura no sólo cuando esta proviene de un funcionario público o con su consentimiento o aquiescencia, sino cuando proviene también de un particular, como quedo visto en el anterior numeral de esta providencia. De ahí que el artículo 279 del Código Penal esté, también por este aspecto, ajustado en un todo a la Constitución. La consagración constitucional del derecho a no ser torturado, busca, junto con las demás hipótesis consagradas en el mismo artículo 12, proteger el derecho a la integridad personal, cuya vulneración había sido tema de preocupación constante para las altas corporaciones judiciales, en particular para el Consejo de Estado.

(...)

La siguiente es una ilustrativa lista de las posibles conductas que pueden llegar a constituir tortura, realizadas por agentes del Estado. Es, además, reveladora del grado de sofisticación al que pueden llegar ciertos agentes estatales cuando practican la tortura. Se extrae de un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia:⁶²

" "plantones al sol en el día y al sereno en la noche"; "ahogamientos y sumergimientos en agua"; "aplicación del 'submarino'"; "venda en los ojos hasta por doce, diez y siete y veinte días"; "vendado y amarrado por cuarenta y siete días en cimitarra"; "sometimiento a golpes en diversas partes del cuerpo con palos y patadas"; "impedimento para dormir hasta por ocho días y falta de reposo"; "amenazas de muerte al detenido, a la familia y a amigos"; "colgaduras atado de las manos"; "prohibición de agua y alimento hasta por cuatro, siete y ocho días seguidos"; "simulacro de dispararles en la cabeza";

⁶² Informe Colombia, 1981, pág. 111, párr.4

"esposados de las manos"; tortura de otras personas cerca de la celda para que se escucharan los gritos"; "incomunicación"; "palpitación de energía y choques eléctricos en diferentes partes del cuerpo"; "ejercicios hasta el agotamiento"; "permanencia desnudos y de pie"; "provocación de asfixia"; "lavadas"; "caminar de rodillas"; "torturas psicológicas"; "sumergimiento amarrados en un lago"; quemaduras con cigarrillos"; "sacar al detenido a los allanamientos y utilizarlos como 'chaleco antibalas' esposado y vendado"; "simulacros de fusilamientos mientras estaba colgado de un árbol"; "introducción de armas en la boca"; "rotura de nervios como consecuencia de colgamientos"; "desnudo y sumergido en un río"; negativa de asistencia médica para embarazo"; "fractura de costillas"; amarrado, vendado, a veces permanentemente, golpeado con un leño, patadas"; "herida con arma de fuego por la espalda en el sitio de reclusión"; "amenaza de traer a sus familiares para torturarlos en su presencia"; "contemplación de las torturas a otra persona"; ..."

(...)

Queda pues claro que, también a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la tortura es susceptible de ser cometida por particulares o por agentes del Estado, sin perjuicio de la mayor responsabilidad de este en la protección y defensa de todos y cada uno de los derechos fundamentales.⁶³

Ahora bien, la Corte Constitucional al declarar la inexecutable de la expresión "graves" contenida en el artículo 137 del código penal⁶⁴ -ley 599 de 2000-, expresó que el instrumento internacional a tener en cuenta, para esos efectos, sería el contenido en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, toda vez que en virtud del principio *pro homine* se imponía la preferencia de una hermenéutica que resultara menos restrictiva de los derechos establecidos en los convenios, en ese sentido puntualizó:

"Téngase en cuenta al respecto que dicha Convención no solamente es el texto que mayor protección ofrece a los derechos de las personas víctimas de tortura sino que los demás instrumentos internacionales a que se ha hecho

⁶³ Nota del original: Sentencia C-587/92

⁶⁴ ARTICULO 178. TORTURA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que inflija a una persona dolores o sufrimientos **graves**, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a doscientos setenta (270) meses, multa de mil sesenta y seis punto sesenta y seis (1066.66) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad

referencia dejan claramente a salvo la aplicabilidad de la referida Convención Interamericana.

Así, el numeral 2 del artículo 1° de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes señala que dicho artículo en que se define lo que se entiende por tortura para dicha Convención suscrita antes de la Convención Interamericana “se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. Es decir que el texto de la Convención Interamericana prima en esas circunstancias.

A su vez el artículo 10 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala que “Nada de lo dispuesto en la presente parte⁶⁵ se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”. Es decir que el hecho de que en dicho estatuto -cuya aprobación por Colombia es la más reciente- figure una disposición que no es coincidente con la definición de tortura establecida en la Convención Interamericana, en nada impide que se tome en cuenta el contenido más garantista que se establece en la referida Convención en cuanto al delito de tortura.

(...)

Al respecto la Corte constata que en el presente caso y contrariamente a lo que se señaló para el delito de genocidio, es clara la contradicción entre el texto de los artículos 173 y 178 de la Ley 599 de 2000 -que tipifican respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y tortura- y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura⁶⁶, instrumento internacional que en armonía con el artículo 93 superior y el principio *pro homine* es el que corresponde tomar en cuenta en este caso como se explicó en los apartes preliminares de esta sentencia .

⁶⁵ Nota del original: Alude a la PARTE II. del Estatuto “De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable” en que se contiene el artículo 7 atrás reseñado que define la tortura para los efectos de dicho instrumento internacional.

⁶⁶ Nota del original: Artículo 1. Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

En efecto en dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997⁶⁷ no solamente se excluye la expresión “graves” para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor”.

Así, cuando es el mismo Estado –entidad que detenta el uso legítimo de la fuerza–, quien a través de sus miembros activos emplea sus medios e instrumentos para cercenar, aniquilar y desdibujar las garantías fundamentales del ser humano, se quebranta el principio basilar del Estado Social de Derecho, esto es, la dignidad humana, y ello se presta para definir a la organización pública como ilegítima, ya que actúa en contra de los propios mandatos trazados por el constituyente primario y directo detentador de la soberanía y del poder político.

Es por ello que la doctrina especializada en la importancia del garantismo estatal ha sostenido:

“Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman *la esfera de lo indecible* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino que también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones... Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional... Este es el sentido de la frase ¡Hay jueces en Berlín!: debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos del individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general

⁶⁷ Nota del original: Ver Sentencia C-351/98 M.P. Fabio Morón Díaz.

quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución.”⁶⁸

En consecuencia, nada resulta más perverso y oprobioso que el empleo de la fuerza pública y de los medios e instrumentos puestos a su servicio con fines ajenos a la protección de los derechos de los asociados, máxime cuando su objetivo constituye el desconocimiento y la supresión de las garantías fundamentales, específicamente el derecho a la vida y a la integridad personal.

Al respecto, vale la pena extraer brevemente una parte de ese sobresaliente pensamiento:

“Ya en el mero nombre de hombre hay una dignidad. Y como esta corresponde en igual medida a todos los hombres, todo hombre es también igual a los otros por naturaleza. Esta igualdad “natural” no es una igualdad de fuerzas, como pensaba Hobbes, sino una igualdad en el Derecho, cuyo fundamento se halla en el deber de sociabilidad que une igualmente a todos los hombres, ya que está dado con la naturaleza humana como tal...”⁶⁹

En consecuencia, la importancia de la dignidad humana entendida como aquel imperativo categórico –en términos Kantianos– que determina que cada ser humano –sin importar su sexo, raza, etnia, clase social, capacidad física y/o mental, capacidad económica, etc.– es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar los fines de otros, radica en que la misma constituye el sustrato de todos los derechos humanos, principalmente de los derechos fundamentales y, por ende, de la vida y la libertad, garantías éstas sin las cuales la existencia y plenitud de la humanidad se vería amenazada. De ahí la importancia de un rechazo contundente a la permisibilidad de conductas tan aberrantes como los actos de tortura, en primera medida, (i) por cuanto transgrede la dignidad de los individuos, razón de la existencia de cualquier sistema normativo, y de otra parte, (ii) porque deslegitima y corroe intrínsecamente al Estado como constructo social, político y jurídico. En torno al asunto la doctrina ha expresado:

“En este punto debe enfatizarse que la racionalidad de la

⁶⁸ FERRAJOLI, Lüigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001, págs. 24, 25 y 27.

⁶⁹ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium*, citado por WELZEL, Hans “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Ed. Aguilar, pág. 145.

prohibición absoluta de la tortura reside -no obstante el derecho positivo escrito sobre la materia- en que **la aplicación de tortura implica un ataque frontal a la dignidad humana de la víctima**⁷⁰. **No hay ningún otro acto que viole tan profundamente esta dignidad.** La protección de la dignidad humana se encuentra en el núcleo de la prohibición de la tortura⁷¹, y esta prohibición es por tanto "una de las normas de moralidad más firmes"⁷². Un Estado regido por los principios del Estado de Derecho no puede permitir la tortura, -inherentemente repugnante y mala⁷³, sin traicionar sus propios principios⁷⁴ ni sin perder credibilidad a nivel internacional."⁷⁵ (Subrayas y negrillas de la Sala).

En consecuencia, uno de los principales mandatos de la institucionalidad es brindar estándares reglados acerca del manejo de la fuerza pública, toda vez que se parte del principio de excepcionalidad en su uso y, por ende, los agentes de los estamentos de seguridad deben ceñirse a los postulados definidos en la Carta Política y en la legislación especial que rige la materia, sin que puedan invocar la obediencia debida o el cumplimiento de un deber legal, en aquellos eventos en que su conducta es constitutiva de crímenes o delitos de lesa

⁷⁰ Nota del original: Para una excelente explicación de la relación entre dignidad humana y tortura, ver HILGENDORF, ob. cit., p. 337; ver también KREMMTZER. "The Landau Commission Report", cit., pp. 249 y ss.

⁷¹ Nota del original: Israel Supreme Court, cit., §22; ver también DELMAS-MARTY, ob. cit., p. 592 (prohibición de la tortura como expresión del valor universal de la dignidad humana). GRECO, ob. cit., pp. 636 y ss.. enfatiza la violación de la libre voluntad.

⁷² Nota del original: M. S. MOORE. "Torture and the Balance of Evils", Israel Law Review, n.º 23, 1989, p. 332 ("one of morality's firmest norms"). En el mismo sentido, Waldron, ob. cit., p. 1681: "legal archetype... emblematic of our larger commitment to nonbrutality in the legal system" ["arquetipo legal... emblemático de nuestro mayor compromiso de no brutalidad en el sistema legal"], y pp. 1692-1693, donde considera a la tortura prohibida como "malum in se"; también pp. 1717 y ss. (contra el genio y espíritu de la ley), pp. 1723 y ss. (donde explica el concepto de "arquetipo").

⁷³ Nota del original: SHANY, ob. cit., pp. 106-107.

⁷⁴ Nota del original: Ver Commission of Inquiry, cit., p. 182 (§ 4.3: "The law... is the keystone for the existence of a State such as ours, which believes in values of liberty and equality... If we do not preserve the rule of law zealously in this area as well, the danger is great" ["La ley... es la piedra angular para la existencia de un Estado como el nuestro que cree en los valores de libertad y de igualdad... Si nosotros no hacemos que se preserve celosamente el Estado de derecho también en este ámbito, el peligro es enorme"]); p. 184 (§ 4.5: "we are convinced that this [the preservation of the law] is essential for the moral strength of Israeli society" ["estamos convencidos que su preservación [de la ley] es esencial para la fortaleza moral de la sociedad israelita"]); Israel Supreme Court, cit., § 39: "Preserving the Rule of Law and recognition of an individual's liberty constitutes an important component in its understanding of security" ["Conservar el Estado de Derecho y el reconocimiento de la libertad individual constituye un componente importante en su [de los Estados] interpretación de la seguridad". Ver también KINZIG, ob. cit., pp. 807-809 (con referencia a la decisión de la Israel Supreme Court); KRETSCHMER, OB. CIT., P. 108; WALDRON, ob. cit., PP 1737-1738 (Peligro de corrupción del sistema legal), pp. 1739 y ss. (socave del Estado de Derecho).

⁷⁵ KAI AMBOS. *Tortura y derecho penal. Respuesta en situaciones de emergencia*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Centro en Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá. 2009, Pág. 27.

humanidad, de guerra o, en general, de cualquier comportamiento que atente contra los derechos humanos, y en particular, contra la dignidad.

Es necesario resaltar que el derecho a un trato digno acompaña a todos los seres humanos en cada una de las circunstancias y facetas en las que se encuentre, es una condición que no lo abandona, máxime cuando es privado de la libertad, circunstancia esta última en la que le corresponde al establecimiento penitenciario velar por el trato digno a los reclusos, ya que éstos se encuentran en situación de dependencia de quienes deben velar por ellos⁷⁶, y no constituye, desde luego, una excepción al trato digno el hecho de estar purgando una pena por un delito en un centro de reclusión.

En esa línea de pensamiento, la doctrina extranjera ha considerado:

“La condición de persona y la dignidad a ella inherente acompañara al hombre en todos y cada uno de los momentos de su vida, cualquiera que fuere la situación en que se encontrare, aunque hubiere traspasado las puertas de una institución penitenciaria

“(…)

“Es la dignidad de la persona la que impone una ejecución humanitaria de la pena (…).”⁷⁷

Y es que la dignidad de los seres humanos, no puede considerarse como un concepto simplemente teórico, pues precisamente su inclusión como principio y derecho, está encaminado a rescatar su contenido y a su efectiva protección y respeto en todos los ámbitos, en otras palabras, el respeto por la dignidad de las personas debe trascender a las letras que lo definen, y llegar al plano práctico en el que en la interacción de los hombres, cada uno sea capaz de reconocer la dignidad del otro por el simple hecho de ser hombre, sin importar las circunstancias que los rodeen, “[e]n ello se basa la exigencia ética de tratar a cada individuo humano como un fin en sí mismo, como valor supremo, como

⁷⁶ “La dignidad de la persona no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo; opiniones o creencias. Es independiente de la edad, inteligencia y salud mental; de la situación en que se encuentre y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento. Por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona con la dignidad que ello comporta.” GONZÁLEZ Pérez Jesús. *La Dignidad de la Persona*. Ed. Civitas S.A. Primera edición. Madrid. Pág. 25.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 148 – 149.

algo que hay que respetar por encima de cualquier consideración pragmático-utilitaria, como algo que no puede ser eliminado sin más cuando nos estorba en la persecución de nuestros fines particulares contingentes”.⁷⁸

En ese mismo sentido, resulta ilustrativo lo siguiente:

“En su *Metafísica de las Costumbres*, Kant atribuye un rol determinante a la noción de dignidad humana o de humanidad, entendida como fin en sí. Por ejemplo, aunque él afirma que una persona puede perder su estatuto cívico o su dignidad de ciudadano cometiendo delitos graves, Kant sostiene que esta dignidad no puede privarse a ningún ser humano. Añade que practicando la mentira y la calumnia la persona obra de tal modo que ofende la dignidad de los otros.”⁷⁹

Así las cosas, siendo la dignidad un valor intrínseco del hombre, no se encuentra justificación alguna que permita su desconocimiento, ni su falta de protección. En esa dirección resulta de interés lo afirmado por la doctrina:

“(…) a mediados del siglo XIX, PROUDHON ha definido de modo excelente la justicia *humana* precisamente como *el reconocimiento de la dignidad humana en toda persona, en cualquier circunstancia y bajo cualquier riesgo a que nos exponga su defensa*⁸⁰. Todos tienen derecho - agrega- a exigir de los otros el respeto de su dignidad y la obligación de respetar la de los demás. Y, en efecto, no es posible en la modernidad la existencia de justicia social y de derecho justo - por tanto tampoco de orden justo- sin el reconocimiento incondicional de la personalidad y dignidad de todos los hombres. Se trata, pues, en cuanto a la calidad de persona y la posesión de sus atributos esenciales o valoraciones inherentes, de fenómenos axiológicos que incuben *a todos los hombres y al cualquier hombre*⁸¹, ciertamente en cualquier lugar y, en la modernidad, también en cualquier tiempo.”⁸² (cursivas del original).

Como corolario de todo lo anterior, la dignidad del hombre es un principio ordenador y rector del ordenamiento jurídico, comoquiera que constituye un *prius*

⁷⁸ GÓMEZ BOSQUE, Pedro. *En Defensa de la Dignidad Humana*. Ed. Fundación Ramos Castro para el Estudio y Promoción del Hombre. Zamora. Pág. 110.

⁷⁹ TORRALBA ROSELLÓ, Francesc. *¿Qué es la Dignidad Humana?*. Ed. Herder. Barcelona. Pág. 71.

⁸⁰ Nota del original: “Proudhon, “L’idée-force de justice”, en *Ouvres choisies*, Gallimard, Paris, 1967, p.220.

⁸¹ Nota del original: “Así lo sugirió una vez TOMÁS Y VALIENTE, cil. Por Jesús GONZÁLES PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Edit. Civitas, Madrid, 1986, p. 26.”

⁸² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal, Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas*. Ed. Ibañez. Bogotá. Pág. 152 a 153.

del mismo, en atención a su naturaleza ético objetiva que no depende de reconocimiento externo, en cuanto a su existencia.

Ahora bien, tratándose de personas que se encuentran privadas de la libertad, el deber de brindar un trato digno se maximiza, puesto que a pesar de ver limitado uno de sus derechos, el de la libertad, se debe velar por el respeto a los demás derechos que les asiste como seres humanos, y no incurrir en un trato de “ciudadanos de segunda categoría”, como los denominó el tratadista Iñaki Rivera Beiras por considerar que “los derechos fundamentales de las personas que se hayan privadas de la libertad se encuentran << devaluados >> respecto de los derechos semejantes de aquellos individuos que se desenvuelven en la vida en libertad”⁸³.

En esa misma línea, para reafirmar su preocupación por los derechos fundamentales de los reclusos este doctrinante, indicó:

“Para ir terminando, puede concluirse con **Sánchez Illeras**, quien precisamente se desempeñaba como Juez de Vigilancia cuando escribió las palabras que siguen al afirmar que

“<<la elaboración de las categorías de derechos de <<aplicación progresiva>> y la <<relación de sujeción especial>>, traducen una doctrina que fundamenta la limitación de los derechos fundamentales (...) Para resolver un conflicto de bienes jurídicos (...) se rescata la vieja doctrina de la <<relación especial de supremacía>> que como guardiana aparece y desaparece como fundamentadora del <<status jurídico del penado>> según conviene (...) Esperemos únicamente que dichas resoluciones no tengan relación alguna con la condición de penados de sus destinatarios porque ello sería reducir y supeditar su ámbito de libertades a la diligencia de la Administración en cumplir los mandatos constitucionales (...). Sólo resta esperar que no hayamos iniciado el descenso por un plano inclinado –el que justifica las limitaciones de derechos por la relación especial de sujeción- cuyo final es difícil adivinar, pero que hace que el preso sea jurídicamente algo distinto a un ciudadano>> (1992, pp. 16-17).⁸⁴

⁸³ RIVERA BEIRAS, Iñaki. La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La Construcción Jurídica de un Ciudadano de Segunda Categoría. José María Bosch Editor. Barcelona. Pág. 390.

⁸⁴ Ibidem. Pág. 389.

En atención a todo lo expuesto, se impone señalar que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario ha debido velar por un trato digno al recluso, que implicaba una oportuna y adecuada prestación del servicio carcelario⁸⁵, lo que no acaeció, toda vez que de conformidad con lo acreditado en el proceso, el afectado fue víctima de maltrato físico y psicológico durante su detención, configurándose así el delito de tortura prohibido por la Constitución y los Tratados Internacionales, como ya se indicó, atentándose con ello contra la vida e integridad personal del lesionado; y aún cuando, en el caso sub examine, con la misión de trabajo del Cuerpo Técnico de Investigación -C.T.I.-, ordenada por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales Municipales, no se logró determinar qué guardias participaron en las agresiones, debe recordarse que esta Corporación en repetidas ocasiones ha indicado que la falla del servicio es anónima, es decir, que para endilgar responsabilidad del ente público, no es necesario identificar el agente que realizó la conducta antijurídica.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido:

“En la responsabilidad estatal por la falla del servicio se observan dos manifestaciones o hipótesis diferentes correspondientes al mismo fenómeno, así: a) De un lado, se observa falla del servicio anónima, en la cual se da el fenómeno perjudicial, **pero no se identifica el funcionario que con su conducta irregular comprometió la responsabilidad del ente público al cual presta su servicio.** b) Y de otro, se presenta la falta del servicio del funcionario, en la cual se identifica plenamente al sujeto responsable. **En ambos eventos, se pone de presente que el servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente**⁸⁶”.

En consecuencia, se encuentra demostrada la falla de la administración, toda vez que frente a los hechos, se advierte de inmediato que la demandada violó varias disposiciones del Código Penitenciario y Carcelario, ocasionando el latente **sufrimiento** de que ha sido víctima Jairo Aponza Carabalí. Acerca del

⁸⁵ Ver título I Y IV de la ley 65 de 1993.

“Las obligaciones que asumen las autoridades de la República frente a los retenidos son de dos clases: **1) de hacer**, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y **2) de no hacer**, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 30.340, sentencia del 28 de enero de 2009. C.P. Enrique Gil Botero.

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 10.865, sentencia del 31 de agosto de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

sufrimiento padecido, el profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Barcelona, Antonio Madrid, ha puesto de presente lo siguiente:

“La inconmensurabilidad del sufrimiento comparte escenario con otra limitación radical: la irreparabilidad del sufrimiento. Hay males que no pueden ser reparados: la persona muerta, el brazo perdido, los malos tratos sufridos, el dolor experimentado, la tortura sufrida... Aunque el derecho se propone domesticar el sufrimiento, no se ha de olvidar que mediante esta operación no se puede conseguir reparar lo irreparable. Se trata de la dimensión trágica de determinados sufrimientos: “Donde hay compensación hay justicia y no tragedia. [] La tragedia es irreparable no puede llevar a una compensación justa y material por lo padecido”⁸⁷.⁸⁸

Y, en lo relativo al resarcimiento estatal, aseveró:

“El derecho aborda el sufrimiento a través de tres operaciones fundamentales: la representación, la interpretación y la decisión. Mediante la representación se forma la idea jurídica del sufrimiento. La interpretación de normas y hechos precisa la situación a resolver y la resolución del caso. Por medio de la decisión se busca producir efectos concretos. Las operaciones poseen características teórico-prácticas y están interrelacionadas. Sin la representación jurídica del sufrimiento sería imposible crear normas que hablasen del dolor y de qué tratamiento darle. Sin interpretación el derecho no saldría de las estanterías para ser aplicado a los casos concretos. Sin la decisión, ni se establecería qué sufrimientos son relevante —no todos los sufrimientos adquieren el mismo estatus jurídico— ni se producirían efectos en la vida de las personas.

Las tres operaciones señaladas poseen una dimensión política inevitable, ya que en ellas concurren y mediante ellas se configuran elecciones acerca del modelo social y económico. Esta politicidad del derecho se da tanto en su creación como en su aplicación. En ambos momentos refleja los conflictos de intereses existentes y la pugna por conseguir que mediante el derecho se proteja preferentemente unos intereses frente a otros.

Además de estas operaciones, el derecho ha asumido otras dos operaciones asombrosas en relación con el sufrimiento: lo **mide** y lo **compensa**. Ambas operaciones poseen un contenido taumatúrgico, ya que *hacen posible* lo que de entrada parece imposible: hacer conmensurable lo inconmensurable y

⁸⁷ Nota del original: G. Steiner, *La muerte de la tragedia*, Monte Ávila, Caracas, 1991, pp. 10 y 13.

⁸⁸ MADRID, Antonio. *La política y la justicia del sufrimiento*. Ed. Minima Trota, Madrid. 2010, Pág. 45.

compensar lo que no es compensable. Estas funciones reflejan el carácter *mágico* del derecho⁸⁹, algo difícil de explicar desde una perspectiva racionalista que se desentienda de la configuración y los efectos sociales del derecho.

La inconmensurabilidad del dolor constituye una realidad insalvable, ¿Cómo medir el sufrimiento del torturado, de la persona que se halla en situación de desamparo, de quienes padecen violencia...? La respuesta es que pese a que ningún sistema de medición resulta idóneo, el sufrimiento queda sometido a medida. El desagravio y la reparación del daño exigen que el mal causado sea medido, de otra forma no hay devolución posible, no hay compensación posible, si no, ¿cómo saber lo que se ha de pagar?

(...)

En la medida en que el Estado ha ampliado históricamente sus funciones y su poder, ha incrementado su capacidad para ser fuente de padecimientos, **pero también ha pasado a ser el destino de peticiones de protección y de respuesta frente a situaciones de sufrimiento, especialmente en el modelo de Estado social**⁹⁰ (Subrayas y negrillas de la Sala) (cursivas del original).

5. Así, demostrada como está la responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Sala procederá a realizar la **liquidación de perjuicios**.

5.1. A fin de establecer los vínculos de parentesco, se enlistarán los siguientes elementos de prueba:

5.1.1. Copia autenticada del registro civil de nacimiento de Jairo Aponza Carabalí, en el que se constata es hijo de Jairo Aponza y Elida Carabalí y que nació el 4 de diciembre de 1973 (fl. 22).

5.1.2. Copia autenticada de los registros civiles de nacimiento de María Eva, Cenide, Miller Eduardo, e Ingrit Tatiana Aponza Carabalí, que dan cuenta son hermanos de Jairo Aponza Carabalí (fl. 20, 21, 23 y 24).

⁸⁹ P. Bourdieu objeta a autores como Max Weber que no se ha de olvidar que el derecho más rigurosamente racionalizado es sólo un acto conseguido de magia social (*¿Qué significa hablar? Economía de los intercambios lingüísticos*, Akal, Los Berrocales del Jarama, 1985, p. 16).

⁹⁰ MADRID, Antonio. *Ob. Cit.* Pág. 124,127.

5.1.3. Copia autenticada del registro civil de nacimiento de Amparo Carabalí, en el que se observa, es hermana por parte de madre, de Jairo Aponza Carabalí (fl.19).

5.1.4. Copia autenticada de los registros civiles de nacimiento de Javier Fernando, Tammi Alejandra, y de Jhon Steven Aponza Aponza, con los que se demuestra, son hijos de Jairo Aponza Carabalí y Josefina Aponza Ararat (fl. 25 a 27).

5.1.5. En atención a la prueba testimonial relacionada en los acápites 2.16 a 2.19 de este proveído, y a la prueba que antecede (5.1.4), encuentra la sala suficientemente demostrada la condición de compañera permanente de Josefina Aponza Ararat.

5.2. *Perjuicios morales*

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada⁹¹ ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes que acreditaron el parentesco o un vínculo afectivo con Jairo Aponza Carabalí.

Así las cosas, se reconocerán este tipo de perjuicios para todos los demandantes, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁹².

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C⁹³– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona⁹⁴.

Comoquiera que en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la prueba de la relación de consanguinidad, entre la víctima, sus padres, sus hijos y sus hermanos; así como también la relación con su compañera sentimental.

5.2.1. Aunado a lo anterior, resulta lógico señalar que aunque Jairo Aponza Carabalí no sea consciente del perjuicio a él causado por la entidad pública demandada, dada su condición de esquizofrénico, es incuestionable que padeció un perjuicio inmaterial, que pertenece al ámbito interno, por cuanto toda persona por el hecho de serlo, es un ser en sí mismo, y en esa perspectiva, como sujeto, sin importar que exista una condición cerebral específica, nunca pierde su condición de persona, en consecuencia, padece perjuicios que representan una aflicción verificada en la limitación en que se halle.

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 1º de febrero de 2012, exp. 20106 y del 14 de marzo de 2012, exp. 21859, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹⁴ Sobre la improcedencia de la aplicación del *test de proporcionalidad* en la tasación de los perjuicios morales, véase: Sentencia del 5 de julio de 2012, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21.928; Sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 24.260; Sentencia del 24 de abril de 2013, exp. 26.195; Sentencia del 8 de mayo de 2013, exp. 26.754, entre otras.

En otros términos, resulta perfectamente posible que una persona, por más limitación física o cerebral que padezca, llegue a sufrir un claro perjuicio en el ámbito moral ya que nunca perderá por completo los parámetros de vida y aun así sean mínimos o tenues, son aquellos que nos permiten la comprensión de la existencia y de la relación que se tiene con el mundo. Y si en el campo de la ciencia, ello no fuere así –verificable–, en el mundo de la existencia⁹⁵ y de los valores, la persona en cuanto exhale un hálito de vida, es un ser espiritual, que es digna por el solo hecho de serlo; sostener que aquella no sufre perjuicio moral porque no siente, es aniquilar o desconocer su esencia misma y su dignidad (art. 1º C.P.), y reducir el ser humano a la mera sensibilidad o cruda materialidad, dejando de lado su naturaleza axiológica.

Sobre el particular, la doctrina, con excelente sindéresis ha puntualizado:

“Insistimos en que es erróneo asimilar daño moral con alguna de sus manifestaciones más frecuentes (dolor, pena, angustia), que son –como hemos dicho en otra parte– posibles formas de exteriorización, meramente contingentes. El daño moral no es el dolor, la pena, la angustia sino la minoración espiritual derivada de la lesión a un interés no patrimonial. **Dicho detrimento existe aunque falte comprensión por parte del damnificado del perjuicio sufrido; en ausencia de lágrimas; inclusive cuando la víctima no se encuentra en condiciones físicas o síquicas para “sentir” pena, dolor o angustia (v.gr. una persona descerebrada).**”⁹⁶

Esta situación, en que se pone a un ser humano, en un plano diferente a la mera razón⁹⁷, debe ser indemnizada a través del reconocimiento del perjuicio moral, en tanto la víctima lo sufre de manera directa, día a día, mientras discurra su existencia.

5.2.2. En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la naturaleza y la gravedad de la lesión, se asignarán los porcentajes, para cada uno de los demandantes, en los valores que se indican a continuación:

⁹⁵ “Por el contrario, todos los hombres en cuanto portadores de una dignidad inherente, poseen indistintamente un derecho básico a la existencia.” PAPACCHINI, Angelo “Derecho a la Vida”, Ed. Universidad del Valle, 2001, Pág.40

⁹⁶ PIZARRO, Ramón Daniel “Daño Moral – Prevención, Reparación, Punición”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, Pág. 128.

⁹⁷ “**Para Tolstoi, como para Wittgenstein, lo ético no se fundamenta en, ni se deriva de la razón (sino en la vida misma)**” (Crítica del lenguaje y ética en el tractus lógico – philosophicus) MELÉNDEZ, Raúl “El pensamiento de L. Wittgenstein”, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Filosofía, 2001, Pág. 88.

Jairo Aponza Carabalí (Víctima directa): 100 SMMLV
Javier Fernando Aponza Aponza (Hijo): 100 SMMLV
Jhon Steven Aponza Aponza (Hijo): 100 SMMLV
Tammi Alejandra Aponza Aponza (Hija): 100 SMMLV
Jairo Aponza (Padre): 80 SMMLV
Elida Carabalí (Madre): 80 SMMLV
Josefina Aponza Ararat (compañera permanente): 100 SMMLV
María Eva Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
Cenide Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
Miller Eduardo Aponza Carabalí (Hermano): 40 SMMLV
Ingrit Tatiana Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
Amparo Carabalí (Hermana): 40 SMMLV

5.3. *Perjuicios materiales*

5.3.1. En cuanto a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, se tiene:

El salario base de liquidación será el salario mínimo legal vigente, comoquiera que, de acuerdo con la prueba testimonial, Jairo Aponza Carabalí, se dedicaba a la minería, esto es, era un individuo laboralmente activo, y la jurisprudencia ha entendido que una persona en estas condiciones, no puede devengar menos de un salario mínimo, motivo por el que se tendrá en cuenta para la liquidación el salario actual, que corresponde a \$589.500; adicionalmente, este valor será incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales, para una base de liquidación de \$736.875

Se encuentra demostrado que el señor Jairo Aponza Carabalí sufrió una pérdida de capacidad laboral del 64.85%, según el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, sin embargo, en atención a lo consagrado en el artículo 38 de la ley 100 de 1993, para efectos de su liquidación se tomará el 100%, de la suma equivalente a \$736.875,00 ya señalados, esto es, su totalidad, habida cuenta que de acuerdo con la norma en cita y conforme ya se ha establecido jurisprudencialmente para efectos liquidatorios, se considera inválida la persona que hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

- Lucro cesante consolidado

Comprende el período transcurrido desde la fecha de los hechos, 18 de abril de 1997⁹⁸, hasta la fecha de esta sentencia, para un total de 194 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

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

$$S = \$736.875,00 \frac{(1+0.004867)^{194} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 236'924.890,85$$

- Lucro cesante futuro

Comprende el período transcurrido desde el día siguiente de esta sentencia, hasta el máximo de vida probable de Jairo Aponza Carabalí. De conformidad con las tablas de supervivencia⁹⁹ se estimó la vida probable del lesionado en 52,97 años, para un total de 635,64 meses, teniendo en cuenta que tenía 23 años de edad cuando ocurrió el suceso, según el registro civil que informa de su nacimiento el 4 de diciembre de 1973. A los 635,64 meses deberá restársele 194 meses, los cuales ya fueron indemnizados, para un total de 441,64 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene:

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

$$S = \$736.875,00 \frac{(1+0.004867)^{441,64} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{441,64}}$$

⁹⁸ Fecha que se tiene como dato cierto a partir de la cual, Jairo Aponza Carabalí, evidenció signos del síndrome esquizofreniforme.

⁹⁹ Resolución No. 0497 de 20 de mayo de 1997 expedida por la Superintendencia Bancaria.

S = \$ 133'664.598,59

Sumados los valores de la indemnización debida y futura se obtiene un valor total de **\$ 370'589.489,44**

5.3.2. En lo que respecta a los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, solicitó el apoderado de los demandantes la suma de \$30.000.000,00 de pesos en atención a los gastos hospitalarios, cirugías, drogas, radiografías, y demás expensas en que se había incurrido, con ocasión de la lesión sufrida por Jairo Aponza Carabalí, sin embargo, tal pretensión no tiene vocación de prosperidad habida cuenta de que no existe prueba alguna que acredite tales erogaciones. No debe olvidarse que de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., en virtud del principio de la carga de la prueba¹⁰⁰, incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas cuya consecuencias jurídica persiguen, so pena de que por ausencia de prueba se deba fallar de fondo en contra de quien por su inactividad probatoria, en esa desventaja se colocó.

5.4. *Daño a la salud*

En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, en las que se señaló:

“De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de

¹⁰⁰ “affirmanti incumbit probatio” -a quien afirma, incumbe la prueba-.

reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

“Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, comoquiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad¹⁰¹.

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

“Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico - legal, mientras que el

¹⁰¹ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...¹⁰² (Se destaca).

“En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico – relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)¹⁰³, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)¹⁰⁴.

“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

“Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la

¹⁰² VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

¹⁰³ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reidual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

¹⁰⁴ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial¹⁰⁵. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

“En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica¹⁰⁶. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

“De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: **i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.**

¹⁰⁵ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

¹⁰⁶ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”¹⁰⁷.

“En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –comoquiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal¹⁰⁸.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o

¹⁰⁷ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia psicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

¹⁰⁸ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

“Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, comoquiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearán las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

“En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación – siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

“No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el

abánico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

“Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

“Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.” (Negrillas y subrayas de la sala)

Así mismo, la Sala en sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente: 22.163, determinó, de acuerdo con el principio del *arbitrio iuris*, los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud, en cuanto a su contenidos objetivo (estático) y subjetivo (dinámico); en la providencia se señaló:

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

De allí que sí existen criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma:

1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del *arbitrio iuris*, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás

2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar

cuadros). En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el *arbitrio iuris*, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se reitera, en principio no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.

Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave”.

Conforme a lo anterior, debe indicarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de Jairo Aponza Carabalí es del 64.85%, se le reconocerá por este concepto el valor de 259,4 salarios de la misma índole, respectivamente, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del directamente afectado.

6. Como corolario de lo anterior, se impone la revocatoria de la sentencia apelada.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 12 de agosto de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en su lugar se decide:

PRIMERO: Declárase patrimonialmente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, de los perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión de la lesión padecida por Jairo Aponza Carabalí.

SEGUNDO: Condénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, a pagar, por perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

Jairo Aponza Carabalí (Víctima directa): 100 SMMLV
Javier Fernando Aponza Aponza (Hijo): 100 SMMLV
Jhon Steven Aponza Aponza (Hijo): 100 SMMLV
Tammi Alejandra Aponza Aponza (Hija): 100 SMMLV
Jairo Aponza (Padre): 80 SMMLV
Elida Carabalí (Madre): 80 SMMLV
Josefina Aponza Ararat (compañera permanente): 100 SMMLV
María Eva Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
Cenide Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
Miller Eduardo Aponza Carabalí (Hermano): 40 SMMLV
Ingrit Tatiana Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
Amparo Carabalí (Hermana): 40 SMMLV

TERCERO: Condénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, a pagar por concepto de lucro cesante, tanto vencido como futuro, a Jairo Aponza Carabalí, la suma de trescientos setenta millones quinientos ochenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos (\$ 370'589.489).

CUARTO: Condénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, a pagar por concepto de daño a la salud, a Jairo Aponza Carabalí, el equivalente en pesos a doscientos cincuenta y nueve coma cuatro (259,4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin costas.

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

OCTAVO: En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Obligación de analizar el contenido objetivo-estático y subjetivo - dinámico. Reiteración jurisprudencial

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 28 de marzo de 2012, exp. 22163 y de 11 de julio de 2013, exp. 36295

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

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

Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00242-01(26250)

Actor: JAIRO APONZA GUAZA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto en relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto si bien se comparte la parte resolutive de la misma, me aparto de un aspecto fundamental, así:

1.Componentes del daño a la salud

En el fallo objeto de esta aclaración, al momento de tasarse el perjuicio a la salud, se indicó:

“Conforme a lo anterior, debe indicarse que en los casos en que las lesiones revisten de mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido el porcentaje de incapacidad de Jairo Aponza Carabalí es del 64,85%, se le reconocerá por este concepto el valor de 259,4 salarios de la misma índole, respectivamente, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del directamente afectado”.

Al respecto, considero que conforme a los precedentes de la Sala, en especial la sentencia de 28 de marzo de 2012, expediente 22.163 y el reciente fallo de 11 de julio de 2013, expediente 36.295, la providencia debió analizar no solo el contenido objetivo (estático) del daño a la salud sino el subjetivo (dinámico).

Así lo indicó la Sala con claridad:

“Bajo este propósito, la Sala determinará el contenido del elemento objetivo con base en la calificación integral de la invalidez, que debe constar en el dictamen emitido por la Junta de Calificación, que a su vez tiene en cuenta componentes funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos por el Decreto 917 de 1999, esto es, bajo los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía :

“a) DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.

b) DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.

c) MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno”.

Definidos los criterios para calificar la invalidez, el dictamen debe otorgar unos porcentajes a cada uno de los componentes antes mencionados, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, porcentaje al que necesariamente debe responder la indemnización que dentro del componente objetivo del daño a la salud se reconozca, para cuyo efecto se considera que en los casos en que la disminución de la capacidad laboral alcance el 100%, su valor indemnizatorio puede fijarse en la suma equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales.

Ahora bien, considerando que el referente normativo adoptado, es decir, el Decreto 917 de 1999 distribuye el porcentaje de incapacidad en los diferentes criterios de calificación de la invalidez, igualmente se propone distribuir la correspondiente indemnización en la siguiente proporción:

| CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ | PORCENTAJE MAXIMO DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL | MONTO MAXIMO DE SALARIOS MINIMOS LEGALES ASIGNADO POR LA CORPORACION |
|--|--|---|
| Deficiencia | 50% | 150 SMLMV |
| Discapacidad | 20% | 60 SMLMV |
| Minusvalía | 30% | 90 SMLMV |
| Total pérdida de la capacidad laboral | 100% | 300 SMLMV |

Es pertinente precisar, que en los eventos que no repose en el material probatorio el dictamen emanado por la Junta de Calificación, en el que se especifique los tres criterios de clasificación de invalidez, el porcentaje que tal dictamen determine se imputará al rubro de Deficiencia, es decir, 150 SMLMV, en forma proporcional.

Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar, con fundamento en el material probatorio, la sana crítica y las reglas de la experiencia, el quantum determinado en el aspecto objetivo, de manera que se atiendan las consecuencias particulares y específicas de cada

persona lesionada¹⁰⁹, en cuyo efecto se sugiere como límite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV.

En conclusión, se estima oportuno destacar que el daño a la salud, está compuesto de dos elementos, el primero de ellos (objetivo) con una valoración de 75% como máximo reconocible, esto es, hasta 300 salarios mínimos legales, de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes y el segundo (subjetivo o dinámico), correspondiente hasta el 25%, el cual se reconocerá cuando las pruebas den lugar a ello, ascendiendo al monto de 100 salarios mínimos¹¹⁰.

Aunque, si bien considero que en el sub judice no logró acreditarse el componente subjetivo del perjuicio fisiológico, y por tanto, no había lugar a reconocer un monto por el mismo, sí debió analizarse su procedencia o improcedencia conforme al material probatorio existente en el proceso.

En estos términos dejo presentada mi aclaración de voto al fallo proferido por la Sala.

Con toda consideración y respeto,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

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

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente: 19031.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 11 de julio de 2013, Rad. 36.295, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00242-01(26250)

Demandante: JAIRO APONZA GUAZA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-

Referencia: ACLARACION DE VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque compartí la decisión adoptada por Sub-sección C de la Sección Tercera en la sentencia de 24 de julio de 2013, me permito aclarar el voto en cuanto a los siguientes aspectos: 1) la insuficiente y confusa argumentación empleada para determinar la ocurrencia del daño antijurídico y para la imputación de la responsabilidad por el mismo; 2) el incumplimiento del deber de motivación de la sentencia respecto a la tasación y liquidación de los perjuicios morales; y, 3) a la delimitación del daño a la salud.

1. La insuficiente y confusa argumentación empleada para determinar la ocurrencia del daño antijurídico y de la imputación de la responsabilidad por el mismo a la entidad demandada.

1.1. Insuficiente motivación para la determinación del daño antijurídico en el caso en concreto.

1 La Sala en la sentencia de 24 de julio de 2013 señala que de “acuerdo con el acervo probatorio que obra en el proceso se tiene que Jairo Aponza Carabalí se le diagnosticó síndrome Esquizofreniforme (sic) y posteriormente esquizofrenia catatónica, con lo que se logra acreditar el daño como primer elemento estructural de la responsabilidad” (fl.258 cp).

2 De lo anterior surge dos interrogantes: ¿en qué consiste el daño antijurídico para el caso en concreto?; ¿por qué el síndrome esquizofreniforme constituyó una carga no soportable para la víctima y sus familiares? La respuesta a ellos no se encuentra en la sentencia de la Sala, con lo que se carece de la motivación

suficiente y completa que se demanda al momento de establecer la demostración del primer elemento de la responsabilidad extracontractual, como es que el daño sea antijurídico. Debía motivarse con qué medios probatorios se demostró el daño, en qué consistía el mismo, y en qué radicaba su antijuridicidad. De ahí que deba reiterar mi postura acerca del alcance, contenido y elementos argumentativos para definir el daño antijurídico.

3 El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹¹¹ y del Estado impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹¹²; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹¹³; y, b) aquello que derivado de la

¹¹¹ “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

¹¹² LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹¹³ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable"¹¹⁴, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹¹⁵.

4 En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"¹¹⁶. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios

¹¹⁴ "(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)"., ob., cit., p.186.

¹¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción", próximo a publicación.

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal - bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales "debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

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”¹¹⁷.

5 De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹¹⁸.

6 Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el

¹¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

¹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹¹⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹²⁰, anormal¹²¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹²².

7 Expuesto lo anterior, planteo ahora los elementos a cuestionar frente a la motivación y coherencia en la imputación del daño antijurídico demostrado para la Sala.

1.2. La confusa argumentación empleada para determinar la imputación de la responsabilidad por el mismo a la entidad demandada

8 Son varias las cuestiones en la que considero necesario aclarar. En la valoración probatoria para la determinación de la imputación del daño antijurídico la Sala tuvo en cuenta prueba testimonial trasladada respecto de la cual no se produjo su ratificación en los términos del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, y en la constante, armónica y uniforme jurisprudencia tanto de la Sección, como de la Sub-sección C. Me refiero a la valoración de la declaración de la Directora de la Cárcel de Santander de Quilichao¹²³, la cual no se surtió dentro del trámite del proceso contencioso administrativo, fue trasladada de la investigación preliminar adelantada por la Fiscalía. Debe recordarse en este punto las exigencias para la valoración de las declaraciones rendidas en otros procesos (como el penal en este caso) y son trasladadas al

¹¹⁹ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigírsele al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

¹²⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹²¹ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹²² Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

¹²³ A folio 260 del cuaderno principal se puede leer: “Ahora, de conformidad con lo señalado en la minuta de guardia, en la hoja biográfica, en el informe del funcionario del CTI., y lo manifestado por la Directora de la Cárcel de Santander de Quilichao”.

contencioso administrativo: “b) la prueba testimonial rendida ante la jurisdicción ordinaria y trasladada no puede valorarse ya que no fue ratificada y no fue peticionada de común acuerdo¹²⁴; vii) “la Sala, en aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquél, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (art. 185 C.P.C)”¹²⁵¹²⁶. Como lo anterior no fue dilucidado por la Sala, no existe motivación suficiente en la que se apoye la decisión de valorar la prueba testimonial mencionada, lo que constituye un cambio en la jurisprudencia

¹²⁴ Sección Tercera, sentencias de 14 de abril de 2004. Exp.15630; de 22 de abril de 2004. Exp.14877; de 5 de diciembre de 2005. Exp.15914. “... El artículo 229 del mismo código dispone: “Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

“Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

“Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

“Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

“Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”.

“Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados, en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente (se subraya).

“En relación con la indagatoria de un agente estatal, practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio” (subrayado fuera de texto). Sección Tercera, Sentencia de 13 de abril de 2000. Exp.11898.

¹²⁵ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004.

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

¹²⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencias de 9 de mayo de 2012, expediente 20334; de 22 de octubre de 2012, expediente 24070; de 9 de junio de 2013, expediente 23603.

y en la indebida consideración de las exigencias legales, pudiendo quebrantarse el debido proceso.

9 Por otra parte, la Sala persiste en reconocer verdades absolutas a supuestos de hecho que no tiene plenamente contrastados, como cuando afirma: “Analizados los medios probatorios allegados al expediente, concretamente lo señalado en la historia clínica y el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, se concluye como verdad apodíctica que el síndrome orgánico o TEC padecido por Jairo Aponza Carabalí se derivó inexorablemente de un golpe en la cabeza” (fl.260 cp). Tal como se plantea la premisa, cabe interrogar: ¿es una verdad apodíctica porque es incondicionalmente cierto?, o ¿por qué es necesariamente válida?

10 Debo apartarme respetuosamente, también, del alcance que le pretende dar la Sala al concepto de “probabilidad determinante”, que aplicada al caso representa que “existen suficientes elementos suavorios que permiten concluir que, en el caso concreto, no hay forma de escindir la actuación de la administración con la ocurrencia del daño antijurídico sufrido directamente por uno de los demandantes, máxime si en términos de *probabilidad determinante*, según lo especificado por el médico de la Junta de Calificación, la afectación mental pudo derivarse, además de un golpe, por un estrés agudo, o una personalidad premórbida, pero aún, en cualquiera de los eventos, no cabe duda de que el trauma ocasionado en la humanidad de Jairo Aponza Carabalí, constituyó un elemento de naturaleza suficiente que desencadenó el síndrome sufrido por éste, con mayor razón si se sabe que, con anterioridad a su reclusión, no padecía del mismo” (fl.262 cp).

10.1 Se trata de un concepto, el de probabilidad preponderante, que no es nuevo en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sino que ya ha sido abordado (siguiendo al mismo autor Ricardo de Ángel Yagüez), por ejemplo, en las sentencias de 3 de mayo de 1999 y de 1 de julio de 2004, apoyándose en la doctrina según la cual: “En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su

decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una 'probabilidad' determinante¹²⁷ (subrayado fuera de texto).

10.2 Sin embargo, la Sección Tercera en la sentencia de 22 de marzo de 2001 argumentó que “la causalidad debe ser siempre probada por parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia”¹²⁸ (subrayado fuera de texto).

10.3 Lo anterior, en mi criterio, exigía de la Sala determinar si pese a contar con los conocimientos científicos y médicos revelados por la historia clínica y por el informe de la Junta de Calificación no era posible obtener la prueba que demostrara la certeza de la existencia de la relación entre el daño y los hechos acaecidos, y no simplemente reducir su examen a una simple enunciación de la “probabilidad preponderante” como hipótesis probatoria, sino que estaba en su deber de motivar cómo, indiciariamente, se demostró que el daño antijurídico ocasionado a Aponza Carabalí tuvo como origen un golpe (o golpes) padecidos por éste en la cabeza, examinado dichos medios probatorios científicos de manera contrastada y en comunidad de la prueba con los testimonios en los que se indica de la existencia de una actuación violenta contra la humanidad de la víctima. Al no haber realizado esto, la Sala se limitó a afirmar por descarte la

¹²⁷ Contenido doctrinal tomado de: Sección Tercera, sentencias de 3 de mayo de 1999, expediente 11169, Pon. Ricardo Hoyos Duque; de 1 de julio de 2004, expediente 14696, Pon. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹²⁸ Sección Tercera, sentencia de 22 de marzo de 2001, expediente 13284.

existencia del nexo, ya que no tenía la prueba para determinar que la situación mental derivaba de un estrés agudo, o de una personalidad premórbida, lo que no se compadece con la corrección, seriedad y valoración integral de la prueba y de sus herramientas, de las que no puede servirse el juez contencioso administrativo para meros ejercicios superficiales, con el agravante de crear reglas que incidan en el juzgamiento futuro de casos similares.

11 Después de analizado lo anterior, debe recordar la Sala que no puede persistir en el debate jurídico según el cual debe encuadrarse la responsabilidad patrimonial del Estado, desde su elemento de atribución jurídica, en alguno de los títulos de imputación, ya que ni el artículo 90 de la Carta Política, ni la jurisprudencia de la Sección Tercera más reciente (sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392) permiten desprender dicho argumento, sino por el contrario su superación, y, por el contrario, la consideración de todos y cada uno de los criterios de motivación de la imputación o atribución jurídica de la responsabilidad, sin exclusión, determinando la procedencia de alguno de ellos con base en los hechos demostrados dentro de cada caso en concreto, incluso de aquellos como los referidos a la muerte de conscripto puedan tener una modulación a partir de criterios de motivación objetivos.

12 En mi criterio, son más las debilidades argumentativas que presenta la Sala que la claridad y consistencia al momento de dilucidar tanto la prueba del daño antijurídico, como la de la imputación del mismo a la entidad demandada. Después del anterior examen, respetuoso pero crítico, presento mi posición respecto al incumplimiento de la Sala del deber de motivación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales para el caso en concreto.

2. Incumplimiento del deber de motivación de la sentencia respecto a la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

2.1. Motivación para la tasación de los perjuicios morales.

13 Encuentro que la Sala incumple con el deber convencional, constitucional y legal de motivar suficientemente la sentencia al tasar los perjuicios morales para el caso concreto, ya que se limita a afirmar: "Comoquiera (sic) que en el *sub iudice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habría que decretar

el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la prueba de la relación de consanguinidad, entre la víctima, sus padres y sus hermanos; así como también la relación con su compañera sentimental” (fl.298 cp; subrayado fuera de texto).

14 La motivación de las decisiones judiciales, en especial de aquello atinente a la tasación y liquidación de los perjuicios morales, no es una posición que sea contraria, o que represente un capricho de quien se aparta de la sentencia de la Sala, sino que es una obligación convencional, constitucional y legal. Convencional, porque como lo sostiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” (caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 107).

15 De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el “deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia¹²⁹, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática (...) El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias¹³⁰. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido

¹²⁹ Así lo ha establecido la Corte Europea en el Caso Suominen: “[l]a Corte reitera entonces que, de acuerdo con su jurisprudencia constante y en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia, las sentencias de las cortes y los tribunales deben exponer de manera adecuada las razones en las que se basan” (traducción de esta Corte). *Cfr. Suominen v. Finland*, no. 37801/97, § 34, 1 July 2003.

¹³⁰ *Cfr. Caso Yatama*, *supra* nota 63, párrs. 152 y 153, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, *supra* nota 83, párr. 107. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. *Cfr. Hadjianstassiou v. Greece*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 252, p. 8, § 23.

oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores¹³¹. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso” (caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008).

16 Así mismo, es una obligación constitucional que se desprende de lo consagrado por los artículos 29, 93, 94, 214 y 228 de la Carta Política, y que exige al juez contencioso administrativo acompañar el ejercicio de su arbitrio judicial a una exigencia de motivación suficiente y razonada.

17 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹³², 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).

17.1 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

¹³¹ *Cfr. Suominen v. Finland, supra* nota 84. Por su parte el Comité de Derechos Humanos consideró que cuando un tribunal de apelación se abstuvo de fundamentar por escrito la sentencia, ello reducía las posibilidades de éxito del acusado si solicitaba autorización para apelar ante un tribunal superior impidiéndole así hacer uso de un remedio adicional. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Hamilton v. Jamaica, Communication No. 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, 23 de marzo de 1994.

¹³² Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

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

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

19 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 Hiestrosa a la sentencia del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1982: “Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de

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

20 De los anteriores argumentos no cabe la menor duda que la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 ha venido siendo deformada, de tal manera que en la actualidad sólo interesa citar aquellos apartes en los que el sustento del arbitrium iudicis (arbitrium iudicis) 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.

21 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; nexos afectivos importantes; 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.

22 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).

23 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.

24 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”.

24.1 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 jurisprudencia¹³³. 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).

24.2 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

¹³³ 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).

perjuicios morales del Consejo de Estado, para que haya lugar a la reparación (i) basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. En segundo lugar se indica que (ii) corresponde al juez 'tasar discrecionalmente' la cuantía de su reparación"¹³⁴; b) a su vez, dicha jurisprudencia "da tres elementos de juicio para poder esclarecer qué implica el término "discrecionalmente" a saber: (1) la manera como el criterio fue aplicado al caso concreto; (2) los criterios que añade el Consejo de Estado y, finalmente (3) la cita al pie de página que fundamenta la posición de la sentencia"¹³⁵; 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

¹³⁴ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

¹³⁵ "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.

(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 mismos¹³⁶; 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 1995¹³⁷; 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 contratiempo¹³⁸. En tal

¹³⁶ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

¹³⁷ “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.

¹³⁸ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)]. Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización,

medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales¹³⁹. 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 considerados¹⁴⁰; f)

es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon."

¹³⁹ 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."

¹⁴⁰ 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

“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 iguales¹⁴¹. Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de

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.”

¹⁴¹ 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

2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias”.

25 Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la Sala no puede llamarse a lecturas parciales, acomodadas y dirigidas a justificar forzosamente el arbitrio iudicium (*arbitrium iudicis*), sino a ejercer con plena objetividad la labor de análisis que demanda el respeto por las garantías constitucionales que merecen respeto según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En ese sentido, considero después de un estudio y análisis objetivo e imparcial de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de septiembre de 2009 (expediente 20001-3103-005-2005-00406-01, caso de muerte por electrocución), que en sede de la jurisdicción civil ordinaria, la tasación y liquidación de los perjuicios morales atiende a los siguientes criterios: a) la “cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmensurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retrotraible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*” (subrayado fuera de texto); b) de acuerdo con la dilatada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de 10 de marzo de 1994; de 5 de mayo de 1999 –expediente 4978-; de 25 de noviembre de 1999 –expediente 3382-; de 13 de diciembre de 2002 –expediente 7692-; y, de 15 de octubre de 2004 –expediente 6199-), “es dable establecer su quantum a través del llamado *arbitrium iudicis*”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad

instrumento para quien administra Justicia, además de brindar seguridad a los asociados sobre las pautas que regirán la resolución de sus conflictos”.

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

convierten en “tabla de punto” o, en criterio objetivo encubierto; f) “se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite “valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos” (subrayado fuera de texto); y, finalmente, g) “en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador” (subrayado fuera de texto).

26 En tanto que estudiada objetiva e imparcialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considero relevante destacar los siguientes criterios para la tasación y liquidación de los perjuicios morales: a) “a Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad¹⁴², humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad¹⁴³, inseguridad, frustración, e impotencia¹⁴⁴”¹⁴⁵; 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”¹⁴⁶; c) en el caso

¹⁴² 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 impactó que causó en la familia la desaparición de la víctima.

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ 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].

¹⁴⁶ “(...) 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

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”¹⁴⁷; finalmente, en los casos Velásquez Rodríguez contra Honduras, y Aleboetoe contra Suriname, la Corte se apoyó en pruebas psicológicas para poder liquidar el perjuicio moral.

Para el caso específico la motivación de la decisión judicial por medio de la que se ordena reconocer, tasar los perjuicios morales puede encontrar sustento en la teoría de la argumentación jurídica entre cuyos postulados se encuentra:

“(...) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos”¹⁴⁸.

2. Estos argumentos han de tener tres propiedades que podemos denominar formales: no deben contener inferencias erróneas, no deben ser incompletos, en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explicitadas, y han de ser pertinentes, es decir, tienen que versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar”¹⁴⁹.

en esa época”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Mack Chang contra Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005.

¹⁴⁸ “(...) 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.

¹⁴⁹ “Las teorías de la argumentación jurídica acostumbran a diferenciar la justificación externa y la justificación interna de las decisiones. La justificación externa se refiere a la razonabilidad o aceptabilidad de las premisas, a las razones que amparan la elección de las premisas de las

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 derecho¹⁵⁰.

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.

¹⁵⁰ 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

La satisfacción de esas exigencias es condición de que la decisión judicial merezca el calificativo de racional conforme a los parámetros mínimos de la teoría de la argumentación. Con ello se comprueba que la racionalidad argumentativa de una sentencia no depende del contenido del fallo, sino de la adecuada justificación de sus premisas¹⁵¹ (subrayado fuera de texto).

27 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 Derecho¹⁵², y ofrece la acción a través del proceso, del processus iudicii, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al

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.

¹⁵¹ “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.

¹⁵² “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”.

proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al guidizio>¹⁵³, 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”¹⁵⁴

28 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”¹⁵⁵.

29 La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado “a su propio derecho” no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda¹⁵⁶.

30 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

¹⁵³ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en RDPProc., 1949, pp.165 y ss.

¹⁵⁴ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

¹⁵⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.139.

¹⁵⁶ PÉREZ ROYO; Javier. Curso de derecho constitucional. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

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”¹⁵⁷. 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”¹⁵⁸.

31 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.

32 En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo porque la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que

¹⁵⁷ ASIS ROIG, Rafael de. El juez y la motivación en el Derecho. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

¹⁵⁸ “Estamos, en este último caso, ante un concepto jurídicamente indeterminado, que no responde a ningún apriorismo y su formulación exige analizar cada caso en concreto”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.164.

los 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 inferior¹⁵⁹ (subrayado fuera de texto).

33 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 providencia¹⁶⁰ (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.

34 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”¹⁶¹, lo que implica que el “principio de completitud

¹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

¹⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

¹⁶¹ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile.

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*¹⁶². 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*¹⁶³.

35 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.

36 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.

37 Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala:

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

Padova, 1975, pp.450 ss.

¹⁶² FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del proceso>, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p.433.

¹⁶³ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.169.

distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”¹⁶⁴.

38 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 uniformes¹⁶⁵, 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

¹⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente 1995-10351.

¹⁶⁵ “¿Es posible, o mejor dicho, tiene sentido definir o analizar lo que llamamos <sentimientos> en toda su generalidad? Al fin y al cabo, nunca nos encontramos ante el <sentimiento> ni en nuestra existencia cotidiana ni en las actividades y objetivaciones que se elevan por encima de la vida diaria. Nos vemos confrontados a una diversidad de sentimientos cuyas funciones concretas no parecen tener nada en común. El sentimiento de ser descubierto, de gozar del sol, de hambre, de desprecio por algo o alguien, todos esos sentimientos juegan en mi vida papeles tan distintos que hacen por lo menos dudoso el que tenga derecho metodológicamente a empezar mi análisis antropológico partiendo del <sentimiento general>”. HELLER, Ágnes. Teoría de los sentimientos. 1ª reimp. México, Coyoacán, 2004, p.15.

expresión de la debida continuidad de las sentencias de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 y de 23 de agosto de 2012.

2.2. Liquidación de los perjuicios morales empleando el test de proporcionalidad como expresión del arbitrio judicial.

39 La más reciente sentencia de la Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 23492), no limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en ejercicio de su “arbitrium iudicis” determinara el “quantum” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del “test de proporcionalidad”, ya que, se reitera la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena, se “ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”¹⁶⁶ (negrita y subrayado fuera de texto).

40 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.

41 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

¹⁶⁶ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

en tabla de punto al ser aplicable sólo al caso en concreto) la metodología del test de proporcionalidad¹⁶⁷, 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 proporcionalidad¹⁶⁸, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se

¹⁶⁷ "(...) a pesar de que el principio de proporcionalidad no esté tipificado en ninguna disposición positiva del Derecho administrativo francés, y de que tampoco suele ser mencionado *ex profeso* en los fundamentos jurídicos de las sentencias, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo aplica de manera implícita con bastante frecuencia (Sobre la aplicación implícita del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo francés, X. Philippe aclara que <el juez francés -administrativo u ordinario- ha preferido siempre esquivar el término (proporcionalidad) y aplicar su contenido o su esencia, recurriendo a nociones cercanas, paráfrasis o sinónimos>. No obstante, este mismo autor sostiene que a partir de la última década del siglo XX se ha comenzado a vislumbrar un cambio de tendencia, por efecto de la influencia sobre los jueces franceses de las decisiones de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, en las cuales se hace una alusión explícita y directa al principio de proporcionalidad. Vid. ÍD., <El principio de proporcionalidad en el derecho público francés>). Para tal efecto, el principio de proporcionalidad se integra al control que se surte mediante las técnicas de desvío de poder, calificación jurídica de los hechos, error manifiesto, necesidad del acto y balance entre los costos y los beneficios de las actuaciones del Estado. En el Derecho administrativo italiano, en cambio, este principio ha comenzado a aplicarse por parte de los tribunales como criterio autónomo. No obstante, en ocasiones continúa siendo considerado como un componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, que se utilizan para evaluar la legalidad de los actos administrativos" (subrayado fuera de texto). BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3a ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.49.

¹⁶⁸ "La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima

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"¹⁶⁹), 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 objetivos¹⁷⁰, permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar

general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional -unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución-, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia".

¹⁶⁹ ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

¹⁷⁰ 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

integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible¹⁷¹, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden¹⁷² 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

el Estado tiene derecho a restringir la libertad de los particulares en cuanto sea necesario para poder hacer compatibles la libertad y la seguridad. De esta consideración se desprende el primer principio del Derecho de policía: que sólo para evitar un daño temido con gran peso moral para la sociedad burguesa y sólo bajo la esperanza de alcanzar una ventaja para el Estado entero puede ser restringida la libertad natural de los ciudadanos individuales mediante la ley de policía (...) Los daños que mediante la restricción de la libertad deben ser evitados, deben tener una importancia mucho mayor que la desventaja que la comunidad y los particulares sufren a causa de una restricción semejante”. “Las citas son de las *Vorträge über Recht und Staat*, pronunciadas por Svarez en 1791, citadas en BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3a ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, cita 16, p.46.

¹⁷¹ 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.

¹⁷² 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.

deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”¹⁷³, también cabe afirmar 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.

42 La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología para liquidar los perjuicios morales, en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales.

43 Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”¹⁷⁴. 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 certeza”¹⁷⁵. 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.

¹⁷³ Lo que normativamente se encuentra consagrado en la actual Constitución europea> artículo II.109.3.

¹⁷⁴ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

¹⁷⁵ “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.

44 El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará. La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones”¹⁷⁶.

45 Todo lo cual lleva a concluir, que “el problema no consiste en indagar si la aplicación del principio de proporcionalidad puede sustentarse en argumentaciones que la hagan objetiva, sino, si mediante la aplicación de dicho principio puede alcanzarse una mayor racionalidad relativa, en comparación con aquélla que se logra cuando se aplican los criterios alternativos”¹⁷⁷ (negrita fuera de texto).

46 Con base en lo anterior, la Sala encuentra que para aproximarse a la liquidación de los perjuicios morales debe sujetarse al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales, las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la

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

¹⁷⁷ 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.

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 proporcionalidad¹⁷⁸ desde la perspectiva del juicio de igualdad¹⁷⁹, y de la

¹⁷⁸ "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

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 subsunción¹⁸⁰, sino que debe trascenderse, como se

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.

¹⁷⁹ 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

¹⁸⁰ Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales "es que una resolución o

busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación¹⁸¹ 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.

47 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 justicia¹⁸², 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

sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto". SOBREVILLA, David: "La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy" en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. "El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional", en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N.23, 2011, p.327.

¹⁸¹ "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.

¹⁸² LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

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 desproporcionada¹⁸³ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”¹⁸⁴.

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 pecuniariamente¹⁸⁵, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas¹⁸⁶, el perjuicio estético causado¹⁸⁷ o el daño a la reputación¹⁸⁸. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios

¹⁸³ 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

¹⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁸⁵ 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

¹⁸⁶ 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.”

¹⁸⁷ 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

¹⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990,

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 oro¹⁸⁹¹⁹⁰.

48 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"¹⁹¹.

CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

¹⁸⁹ 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

¹⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁹¹ 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.

49 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 aflicción¹⁹². Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto¹⁹³. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la

¹⁹² 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.

¹⁹³ 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 consciente (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

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

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.

mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada), o la limitación al ejercicio del derecho a la libertad, al honor, o cuando se trata de la pérdida de muebles o inmuebles.

50 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 ponderación¹⁹⁴; y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos a la vida e integridad personal.

51 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 concreto¹⁹⁵.

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ 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

52 Luego, teniendo en cuenta la argumentación anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral se sujetará no sólo a ésta, sino a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc.), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) ponderar la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario, cuando se produzca dicha vulneración. Excepcionalmente, procede liquidar acumulativamente los perjuicios que respecto a un mismo grupo familiar se padecieron por la muerte y lesiones de uno de sus componentes, o por las lesiones de uno o varios de sus componentes, como forma de comprender en debida forma la liquidación cuando se trata de los padecimientos por varios miembros del grupo familiar.

53 Finalmente, expongo el criterio por el que me aparto de la delimitación del daño a la salud.

3. Delimitación del daño a la salud.

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.

54 En mi concepto es necesario delimitar el concepto y modalidades de los daños inmateriales, con el objetivo de superar la distinción que se hace entre perjuicio fisiológico, o la subsunción que se presentó entre éste y las alteraciones graves a las condiciones de existencia, estableciendo que debe reconocerse un solo daño que cubra todos los ámbitos propios al daño inmaterial, como puede ser con el denominado “daño a la salud”, lo que en criterio de la Sala resulta limitado y confuso, razón que lleva a exponer las siguientes consideraciones.

55 Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, que su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

56 En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente, aunque con alcance colectivo, como el de la “salud” (Artículo 49 C.P.), y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la “correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla”. En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

57 Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud “en sí mismo”. No obstante, debe advertirse que su aparición en la escena de la teoría de la responsabilidad civil se produjo como consecuencia directa del progreso que demandaron las sociedades opulentas, en las que se redefinieron y emergieron nuevas necesidades y exigencias para su mundo vital.

58 Siendo esto así, no cabe duda que el daño a la salud, conceptualmente visto, permite introducir una nueva categoría de bienes de consumo, subordinada a la “integridad psico-física”. El peligro de una concepción de este tipo se encuentra en la posibilidad de albergar una tutela indiscriminada. Por esto, su consideración ha exigido estudiar la relación bienestar económico y aumento resarcitorio por daños a la persona, como una decisión de responsabilidad fiscal que no puede eludirse, más cuando se trata de comprometer el patrimonio estatal.

59 Debe, por lo tanto, sostenerse que la aparición del daño a la salud se produce como consecuencia del progreso y avance de la sociedad tecnológica, por el aumento de las lesiones resarcibles y la tendencia a reparar el daño, en cualquier caso, por el cambio que se vino a presentar en el pensamiento liberal individualista.

60 Hasta aquí, se ha intentado precisar el surgimiento del daño a la salud como tipo que comprenda a los daños y perjuicios inmateriales, pero es necesario consolidar su estructuración en el derecho de daños. En ese sentido, y desde la perspectiva de la reparación, no puede asimilarse como daño la lesión a la integridad física, las consecuencias que de la misma lesión deriven. De ahí que no pueda confundirse el denominado “daño-evento” y el “daño-consecuencia”, ya que identificar el daño con la lesión de un interés no es de recibo en la teoría de la responsabilidad.

61 Por lo anterior, debe establecerse una aproximación a las posiciones que se han sostenido en cuanto al daño a la salud como modalidad única: i) la primera hace énfasis en la necesidad de identificar en el hombre, en el ser humano, un “valor capital”, un “valor intrínseco” que pueda ser valorizable; ii) para otra posición doctrinal, lo esencial es ampliar el concepto de patrimonialidad a los intereses personales.

62 Conforme a ellas, también es necesario diferenciar los padecimientos de ánimo y la lesión propiamente al derecho a la salud (como expresión del daño a la salud): i) los padecimientos hacen parte del universo de lo sensorial y sentimental, lo que hace que su expresión sea plenamente individualista, lo que

dificulta su tasación con base en criterios objetivos; ii) lo anterior hace diferenciar al daño a la salud, el cual debe permitir, en principio, una valoración homogénea. 63 Cabe, además, precisar el alcance del daño a la vida de relación que ha sido superada en el precedente jurisprudencial sin mayor claridad. Sin duda, se trata de un concepto indeterminado, que permitió (como un contenedor) introducir una amalgama o diversidad de perjuicios que no se traducían en la esfera patrimonial del sujeto.

64 Este daño a la vida de relación se asoció, inicialmente, a la lesión corporal que sufría una persona, que le impedía desarrollar actividades diferentes a las laborales (de recreación, social, etc.) que desarrollaba antes de causar el daño. Dicha definición puede descomponerse de la siguiente manera: i) menoscabo a la capacidad de concurrir a las relaciones sociales y económicas; ii) afectación peyorativa de la capacidad psicofísica que influye el desarrollo de actividades complementarias o integradoras, respecto a la actividad laboral normal; iii) para resarcirlo debe haber, por lo menos, un ligamen indirecto con un interés patrimonial; iv) sin duda, es un perjuicio que tiene un profundo carácter clasista¹⁹⁶.

65 De igual manera, es necesario precisar el alcance del “daño existencial” considerado, en principio, como aquel deducido de las repercusiones negativas en la calidad de vida de la persona. Se entiende, pues, como un daño que se expresa en la “esfera de desarrollo existencial del hombre”¹⁹⁷. Dicho daño

¹⁹⁶ No podía “consistir en el mero perjuicio de la llamada vida en sociedad o en la perturbación de las relaciones mundanas del sujeto pasivo, hasta llegar a considerarse proporcional [el daño] a la importancia de los ambientes sociales que se frecuentan o, a los ingresos de las personas con las que se tienen relaciones de amistad”. CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp.159 y 160.

¹⁹⁷ En la jurisprudencia del derecho comparado cabe encontrar dos pronunciamientos: “todo perjuicio [provocado]... alterando sus hábitos de vida y los aspectos relacionales que le eran propios, perturbando su propia cotidianidad y privándolo de ocasiones para la expresión y la realización de su personalidad en mundo externo”. Así mismo, se agrega: “el daño existencial se funda sobre la naturaleza no meramente emotiva y ulterior (propia del daño moral), sino que objetivamente relacionado al perjuicio”. ITALIA. CORTE DI

impone, a su vez, serios reparos: i) permitiría un trato discriminatorio, ii) el “no tener un parámetro objetivo para medir el daño existencial dificulta su reparación, pues la convierte en una reparación presunta”¹⁹⁸; iii) se “acusa la inflación injustificada de los rubros de daño extrapatrimonial, dado que aquello que él vendría a reparar estaría ya contenido dentro de las otras categorías reconocidas por el sistema, específicamente en la categoría constituida por los intereses de la persona constitucionalmente protegidos”¹⁹⁹, y; iv) finalmente, se “elevarían a la categoría de perjuicio, otorgándoseles la correspondiente tutela resarcitoria, consecuencias que no parecen tener esa connotación jurídica (los llamados “daños bagatelares”), dado que no provienen de la lesión a un derecho constitucional”²⁰⁰.

66 En cuanto a las alteraciones a las condiciones de existencia, su aproximación mejor elaborada en la doctrina francesa indica que se trata de “una modificación anormal que afecta el curso de la existencia... en sus ocupaciones, sus hábitos o sus proyectos”²⁰¹. En la actualidad, se concibe que constituya “apenas una fórmula que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios... Es decir, no

CASSAZIONE. Sez Un, 24 marzo 2006. No.6572.

¹⁹⁸ CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?., ob., cit., p.162.

¹⁹⁹ KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”, en *Revista de Derecho Privado*. No.15, 2008, p.152

²⁰⁰ KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”.., ob., cit., p.152.

²⁰¹ CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. París, LGDJ, 1954, p.414. El precedente de la Sala señala: “El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones”. Sentencias de 19 de julio de 2000. Exp.11842; de 15 de agosto de 2007. Rad. Ag-385; 2 de septiembre de 2009. Exp.17827.

constituyen en sí mismos una categoría autónoma de perjuicio... Por el contrario, dicha 'fórmula' aparece, por ejemplo, en la definición de los siguientes perjuicios o prospectos de perjuicios: préjudice fonctionnel d'agrément²⁰², préjudice d'accompagnement²⁰³ y préjudice fonctionnel permanent^{204 205}.

67 Dicho lo anterior, no cabe menos que reiterar que el daño a la salud como "daño integrador y único" se encuentra representado por la lesión en la función vital y relacional del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad²⁰⁶ y solidaridad (afirmación de la "justicia distributiva"²⁰⁷), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

El riesgo de identificar las dos características señaladas se encuentra en la tendencia a considerar el daño a la salud como un contenedor donde puede caber todo lo que no tiene carácter o esencia patrimonial, reiterándose que se trata de un solo rubro indemnizatorio.

68 Por lo tanto, es necesario contener la proliferación de nuevas figuras de daño, de manera que se admita todo tipo de pretensiones que no cuentan con un

²⁰² Informe DINTILHAC, en [http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf; (consultado 28 de mayo de 2011)].

²⁰³ Informe DINTILHAC, en [http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf; (consultado 28 de mayo de 2011)]

²⁰⁴ Informe LAMBERT-FAIVRE, en "[http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf; (consultado 28 de mayo de 2011)].

²⁰⁵ "KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés"., ob., cit.

²⁰⁶ Lo que hace que se preserve como tendencia un modelo de derecho de daños que favorece a la víctima, que busca la reparación de los "sinsabores de la existencia humana". KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés", en *Revista de derecho privado*. No.18, 2010. Como crítica puede verse FABRE-MAGNAN, M. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*. París, PUF, 2007, p.123.

²⁰⁷ KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés"., ob., cit

respaldo y legitimidad, especialmente en el marco de su alcance social. Así mismo, debe evitarse que esta situación convierta en ilimitado al contencioso. De ahí, pues, que se invoque la necesidad de identificar y jerarquizar los “intereses resarcibles”²⁰⁸. En reciente precedente jurisprudencial italiano se dijo que en “la actual configuración del ordenamiento, en el cual asume posición preeminente la Constitución –cuyo, art.2, reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre-, el daño no patrimonial debe ser entendido como categoría amplia, comprensiva de toda hipótesis en virtud de las cuales son lesionados derechos inviolables inherentes a la persona constitucionalmente garantizados así no tuvieren naturaleza económica, con subsumiéndose en el daño moral subjetivo”²⁰⁹.

69 La búsqueda del fundamento constitucional del daño a la salud puede llevar en nuestro ordenamiento jurídico a convertirlo en un *damnum maius*, que requiere ser decantado, so pena de distorsionar el concepto de resarcimiento, y así mismo condicionar la aplicación del principio de reparación integral.

70 En el derecho comparado, no hay duda, no en nuestro sistema jurídico, que el daño a la salud vino a absorber las categorías que existían en materia de daños no patrimoniales, estableciéndose como modo de “valoración de las consecuencias negativas que una lesión a la integridad psicofísica de la persona podría llegar a producir sobre el ‘valor hombre, entendido en toda su complejidad”.

El otro problema se encuentra a qué reparación debe obedecer el daño a la salud²¹⁰, lo que se responde afirmando que no puede ser otra, como lo señala la

²⁰⁸ Entonces, mientras en Francia la ciencia jurídica se concentra en los tipos de daños... reparables y no en los intereses o derechos que con su consagración pretenden tutelarse (por ej., no se habla tanto del derecho a la integridad física sino del daño corporal), en otros derechos (como el alemán o el italiano) en cambio, el acento se pone es en el “elenco” de intereses jurídicamente tutelados (cuya agresión delinea a posteriori el daño)”. KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”.., ob., cit.

²⁰⁹ ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza 31 maio 2003. No.8828.

²¹⁰ El daño a la salud al hacer parte de los daños no patrimoniales debe tener en cuenta que el “concepto de esta

doctrina, que la "satisfacción", o lo que otros denominan la "indemnización satisfactoria"²¹¹, de manera que se "trata más bien de una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado"²¹². Esto lleva, indudablemente, a convertir al instituto de la responsabilidad en un ámbito dirigido indefectiblemente a la reparación, de manera permanente²¹³.

71 A las dificultades que representa la consideración y la construcción de la figura del daño a la salud, que en la doctrina y la jurisprudencia nacional no se ha terminado de decantar, se agrega la necesidad de fundamentar dicho daño en el concepto de "suma de las funciones naturales" como común denominador de este tipo de daño.

72 De acuerdo con lo anterior y apoyados en la doctrina, se formula la siguiente noción del daño a la salud: "(...) cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que

clase de daños aparece indisolublemente unido con el problema de su reparación". FISCHER, Hans A. Los daños civiles y su reparación. Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1928, p.222

²¹¹ Lambert-Faivre señala: "*¿Cuál es el valor monetario de una amputación?, ¿de una parálisis?, ¿de una ceguera?, ¿de un sufrimiento? [E]n materia de daños corporales, más allá de los perjuicios puramente económicos (gastos de cura, honorarios profesionales) es la esencia misma de la persona víctima, cuerpo y alma, la que es lesionada por los daños que se llaman morales o personales o extrapatrimoniales". LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. "Droit du dommage corporel", en VINEY, Geneviève; MARKESINIS, B. La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français. París, 1985. "Hay quien sostiene que la indemnización en dinero de daños no patrimoniales representa un absurdo, toda vez que los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incomparables, y que jamás pueden <<indemnizarse>> en metálico estos bienes humanos, como se indemniza el patrimonio". FISCHER, Hans A. Los daños civiles y su reparación., ob., cit., p.225.*

²¹² FISCHER, Hans A. Los daños civiles y su reparación., ob., cit., p.227.

²¹³ Según Lapoyade Dechamps: "toda vez que el hecho generador y el nexo causal pasan a segundo plano, el derecho de la responsabilidad civil ¿no está llamado a convertirse, insensiblemente, en un derecho de la reparación?". LAPOYADE DECHAMPS, Ch. "Quelle (s) réparation(s)?", citado en CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?., ob., cit., p.51.

empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos”²¹⁴ .

73 Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, que desde comienzos de los años noventa en el derecho comparado, especialmente, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano se dijo que “... el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo... La consideración de la salud como un bien y un valor persona, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades, las situaciones y las relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida”²¹⁵ .

74 Por esto, se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud, que a su vez, constituyen la base para elaborar el test de proporcionalidad al que se sujetará la tasación de este tipo de perjuicio: i) responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”, y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos.

75 Finalmente, me aparto de la tasación y liquidación que a folio 310 realiza la Sala, recordando que en sentencias recientes de la Sub-sección C se ha empleado una metodología razonada y proporcional, que se corresponde con el deber de motivación racional de las sentencias.

75.1 Ahora bien, para la tasación y reconocimiento del daño a la salud, la Sala en proveído reciente, puntualizó que “sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma: “1. El

²¹⁴ CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?.*, ob., cit., p.132.

²¹⁵ ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 18 luglio 1991.

ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres²¹⁶, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme²¹⁷. “2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud²¹⁸.

²¹⁶ “Por lo anterior, y de conformidad con el acta de la junta médica laboral, en la que consta la amputación del brazo izquierdo a la altura del codo realizada a Sigifredo Salazar Ramírez, se hace evidente el daño a la salud, por el cual se le reconocerá por este concepto el valor de 264 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal, valor que resulta proporcional con la lesión sufrida, como quiera que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, como una incapacidad del 95 o 100% se ha concedido el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de febrero de 2012, M.P. Enrique Gil Botero.

²¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del: 14 de marzo de 2002, exp. 12.054, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, 13 de diciembre de 2004, exp. 14722, Germán Rodríguez Villamizar, 5 de junio de 1998, exp. 11545 M.P. Juan de Dios Montes, 6 de mayo de 1993, exp. 7428, M.P. Julio César Uribe Acosta, 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P. Enrique Gil Botero, 8 de julio de 2009, exp. 17960, M.P. Enrique Gil Botero, 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero, sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

²¹⁸ Según las recomendaciones del grupo de Tréveris que elaboró la recomendación a la Comisión, al Parlamento y al

“Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima. “No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave²¹⁹. “En síntesis, la reparación del daño a la salud exige la concreción de un sistema que respete los principios constitucionales de igualdad y de dignidad humana, sin que sea viable trasladar a la víctima la consideración o la acreditación de que considere el derecho a la salud como un valor en sí mismo, puesto que esta posibilidad riñe con los principios del derecho

Consejo Europeo, nacido por iniciativa de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, “(...) toda persona que haya sufrido un atentado a la salud debe, en virtud de los principios fundamentales de dignidad de la persona humana y de tutela de la salud, recibir una reparación; esa reparación debe ser diferente de la que recibirá la víctima por las pérdidas económicas sufridas por los daños que sólo son susceptibles de una valoración subjetiva; el principio de igualdad, entonces impone un tratamiento igualitario para las víctimas, que se logra con la valoración de carácter objetivo del daño, es decir con las bases que ofrece la ciencia médico legal, que puede crear tablas o baremos con grados de invalidez, a los que cada Estado podrá fijar un valor determinado; de todas formas, dice el documento, se insta a los Estados para dejen al juez un campo de apreciación equitativo para ajustar la reparación a las circunstancias propias del caso.” CORTÉS, Édgar Ob. Cit. Pág. 184.

²¹⁹ “Sin embargo, como sucede también en otras experiencias europeas, jurisprudencia y doctrina buscan identificar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad. El uso del criterio de cálculo por puntos diferencial brinda una herramienta muy importante en este sentido. Luego, una tabla indicativa de sus valores, elaborada sobre la base de los precedentes liquidaciones judiciales ofrece una base de uniformidad indispensable para satisfacer el principio de paridad de tratamiento.” KOTEICH, Milagros La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés” en: Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 178 y s.s.

de daños, ya que serían los propios demandantes quienes tendrían la opción de incrementar –sin justificación alguna o dependiendo la visión capitalista del mundo– el quantum de la indemnización”²²⁰.

75.2 El daño a la salud se repara con base en dos componentes: Uno objetivo, determinado con base en la calificación integral de la invalidez, que constará en un dictamen emitido por la Junta de Calificación que deberá tener en cuenta componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos por el Decreto 617 de 1999, esto es, bajo los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía:

a) DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.

b) DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.

c) MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad

²²⁰ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22163.

por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.

75.3 Definidos los criterios para calificar la invalidez, el dictamen debe otorgar unos porcentajes a cada uno de los componentes antes mencionados, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, porcentaje equivalente a 300 SMLMV, suma máxima que otorga esta Corporación para reparar el criterio objetivo, discriminado así:

| CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ | PORCENTAJE MAXIMO DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL | MONTO MAXIMO DE SALARIOS MINIMOS LEGALES ASIGNADO POR LA CORPORACION |
|--|--|---|
| Deficiencia | 50% | 150 SMLMV |
| Discapacidad | 20% | 60 SMLMV |
| Minusvalía | 30% | 90 SMLMV |
| Total pérdida de la capacidad laboral | 100% | 300 SMLMV |

75.4 Es pertinente precisar, que en los eventos que no repose en el material probatorio el dictamen emanado por la Junta de Calificación, en el que se especifique los tres criterios de clasificación de invalidez, el porcentaje que tal dictamen determine se imputará al rubro de deficiencia, es decir, 150 SMLMV, en forma proporcional.

75.5 Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada²²¹, será reconocido hasta el monto de 100 SMLMV.

²²¹ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 19031

75.6 En conclusión, se estima oportuno destacar que el daño a la salud, está compuesto de dos elementos, el primero de ellos (objetivo) con una valoración de 75% como máximo reconocible, esto es, hasta 300 salarios mínimos legales, de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes y el segundo (subjetivo o dinámico), correspondiente hasta el 25%, el cual se reconocerá cuando las pruebas den lugar a ello, ascendiendo al monto de 100 salarios mínimos.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA