

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad / CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Noción. Definición. Concepto

El daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos elementos: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la ocupación material del inmueble por una población específica) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada. De allí que, el daño antijurídico lejos de ser un concepto puramente óptico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica o axiológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

DAÑO ANTIJURIDICO - Lesiones graves causadas a detectives del DAS durante operativo judicial. Finca las Mercedes, Puerto Triunfo, Antioquia / DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación. Configuración

En el caso sub examine, se encuentra acreditada la configuración de un daño antijurídico, toda vez que de las historias clínicas y de la calificación de invalidez laboral se logró establecer que los señores Jorge Iván Giraldo y Luis Alfredo García, sufrieron graves lesiones en sus miembros inferiores durante un operativo judicial realizado el 16 de diciembre de 1994. La anterior alteración negativa es cierta, personal y el ordenamiento no les impone el deber de soportarla, ya que las lesiones padecidas, así como las consecuencias que se desprenden para ellos y sus familiares no revisten la connotación de jurídicas, es decir, se trata de un daño que no están en la obligación de soportar o tolerar, esto es, de naturaleza injusto.

IMPUTACION FACTICA O MATERIAL - Noción. Definición. Concepto

Consiste en la vinculación de esa alteración negativa, cierta, personal, y que no se está en el deber normativo de tolerar, lo que configura el daño antijurídico con el comportamiento activo u omisivo de la administración pública, para lo cual es relevante acudir a sistemas o esquemas de atribución como la teoría de la imputación objetiva que suministra un conjunto de herramientas o elementos de carácter social y, huelga la redundancia, de contenido objetivo con el fin de establecer a quién le es atribuible la producción o generación de un daño, bien porque lo produjo de manera directa o porque encontrándose en la obligación de evitarlo no lo hizo.

IMPUTACION JURIDICA O NORMATIVA - Noción. Definición. Concepto

La imputación jurídica o de segundo nivel es aquella en la que el operador jurídico analiza el título de imputación aplicable a la controversia, en aras de establecer si opera un régimen subjetivo de falla del servicio –por el incumplimiento de la carga obligacional de la organización estatal– o si por el contrario son aplicables

cualquiera de los títulos de responsabilidad objetiva en los cuales es irrelevante cualquier valoración de la conducta de la administración, toda vez que en esta sede se verifica la concreción de un riesgo excepcional o el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

IMPUTACION FACTICA - Imputación objetiva. Objeto. Finalidad

La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico. En otros términos, la imputación fáctica –y con ella la imputación objetiva del daño– consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico –subjetivo u objetivo – de resarcir el perjuicio.

TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA - Elementos o instrumentos básicos

Existen seis elementos o instrumentos básicos que integran la teoría de la imputación objetiva: i) el riesgo permitido; ii) el principio de confianza; iii) la posición de garante; iv) la acción a propio riesgo v) la prohibición de regreso, y vi) el fin de protección de la norma

FALLA DEL SERVICIO - Lesiones graves causadas a detectives del DAS durante operativo judicial / FALLA DEL SERVICIO - Configuración / FALLA DEL SERVICIO - Desconocimiento del principio de planeación. Inobservancia de la carga obligacional que tiene la fuerza pública. Incumplimiento de deberes

El daño resulta imputable o atribuible en términos jurídicos al DAS, porque desconoció el principio de planeación, ya que, se itera, resulta inadmisibles que el Departamento Administrativo de Seguridad [hoy Dirección Nacional de Inteligencia], no hubiera precavido un inminente enfrentamiento armado con los paramilitares que se encontraban bajo el mando de Ramón Isaza, así como el haber adelantado labores de inteligencia previa para definir más o menos la fuerza en términos de número de hombres y armamento del enemigo, e igualmente resulta claro que no se dieron instrucciones o indicaciones estratégicas para cuando se arribara al lugar donde se desarrollaría el operativo. La falla del servicio se encuentra probada porque las directivas a cargo del operativo judicial limitaron, en extremo, la información suministrada a los agentes que participaron de la misma, toda vez que sólo hasta que llegaron al caserío donde se encontraba el líder paramilitar informaron a los agentes sobre el posible intercambio de disparos y sobre la peligrosidad de la misión, amén de que el supuesto incremento del riesgo, como se viene de exponer también se dio.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Lesiones graves causadas a detectives del DAS durante operativo judicial / ACREDITACION DEL PERJUICIO MORAL - Presunción de dolor en miembros más cercanos del entorno familiar. Aplicación reglas de la experiencia / TASACION PERJUICIO MORAL - Monto. Pauta jurisprudencial. Facultad discrecional del Juez según

**su prudente juicio / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial.
Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes**

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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / CODIGO PENAL DE 1980 - ARTICULO 106

NOTA DE RELATORIA: Para establecer el monto de la indemnización por perjuicios morales se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, donde se estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salario mínimos mensuales legales y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. En relación con la presunción del perjuicio moral causado a miembros más cercanos del entorno familiar, consultar 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.

DAÑO MORAL - No puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto. Reiteración jurisprudencial / TASACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación del arbitrio juris / APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - No constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral

La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera– 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 persona. En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral (...) el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos.

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

El principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “adecuada” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más “benigna” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad”. En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. El primero se explica así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados. De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, consultar Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Funcionalidad, manejo y aplicación en sede de tasación del daño moral

El principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc. Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes. (...) el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos

fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Determinación y cuantificación del daño moral. Confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad / COMPENSACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación de los principios de arbitrio juris y la equidad

La defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad. Y ello no es correcto, puesto que el arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico. (...) la forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del arbitrio juris y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida. (...) Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, toda vez que si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de noviembre de 1967, exp. 414

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil doce (2012).

Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00329 01(21928)

Actor: LUIS ALFREDO GARCIA Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS”

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de junio de 2001, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo Antioquia, en la que se decidió lo siguiente:

“PRIMERO. NIÉGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

“SEGUNDO. No habrá condena en costas. (fl. 213 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

1.1. En escrito presentado el 7 de marzo de 1996, los señores: Jorge Iván Giraldo Giraldo, José Heriberto Giraldo Morales, Alicia Giraldo Martínez, Luis Alfredo García, Luisa Fernanda Giraldo Jaramillo y Miznery García Garzón, por intermedio de apoderado judicial, solicitaron que se declare a la Nación – Departamento Administrativo de Seguridad “DAS”, patrimonialmente responsable de los perjuicios que les fueron ocasionados con motivo de las lesiones padecidas por Jorge Iván Giraldo y Luis Alfredo García, quienes se desempeñaban como agentes de la entidad demandada (fls. 35 a 56 cdno. ppal.).

En consecuencia, deprecaron que se condenara a la demandada a pagar lo siguiente: i) el equivalente a 2.000 gramos de oro para Jorge Iván Giraldo Giraldo, 1.500 para Luis Alfredo García, y 1.000 para cada una de las siguientes personas: Alicia Giraldo Martínez, Luisa Fernanda Giraldo y Miznery García Garzón, a todos ellos, por concepto de perjuicios morales, ii) daños fisiológicos, las sumas de \$30'000.000,00 a favor de Luis Alfredo García y de \$15'000.000,00 para Luis Alfredo García, y iii) a título de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante el valor de \$101'542.762,00 para Jorge Iván Giraldo y de \$103'080.502,00 para Luis Alfredo García.

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fl. 37 a 49 cdno. ppal.):

1.1.1. Varios comandos de autodefensas abandonaron sus campamentos para adentrarse en las montañas aledañas al municipio de San Luis (Antioquia), con el fin de desmantelar varios acantonamientos guerrilleros.

La anterior circunstancia generó la reacción inmediata de la guerrilla, al amenazar y fijar como objetivo militar a la población asentada en el sitio conocido como Las Mercedes.

El comandante paramilitar Ramón Isaza organizó e instó a los habitantes y a sus hombres a que respondieran cualquier intento de agresión por parte de la guerrilla.

1.1.2. Varios hombres del DAS llegaron a la finca de Las Mercedes –municipio de Puerto Triunfo (Antioquia)– y allí fueron recibidos por los hombres comandados por Ramón Isaza, quienes con armas de fuego de largo alcance le propinaron la muerte a un funcionario público e hirieron a otros cuatro; ocurridos los hechos, la Policía de Doradal asumió el control de la zona; el paramilitar Ramón Isaza lamentó lo ocurrido y cuando llegaron al lugar los militares de la Décima Cuarta Brigada del Ejército –con sede en el municipio de Puerto Berrío (Antioquia)– calificaron el hecho como una desafortunada intervención del DAS.

1.1.3. Los hechos expuestos fueron reconocidos públicamente por el Director Seccional del DAS, al señalar que el 16 de diciembre de 1994, funcionarios de esa institución fueron cercados y emboscados por hombres proveídos de un armamento de muy alta potencia (fusiles, granadas y lanzagranadas).

1.1.4. El DAS – Seccional Antioquia – Coordinación de Inteligencia solicitó a la Fiscalía, con visto bueno de su director, el 15 de diciembre de 1994, una orden de allanamiento y captura porque en las inmediaciones de Puerto Boyacá había sido designado “Rafael” alias “Batalón” como comandante paramilitar al mando de 300 hombres fuertemente armados dedicados a la custodia de laboratorios de cocaína y a la persecución y ejecución de guerrilleros.

De igual forma, para la zona de Urabá fue designado el jefe paramilitar Ramón Isaza, quien es propietario de las fincas denominadas como Las Mercedes, y que

se encuentran localizadas entre Doradal y La Danta, lugar donde se almacena gran parte del armamento de las autodefensas y que busca darle seguridad a los laboratorios de cocaína de propiedad de los paramilitares.

1.1.5. A las 10 de la noche del 15 de diciembre de 1994, fueron citados, entre otros, los agentes William Vargas López, Leonardo Camacho Erazo, José Oscar Gamboa Herreño, Jorge Iván Giraldo Giraldo y Luis Alfredo García, para una misión. Una vez presentes los agentes del orden, abordaron diferentes automotores que tomaron un rumbo que los funcionarios desconocían.

Después de viajar toda la noche, llegaron a las 6 a.m. del 16 de diciembre de 1994, al lugar conocido como Las Mercedes, sitio donde fueron emboscados por los paramilitares quienes contaban con armas de largo alcance, lo que produjo la muerte de Gustavo Salazar Martínez y las graves lesiones padecidas por Gustavo Galvis, Fabio Tarazona, Jorge Iván Giraldo –quien perdió las dos extremidades inferiores– y Luis Alfredo García –que también perdió una de sus piernas–.

1.1.6. Los detectives del DAS que estuvieron en el sitio de los acontecimientos, bajo la gravedad del juramento, manifestaron que nunca tuvieron conocimiento previo del operativo, ni del lugar donde se llevaría a cabo.

1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda en auto del 19 de junio de 1996 (fls. 62 cdno. ppal.); el 21 de noviembre siguiente, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 94 y 95 cdno. ppal.) y, por último, en proveído del 19 de octubre de 2000, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 191 cdno. ppal.).

1.3. La institución demandada se opuso a las súplicas de la demanda, para lo cual solicitó que se probaran todos los fundamentos fácticos narrados en la misma. De igual manera, precisó que no existió comportamiento irregular imputable a la entidad; sobre el particular, expuso que el DAS se limitó a cumplir la orden jurisdiccional de allanamiento y captura proferida por la Dirección Regional de Fiscalías de Medellín, Regional Delegada para el DAS No. 079. En ese sentido, la Fiscalía General de la Nación comisionó de manera exclusiva al DAS para que adelantara la captura de los jefes paramilitares Ramón Isaza y de Rafael alias “Batalón”. Aunado a lo anterior, precisó que el DAS desplazó al lugar varias

unidades, dotadas de armamento y munición suficiente, chalecos con distintivos y vehículos, todo bajo las órdenes del Director Seccional de Antioquia.

1.4. Corrido el traslado para alegar de conclusión, intervinieron las partes para reiterar los planteamientos contenidos, respectivamente, en los escritos de demanda y contestación (fls. 192 a 195 y 199 a 202 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 26 de junio de 2001, la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, denegó las súplicas de la demanda, al encontrar que el daño no es imputable a la entidad demandada.

Entre otros aspectos, el tribunal puntualizó:

“(…) Una síntesis de lo ocurrido el 16 de diciembre de 1994, es hecha por el Director Seccional del DAS, en comunicación al Fiscal Regional Delegado el 19 de diciembre de 1994, copia de la cual reposa a folio 12 del cuaderno uno. Se afirma que tenían conocimiento de que un grupo ilegalmente armado operaba en la finca de Las Mercedes, ubicada entre Doradal y la Danta, por lo que desplazaron allá (sic), con un total de 67 hombres, y que al incursionar allá fueron sorprendidos y se inició un enfrentamiento; alrededor de las ocho de la mañana, ya había varios heridos, y estaban rodeados, por lo que consideraron prudente entregarse. Dentro de los heridos figuraban JORGE IVÁN GIRALDO y LUIS ALFREDO GARCÍA.

“(…) Con base en todo lo anterior, no podemos endilgar responsabilidad alguna al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, toda vez que el ataque de que fueron objeto los señores LUIS ALFREDO GARCÍA y JORGE IVÁN GIRALDO GIRALDO, fue originado dentro de un operativo legalmente decretado por la Fiscalía destacada ante el DAS, se coordinó el mismo con la Dirección Nacional y Seccional de Medellín, pero con una gran reserva, con el fin de evitar que la información se filtrara y fracasara la misión, como en efecto se dio; con los lamentables resultados en que no sólo perdió la vida un funcionario, sino que la integridad física de los mencionados quedó seriamente afectada; hechos que tal y como lo exhibe el expediente se desarrollaron dentro de un contexto de circunstancias que sin lugar a dudas permiten pregonar una actividad propia del servicio al que estaban vinculados cada uno de los actores, la misma que por su especial naturaleza se encuentra sometida a grandes riesgos, lo cual de contera impide que por parte de esta colegiatura se endilgue responsabilidad alguna en torno al resultado de los aludidos hechos en cabeza de la administración.

“(…) Es que tal y como sucedieron los hechos, en el presente caso, a ninguna otra condición puede arribarse, sino para entenderse como única razón para los resultados ampliamente conocidos, el riesgo en que se encontraban cada uno de los actores en el momento en que realizaron el despliegue operativo ese 16 de diciembre, lo cual era propio de la actividad de cada uno de ellos, no obstante haberse esgrimido en su demanda que la falta de comunicación que oportuna y anteladamente (sic) debió haberseles realizado por parte de sus superiores en torno a su ejecución –la del operativo– fue la verdadera razón de lo sucedido, pues una sana lógica y en atención precisamente a la riesgosa y comprometedora labor desplegada por aquellos, dicho sigilo ha de entenderse, como así lo entiende la Sala, a la inteligencia que debe rodear esta clase de operativos.

“De otro lado, huelga concluir, que ese aludido riesgo que caracteriza actividades como la ejecutada por los actores en la referida fecha habiendo quedado demostrado como quedó en el plenario que todo ello fue un acto propio del servicio y aunado a la imposibilidad con que contamos de pregonar la ocurrencia de una falla del servicio por parte de la entidad demandada, nos legitima aún más para considerar que no existe mérito alguno para acoger las pretensiones de la parte demandante.

“(…)” (fls. 204 a 213 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas del original).

3. Recurso de apelación y trámite procesal en la segunda instancia

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló (fls. 215 cdno. ppal. 2ª instancia); en providencia del 14 de septiembre de 2001, fue concedido el recurso por el *a quo* (fl. 220 cdno. ppal. 2ª instancia) y admitido por esta Corporación en auto del 18 de febrero de 2002 (fl. 224 y 225 cdno. ppal. 2ª instancia).

El fundamento de la impugnación fue desarrollado con el siguiente razonamiento (fls. 216 a 219 cdno. ppal. 2ª instancia):

3.1.1. La sentencia objeto de apelación negó las pretensiones con fundamento en que: i) el daño provino de un acto y riesgo propio del servicio, y ii) la gran reserva con que se debía manejar el operativo, con el fin de evitar que la información se filtrara y fracasara la misión.

Sin embargo, la verdad de lo ocurrido no se puede ocultar de esa forma, ya que el DAS tenía conocimiento de la existencia de un ejército de 150 hombres al mando

de Ramón Isaza, con armamento de largo alcance, ubicado en Doradal, jurisdicción del municipio de Puerto Triunfo (Antioquia).

3.1.2. De allí que, hay que preguntarse si era un riesgo propio del servicio ser “carne de cañón”. Si así es, la lógica es lamentable, porque morirán muchos agentes, empleados o funcionarios en operativos así concebidos.

3.1.3. A estos detectives y agentes los mandaron a una zona de dominio paramilitar, a un lugar que no conocían, a capturar no se sabía a quién. En conclusión, los mandaron a que 150 hombres armados los aniquilaran, y así sucedió, prueba de ello fue que tuvieron que suplicar que no los mataran.

3.1.4. El Estado no puede concebir operativos de esta naturaleza, así como tampoco permitir que sus directores obren con tan poco sentido común, con falta de lógica, con negligencia e imprudencia. Es que basta la lógica matemática para comprobar que no es lo mismo 150 hombres armados en un terreno que conocen y dominan, frente a 67 funcionarios públicos sin el suficiente armamento y que desconocían la zona en la que se encontraban.

3.1.5. No es posible creer que en menos de 24 horas se coordine, se estudie el terreno, se preparen, dispongan y se trasladen los hombres, y todo lo necesario, para capturar a un jefe paramilitar al mando de 150 hombres bien armados. Acaso no estudió la Dirección el DAS cómo era la condición de orden público imperante en el sector.

Resulta verdaderamente insólito que una institución especializada, que supuestamente ha hecho una selección adecuada de su personal, tenga que concebir planes para sus operativos de manera sigilosa para con sus miembros o integrantes.

El error del DAS fue reconocido por el Ejército Nacional y por la población en general, tal y como dan cuenta los artículos periodísticos allegados al proceso. En ese orden, no se puede desconocer la verdad: el DAS incurrió en un grave error que ocasionó una tragedia.

4. Trámite y Alegatos de conclusión en la segunda instancia

En providencia del 14 de marzo de 2002 (fls. 227 cdno. ppal. 2ª instancia) se corrió a las partes y al Agente del Ministerio Público traslado para alegar de conclusión, etapa en la que se guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala; 2) los hechos probados, 3) valoración probatoria y conclusiones, 4) liquidación de perjuicios y v) condena en costas.

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, comoquiera que la pretensión mayor, individualmente considerada (\$103'080.502,00)¹, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 1996 tuviera esa vocación, esto es, \$13'460.000,00.

2. Los hechos probados

Del acervo probatorio allegado al expediente, se destacan los siguientes aspectos:

2.1. Testimonio del señor William Vargas López, rendido ante el *a quo*, y quien interrogado sobre los aspectos fácticos del proceso indicó:

“(...) El señor LUIS ALFREDO GARCÍA, lo conozco hace varios años, en razón que labora en la misma institución donde yo trabajo. No tenemos ningún tipo de parentesco. PREGUNTADO: qué funciones desempeña el sr. Luis García actualmente como su compañero? CONTESTÓ : él pertenece a la rama operativa, en la actualidad está desempeñando el cargo de detective – agente en la oficina de la Unidad Regional de Policía Judicial... PREGUNTADO: sabe ud. qué ocurrió el 16 de diciembre de 1994 durante un operativo adelantado por el DAS en el corregimiento Las Mercedes

¹ Suma que corresponde a la depreciada a título de daños materiales, en la modalidad de lucro cesante, a favor de Luis Alfredo García.

de Puerto Triunfo? CONTESTÓ: sí, en el sitio que ud. menciona de acuerdo a la fecha y el lugar, yo participé también en el mismo operativo, donde hubo un enfrentamiento con un grupo de paramilitares liderado por el señor Ramón Isaza en el cual perdió la vida un compañero y resultaron heridos con lesiones graves dos, entre ellos este señor Luis, otro compañero que en la actualidad trabaja en Manizales también perdió una pierna, resultaron heridos otros dos funcionarios de la institución pero con heridas más leves.

PREGUNTADO: qué armas portaban los agentes del DAS en el momento del enfrentamiento? CONTESTÓ: se contaba con las armas de apoyo que existe en la institución como son: ametralladoras y creo que dos fusiles. En el caso particular mío únicamente poseía una pistola y dos proveedores. Desconozco qué armas cargaría el señor Luis en ese hecho.

PREGUNTADO: cuando el DAS realiza un operativo de captura de un sujeto, cómo se preparan para capturar a ese individuo para obtener el resultado pedido? CONTESTÓ: el personal operativo del DAS por regla general, debe ser egresado de la academia en la cual le enseñan a uno el manejo de armamento, disposiciones vigentes sobre leyes, conocimiento del Código Penal entre muchas otras actividades que le enseñan a uno en la academia. Para el caso particular de los hechos ocurridos el 16 de diciembre de 1994, no recuerdo al pie de la letra pero más o menos le voy a hacer un recuento de lo que sucedió. El día anterior, o sea jueves, nos informaron que había un operativo y que el personal debía estar listo para salir en cualquier momento. Tipo 9 y media de la noche nos formaron y nos manifestaron que nos preparáramos que ya íbamos a salir, sin embargo no nos dijeron el lugar donde se iba a realizar el operativo, ni qué tipo de operativo se iba a llevar a cabo. En la reunión se encontraba presente el Director de la Seccional de ese entonces, y el Fiscal Regional Delegado ante el DAS, desconozco porque motivo el señor Fiscal no asistió a la diligencia, si era él el que la estaba ordenando. Y no se nos informó nada sobre los hechos.

PREGUNTADO: los agentes del DAS practican capturas sin órdenes de captura? CONTESTÓ: como es conocido por ud. señor Magistrado, existe la captura administrativa, y eso es procedente. Las mismas leyes autorizan a hacerlo... Nuevamente le repito que no teníamos idea qué tipo de operativo se iba a llevar a cabo, ni en qué lugar. No sabíamos a qué íbamos. Es tan así que recuerdo muy claro, que el señor Director hizo un comentario referente a que las personas no debían sublevarse y acatar las órdenes que impartieran, Ya porque más de un compañero estábamos a la expectativa de que no llevábamos ningún rumbo ni sabíamos qué diligencia íbamos a llevar a cabo.

PREGUNTADO: ese comentario que hacía el director iba en el carro o eso fue cuando estaban en la formación? CONTESTÓ: cuando estábamos en formación se escucharon el murmullo de varios compañeros intrigados porque no sabíamos para qué lugar íbamos, cuando se ordenó subirnos a los carros, el director en una forma amenazante afirmó de que el que no estuviera de acuerdo se atuviera a las consecuencias. Me imagino que las consecuencias es que le hacían a uno un disciplinario.

PREGUNTADO: cuántos vehículos y cuántas personas fueron al operativo? CONTESTÓ: la diligencia era tan hermética que únicamente la sabía el director y el encargado de la coordinación de inteligencia. Y después por comentarios me enteré que en Bogotá

tenían conocimiento sobre la diligencia y cuando íbamos llegando al lugar de los hechos nos tocó esperar una comisión de Bogotá, quien reforzó las diligencias, pero yo hablé con varios de ellos y estaban en las mismas circunstancias que nosotros, tampoco tenían conocimiento para qué lugar íbamos... PREGUNTADO: cómo se produjo el hecho del enfrentamiento. CONTESTÓ: eso fue el viernes como tipo 6 de la mañana, sé que era el 16 de diciembre, cuando escuchamos por los radios de comunicación de que nos preparáramos que ya íbamos a llegar al sitio. Llegamos al caserío, los carros iban en marcha y en ningún momento nos informaron qué diligencia se iba a hacer en ese lugar. Es bueno aclarar que cuando llegó el personal de Bogotá no les dieron tiempo siquiera de bajarse a observar que otros compañeros estaban a cargo, por lo menos para uno conocerse un poco, sino que las cosas las estaban haciendo muy rápido y sobre la marcha, faltando dos kilómetros para llegar al pueblo, fue cuando nos informaron por radio de que nos preparáramos que ya íbamos a llegar. En total iban más de 20 vehículos y aproximadamente entre 80 y 90 personas. Yo dentro de la caravana iba de 4 o 5, cuando antes de entrar al pueblo se escuchó la orden de desembarcar y que los vehículos se quedarían en ese lugar. Vi que los primeros compañeros salieron corriendo para el interior del pueblo, yo cogí un desvío pasé una quebradita y entré (sic) al pueblo pero por una calle más abajo, en compañía de dos personas más, cuando se escuchó un tiroteo fuerte, me cubrí un poco y empecé a mirar casa por casa y a informarle a las personas de que los niños se resguardaran bien, lo mismo que a las señoras y que los señores salieran con las manos en la cabeza... en los registros que estábamos llevando a cabo en una de las casas tropecé un señor que tenía un fusil, una riata y como unos 8 proveedores, una pistola y se encontraba acompañado de una señora y un niño por ahí de dos años, yo vi que estaba mejor armado que yo, porque yo no tenía sino una pistola, me dio la oportunidad y le encañoné a la mujer y al niño. Y le advertí que si él sacaba el arma le mataba el niño, el tipo se desesperó cuando me hizo caso y bajó el arma. Cogí también y lo amarré... En esa esquina traté de cruzarla y escuché fue una ráfaga fuerte, jalé estas personas hacia atrás y nuevamente les advertí que tuvieran cuidado, la tercera persona que yo cogí, o sea la que estaba más armada, no sé qué rango tenía dentro de la organización, porque cesó un poco el fuego y ya empezaron a decir que paráramos el fuego que habían muchos heridos. Yo les contesté que dejaran de disparar y que podíamos llegar a un acuerdo, pasaron unos minutos y efectivamente paró el fuego. Vinieron muy desesperados a que les entregara al tipo ese, sin embargo yo no accedí hasta que vi a varios compañeros y que estaban a salvo, ya lo solté y se les dijo a estas personas que revisáramos las casas y tratáramos de sacar a los heridos. Aparecieron muchos carros y se empezaron a sacar a los heridos, como a los 20 minutos apareció el carro de la Policía en calidad de observador, después vi este mismo carro, que le sacó como unos tres costalados de puras armas y a varias de estas personas. Como a las 9 y media llegó el refuerzo del Ejército, fueron tan flojos que no fueron capaces ni siquiera de entrar al pueblo, se quedaron a las afueras y allí nos ayudaron a remolcar los vehículos hasta la estación de Policía porque varios quedaron muy averiados..." (fls. 96 a 104 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

2.2. Declaración del señor Leonardo Camacho Erazo, recibida por el Tribunal de primera instancia, y quien puntualizó:

“(...) Ese día personal del DAS de Medellín, nos desplazamos a ese corregimiento a realizar un operativo y hubo un enfrentamiento allá y fue donde hirieron a Luis Alfredo y a Jorge Iván y a otros compañeros. PREGUNTADO: tenían uds. conocimiento sobre el motivo del operativo que iban a realizar? CONTESTÓ: lo único es que el día anterior, el 15 de diciembre, citaron el personal, creo que fue a las 6 de la noche, lo normal que citan a un operativo con armamento. Después nos hicieron subir a una camioneta y que arrancáramos sin decirnos para dónde íbamos que normalmente antes de los operativos siempre le dicen a uno de qué se trata y para dónde va. Ese día nos dijeron que en el camino nos decían para dónde íbamos, por seguridad, pero nunca nos informaron hasta que llegamos al sitio y nos encontramos en el enfrentamiento. PREGUNTADO: sírvase hacernos un relato de los hechos en la forma como sucedieron? CONTESTÓ: yo iba conduciendo un vehículo en ese momento, yo iba de tercero en una caravana, pero no recuerdo cuántos vehículos eran, sé que eran bastantes, llegamos y yo fui uno de los que pregunté para dónde íbamos, porque estábamos a la entrada de un caserío pero no sabíamos a qué sitio nos dirigíamos. Alguien me dijo es hacia adentro es hacia el pueblo, vayan hacia el pueblo que tenemos que estar allá. No recuerdo quien fue el que me lo dijo. Ya dentro del pueblo escuché unos disparos y ya busqué un refugio en un sitio para ver qué es lo que había pasado. En este tipo de procedimientos es normal que lo reciban a uno disparando, a veces se da que disparen y uno busca protección para ver de qué se trata. No es muy común pero de todas maneras se espera eso. Ya después empecé a mirar y vi que nos disparaban de varios sitios del pueblo igual hice yo, empecé a disparar. Ya con el transcurrir del tiempo empecé a ver compañeros heridos pidiendo auxilio que los sacaran del sitio, luego de media hora de enfrentamiento empezaron a salir los heridos... PREGUNTADO: qué armas portaban los agentes del DAS en el momento del enfrentamiento? CONTESTÓ: aparte de las armas de dotación llevábamos armamento de apoyo. Las de dotación son pistolas y revólveres y las de apoyo o la de la gente de Antioquia al momento de apoyo ametralladoras, mini uzi, uzi, subametralladoras no ametralladoras y un grupo de apoyo de Bogotá creo que traían dos o tres fusiles, todos llevábamos subametralladoras...” (fls. 105 a 109 cdno. Ppal.).

2.3. Oficio GCI-0514 de la Caja de Previsión Social – Ministerio del Trabajo, suscrito por el Coordinador del Grupo de Calificación de Invalidez, en el que se califica la pérdida de la capacidad laboral de los señores Jorge Iván Giraldo y Luis Alfredo García, en un porcentaje –para ambos– del 72%, según el Decreto 1848 de 1969 (fls. 110 y 111 cdno. Ppal.).

2.4. Obran, de igual forma, copia auténtica de las historias clínicas del Hospital Militar Central de los señores Jorge Iván Giraldo y Luis Alfredo García (fls. 151 a 171 cdno. Ppal).

2.5. Así mismo, hacen parte del proceso pluralidad de recortes de prensa en los que se informa acerca de los hechos ocurridos en el lugar conocido como Las Mercedes, del municipio de Puerto Triunfo (fls. 144 a 146 y 177 cdno. Ppal.).

2.6. En el cuaderno número dos, obra copia íntegra y auténtica de las hojas de vida del DAS de los señores Jorge Iván Giraldo y Luis Alfredo García.

3. Valoración probatoria y conclusiones

Analizados los medios probatorios, la Sala revocará la sentencia apelada.

Es preciso analizar si concurren o no los elementos o requisitos para que se predique la responsabilidad patrimonial de la administración pública, esto es, el daño antijurídico y la imputación².

² "9- Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado.

"Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

"10- Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un 'título jurídico' distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la 'imputatio juris'".

El daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos elementos: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la ocupación material del inmueble por una población específica) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada³.

De allí que, el daño antijurídico lejos de ser un concepto puramente óptico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica o axiológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

En el caso *sub examine*, se encuentra acreditada la configuración de un daño antijurídico, toda vez que de las historias clínicas y de la calificación de invalidez laboral se logró establecer que los señores Jorge Iván Giraldo y Luis Alfredo García, sufrieron graves lesiones en sus miembros inferiores durante un operativo judicial realizado el 16 de diciembre de 1994.

La anterior alteración negativa es cierta, personal y el ordenamiento no les impone el deber de soportarla, ya que las lesiones padecidas, así como las consecuencias que se desprenden para ellos y sus familiares no revisten la connotación de jurídicas, es decir, se trata de un daño que no están en la obligación de soportar o tolerar, esto es, de naturaleza injusto.

además de la *imputatio facti*” Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Cf. DE CUPIS, Adriano “El Daño”, Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

Ahora bien, verificada la existencia del daño antijurídico, corresponde a la Sala determinar si el mismo es o no imputable a la administración pública, para lo cual es preciso estudiar dos ámbitos o niveles de imputación, esto es, el fáctico o material y el jurídico o normativo.

El primero consiste en la vinculación de esa alteración negativa, cierta, personal, y que no se está en el deber normativo de tolerar, lo que configura el daño antijurídico con el comportamiento activo u omisivo de la administración pública, para lo cual es relevante acudir a sistemas o esquemas de atribución como la teoría de la imputación objetiva que suministra un conjunto de herramientas o elementos de carácter social y, huelga la redundancia, de contenido objetivo con el fin de establecer a quién le es atribuible la producción o generación de un daño, bien porque lo produjo de manera directa o porque encontrándose en la obligación de evitarlo no lo hizo.

Por otra parte, la imputación jurídica o de segundo nivel es aquella en la que el operador jurídico analiza el título de imputación aplicable a la controversia, en aras de establecer si opera un régimen subjetivo de falla del servicio –por el incumplimiento de la carga obligacional de la organización estatal– o si por el contrario son aplicables cualquiera de los títulos de responsabilidad objetiva en los cuales es irrelevante cualquier valoración de la conducta de la administración, toda vez que en esta sede se verifica la concreción de un riesgo excepcional o el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

De allí que, verificada la existencia de un daño desde la dimensión jurídica lo relevante es establecer a quién es atribuible esa afectación que sufre una determina persona en sus derechos, bienes o interese legítimos. Es precisamente en ese específico escenario donde la imputación supone un análisis bifronte o dual consistente en la verificación de que el daño es tanto fáctica (*imputatio facti*) como jurídicamente (*imputatio iure*) imputable.

La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica,

esto es, si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico⁴.

En otros términos, la imputación fáctica –y con ella la imputación objetiva del daño– consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico –subjetivo u objetivo – de resarcir el perjuicio.

Sobre el particular, la doctrina con especial sindéresis ha señalado:

“La relación de imputación es relación de comportamiento. Imputamos un resultado a la voluntad de un autor cuando un hombre medio en el lugar del agente hubiera tenido la posibilidad de dominar mediante su voluntad el transcurso de los acontecimientos. Este juicio de imputación incluye un juicio causal en el sentido de la experiencia vital práctica no un conocimiento causal exacto, y separa de la relación causal sin sentido la relación relevante imputable a la voluntad. La prohibición de realizar ciertos comportamientos hay que formularla, por tanto, de modo general y sin consideración a la imputabilidad subjetiva, es decir, al poder subjetivo del sujeto concreto. La cuestión del hecho y la cuestión de la culpa son diferentes.”⁵ (Negritas adicionales).

⁴ Acerca de la diferencia entre el plano material y el jurídico, en este último en el cual se desenvuelve la imputación, la jurisprudencia del Consejo de Estado, de forma ilustrativa, señaló: “No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.

“No quiere significar lo precisado que, en este tipo de situaciones, no opere la causa extraña en sus diversas modalidades como causal exonerativa de responsabilidad, sólo que, como se ha venido señalando, la acreditación de la eximente debe hacerse a través de la demostración de que, en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, tal y como lo ha aceptado la doctrina autorizada sobre la materia, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, exp. 18.586, M.P. Enrique Gil Botero.

⁵ MAYER, Hellmuth “Strafrecht, Allgemeiner Teil, Kohlhammer, Stuttgart, Köln”, 1953, citado por: GARCÍA- RIPOLL Montijano, Martín “Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables”, Ed. Comares, Granada, 2008, Pág. 7 (cursivas del original).

De acuerdo con lo anterior, la estructura de la responsabilidad del Estado surge cuando se verifica la existencia del daño antijurídico o injusto, y la imputación de éste a la administración pública.

En el caso concreto, corresponde verificar si las lesiones irrogadas a los señores Luis Alfredo García y Jorge Iván Giraldo son o no atribuibles a la demandada, para lo cual es necesario definir, *ab initio*, si existió un comportamiento activo u omisivo del DAS que hubiera generado a la concreción material o fáctica de ese daño.

En este sentido, los derroteros fijados por el utilitarismo –en cabeza de Jeremías Bentham– retomado con posterioridad por el sociólogo Niklas Luhmann, han servido para desarrollar la idea de sistema de la sociedad, lo que permite definir una asignación de roles personales o institucionales en cabeza de cada sujeto que interactúa en el ámbito social.

Son precisamente esos roles los que permiten definir la imputación fáctica, puesto que la desatención a esos parámetros de conducta –por acción u omisión– definen la atribución material o fenoménica de la lesión antijurídica⁶.

Como se aprecia, es la determinación de los roles lo que define el alcance de la atribución fáctica, es decir, definir si la acción u omisión de la administración pública constituyó la génesis de la lesión antijurídica o contribuyó a su causación.

En palabras del reconocido profesor Luhmann:

“A través de ello se llega, como podemos deducir también de la etimología de “persona” (máscara, rol, estado legal), a la diferenciación entre persona y rol. **Entonces, los roles pueden –**

⁶ “En este sentido –permaneciendo en el ámbito de la omisión– va de suyo que los límites de los roles funcionan a la vez como límites de la responsabilidad: el médico no está obligado a evitar los daños patrimoniales de su paciente; el automovilista, si bien debe apartar su vehículo cuando éste se convierte en un obstáculo, no es garante general de la libre circulación, etc. Por consiguiente, quien se mantiene dentro de los límites de su rol no responde de un curso lesivo, aun en el caso en que pudiese evitarlo perfectamente... Al trasladar esto al campo de la comisión, por lo tanto, es necesario describir determinados límites a los roles, de modo equivalente a las posiciones de garantía, sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo aunque se haya causado de modo perfectamente evitable. A este respecto, enunciaré a continuación cuatro instituciones con una breve fundamentación. Con ello no se pretende afirmar que el ámbito de la imputación objetiva del comportamiento sólo pueda ser configurado a través de los conceptos que siguen, sino que sólo se intentará ofrecer una de las posibles configuraciones coherentes –eso sí– de este ámbito en su conjunto.” JAKOBS, Günter “La imputación objetiva en derecho penal”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 31 y 32.

una vez diferenciados de la persona individual como puntos de vista propios ya más abstractos– servir para identificar las relaciones de expectativas. Un rol, si bien está diseñado para corresponder a aquello que un hombre individual puede rendir, es concebido frente a la persona individual de forma tanto más especial cuanto más general. Se trata siempre sólo de un sector de la conducta del hombre que es esperada como rol por otra parte de una unidad que puede ser percibida por muchos hombres intercambiables: el rol de un paciente, el de un maestro, el de un cantante de ópera, el de una madre, el de un paramédico, etcétera.”

“La evolución sólo es posible en el sistema social y en sus subsistemas, es decir, en el cambio de estructuras por variación, selección y reestabilización. Los sistemas de interacción pueden o no contribuir a la evolución social; contribuyen si preparan formaciones de estructuras que muestren su eficacia en el sistema social. Ninguna evolución social sería posible sin este amplio campo de experimentación de las interacciones y sin la insignificancia social del término de la mayor parte de las interacciones. También en este sentido, la sociedad depende de una diferenciación entre sociedad e interacción.”⁷ (Negrillas adicionales).

De modo que, si el Estado interactúa en la sociedad y, por consiguiente, asume diversas obligaciones institucionales, deviene incuestionable que es la verificación de esos roles lo que determina la imputación fáctica del daño en cada caso concreto.

Entonces, bajo este nuevo paradigma se parte de un concepto objetivo de acción y, por ende, la atribución fáctica de la misma ostenta igual naturaleza (imputación objetiva). Y, además, por tratarse de un sistema de roles, al interior de la sociedad se generan expectativas cuya defraudación corresponde al derecho establecer, con miras a determinar si desde el plano jurídico esa circunstancia ostenta o no relevancia en la generación de un daño derivado de una acción⁸.

⁷ LUHMANN, Niklas “Sistemas Sociales – Lineamientos para una teoría general”, Ed. Anthropos – CEJA (Pontificia Universidad Javeriana) – Universidad Iberoamericana, Segunda Edición, 1998, Bogotá, Pág. 288, 289 y 378.

⁸ La Corte Constitucional ha sostenido: “14. El moderno derecho penal de orientación normativista, se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX -predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX- edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, **el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.**

“Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes

Ahora bien, existen seis elementos o instrumentos básicos que integran la teoría de la imputación objetiva⁹: i) el riesgo permitido¹⁰; ii) el principio de confianza¹¹; iii) la posición de garante¹²; iv) la acción a propio riesgo¹³, v) la prohibición de regreso¹⁴, y vi) el fin de protección de la norma¹⁵.

jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano." (negritas del original – negritas y subraya sostenidas se adicionan). Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁹ Cf. GIL Botero, Enrique "Responsabilidad Extracontractual del Estado", Ed. Temis, 5ª edición, 2011, pág. 55 y s.s.

¹⁰ "(...) no forma parte del rol de cualquier ciudadano que elimine cualquier riesgo de lesión de otro. Existe un riesgo permitido... Y es que la sociedad no es un mecanismo cuyo único fin sea la protección máxima de bienes jurídicos, sino que está destinada a hacer posible las interacciones, y la prohibición de cualquier puesta en peligro, de toda índole, imposibilitaría la realización de todo comportamiento social incluyendo, por lo demás, también los comportamientos de salvación. Sin embargo, en determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos..." JAKOBS, Günter "La imputación objetiva en el derecho penal", Ed. Universidad Externado de Colombia, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, 1998, pág. 32 y 33.

¹¹ "El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo específicas circunstancias se extiende a las actuaciones de otros. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse porque los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, más no por el hecho ajeno... Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a su status; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que ha sido asignada." LÓPEZ, Claudia "Introducción a la imputación objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 120 y 121.

¹² La posición de garante ha sido definida, con apoyo en la doctrina de la imputación objetiva, por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en los siguientes términos: "Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho. "Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, exp. 15.567, M.P. Enrique Gil Botero.

¹³ "Dentro de este genérico concepto se agrupan todos aquellos casos en que un tercero favorece o crea una situación en la cual el titular del bien jurídico realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El riesgo sólo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima. El punto de discusión está en determinar si el comportamiento de quien se arriesga a sí mismo convierte la conducta del tercero en un riesgo jurídicamente permitido... Bajo el genérico título de "acción a propio riesgo" podemos agrupar las siguientes constelaciones: A. La participación en una

En el caso concreto, alegan los demandantes que el daño es imputable al DAS, comoquiera que sometió a sus funcionarios a un riesgo no permitido y, por lo tanto, asumió posición de garante institucional frente a sus agentes en el operativo de captura de Ramón Isaza. En criterio de los recurrentes, la falta de información, la indebida planeación y la inferioridad numérica y bélica para contrarrestar al enemigo fueron factores determinantes, en el plano objetivo, para imputarle la afectación a la demandada.

Analizado el material probatorio, se tiene que no era una obligación de las directivas seccionales y nacionales del DAS, otorgar la información sobre cuál era la diligencia judicial que se iba a desarrollar; *a contrario sensu*, hacer pender la responsabilidad de la información reservada que posee el Fiscal o Juez del caso, así como las directivas del grupo de Policía Judicial respectivo, constituye en un elemento que juega a favor de la defensa y seguridad del Estado, así como del éxito de muchas capturas u operativos judiciales.

En ese orden de ideas, no fue la reserva de la información lo que vincula el daño con el comportamiento de la administración, así como tampoco se puede censurar esa conducta por parte de las directivas del DAS.

autopuesta en peligro. B. El consentimiento en una autopuesta en peligro realizada por otro. C. Las acciones peligrosas de salvamento. D. La creación de una nueva realización de riesgo por parte de la víctima, al violar sus deberes de autoprotección." LÓPEZ, Claudia Ob. Cit., pág. 141 y 143.

¹⁴ "(...) el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume un vínculo estereotipado-inocuo con otro ser humano no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incluya el vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe prohibición de regreso con el contenido de que un comportamiento inocuo no constituye participación en una organización no permitida... Pueden discutirse los límites de la prohibición de regreso. Sin embargo, debe reconocer el principio, quien quiera seguir garantizando que no se ahogue en la masa de los posibles contactos sociales, la libertad de perseguir los respectivos fines propios. Una sociedad que está necesitada de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas, más aún, que requiere en general de la existencia de condiciones estereotipadas del comportamiento social, no puede renunciar a una prohibición de regreso." JAKOBS, Günter Ob. Cit., pág. 36 y 38.

En el plano penal, pero perfectamente aplicable a la teoría general de la responsabilidad, la teoría ha sido planteada así: "La teoría de la prohibición de regreso, en su formulación actual, trata una serie de casos en los cuales alguien colabora dolosa o imprudentemente a la realización del tipo [podríamos decir del daño], pero no existe responsabilidad para ese tercero [podríamos decir que no le es imputable el daño] porque la contribución que ha prestado se encuentra dentro del riesgo permitido." LÓPEZ, Claudia Ob. Cit., pág. 140.

¹⁵ El fin de protección de la norma se refiere al análisis que efectúa de las reglas jurídicas, técnicas, científicas o de cualquier otra índole, relacionadas con el riesgo creado, para establecer si su posible concreción se traduce en uno de carácter jurídicamente desaprobado. En materia de responsabilidad patrimonial se discute la aplicación de este elemento de la imputación objetiva a la hora de configurar el riesgo relevante, toda vez que podría suponer un traslado velado del análisis subjetivo (culpa o falla del servicio) a la atribución fáctica u objetiva. Al respecto se puede consultar: GARCÍA- RIPOLL Montijano, Martín "Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables", Ed. Comares, Granada, 2008, pág. 205.

No obstante lo anterior, sí existieron comportamientos que, en criterio de esta Sala, hacen imputable en el plano fáctico el daño a la demandada, comoquiera que de las declaraciones de los testigos se desprende que no recibieron instrucciones, ni fueron advertidos de una posible confrontación bélica. De modo que, el ataque por parte de los paramilitares tomó por sorpresa a los agentes que integraban la caravana de funcionarios públicos.

Entonces, si bien es posible que se reserve información sustancial y básica para el éxito de cualquier operación judicial, no puede someterse a los agentes públicos a un riesgo mayor al que ellos voluntariamente asumen con su vinculación legal y reglamentaria. De allí que, el haber guardado silencio respecto a la probable confrontación armada –al margen de que se pudiera inferir dado el número de agentes y el armamento– produjo un incremento en el riesgo que ellos de manera libre asumieron¹⁶.

En ese orden de ideas, se produjo un riesgo jurídicamente desaprobado ya que el principio de planeación fue desconocido por las directivas que organizaron la materialización de la diligencia judicial.

En efecto, la planeación supone la integración de diversos factores como el tiempo, los recursos a emplear, la información disponible, los riesgos previsibles, entre otros.

De modo que, en el caso concreto resulta inadmisibles y censurables que el cuerpo administrativo de seguridad e inteligencia a cargo del Ejecutivo, no tuviera en cuenta que debido a la condición de la persona que se pretendía capturar –esto es un jefe paramilitar localizado en Antioquia– era altamente probable que se produjera un fuerte combate con un número significativo de hombres.

Por consiguiente, la diligencia judicial –máxime si se contaba con el apoyo de unidades de Bogotá– debió ceñirse a los lineamientos del principio de planeación, para lo cual era preciso que se adoptaran las medidas preventivas, las

¹⁶ "Esta vinculación del Derecho a la costumbre no significa que todo aquello que sea más o menos habitual esté permitido; no se trata, por tanto, de equiparar el derecho y el promedio de la realidad. No es la praxis misma, sino las normas que determinan la práctica las que hacen parte del riesgo permitido. Sin embargo, es evidente que con frecuencia una praxis consolidada modifica las normas rectoras de la práctica, hacia una regulación más laxa o estricta. El Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad respecto de la cual ha de tener vigencia." JAKOBS, Günter Ob. Cit., pág. 33.

instrucciones adecuadas, se evaluarán los posibles riesgos, así como se efectuará la debida inteligencia para determinar más o menos el número de personas que integran el bloque paramilitar que estaba bajo el mando del mencionado Ramón Isaza.

En esa línea de pensamiento, por más inminente que sea el operativo militar o judicial dado el objetivo que se pretende alcanzar, lo cierto es que la administración pública no puede generar riesgos jurídicamente desaprobados que desconozcan el principio de confianza¹⁷, y que, por lo anterior, la sitúen en posición de garante respecto de sus agentes estatales, inclusive, cuando respecto de ellos media una relación legal y reglamentaria por medio de la cual han asumido de manera voluntaria riesgos propios de cargo.

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

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.

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

¹⁷ “[C]omo se precisó, parte del hecho de reconocer que la sociedad se mueve bajo la interacción de conocimientos y roles asignados a cada uno de los participantes, razón por la que si se defrauda el *rol* respectivo y se llega a generar un riesgo jurídicamente desaprobado, el resultado desencadenado será imputable a quien defraudó las expectativas sociales derivadas de su rol.

“Los casos más significativos en Alemania se encuentran en el tráfico vehicular y en las relaciones en las que interviene de manera significativa la confianza, tales como: la medicina, el derecho, entre otras. Así las cosas, por ejemplo, en el desarrollo del contacto social quien conduce un vehículo por un carril que tiene la luz verde en el semáforo, cree con base en el principio de confianza que el conductor de la otra vía respetará la luz roja ya que su rol social le impone ese deber de comportamiento.” GIL Botero, Enrique Ob. Cit., pág. 69.

“En segundo lugar, la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante son las únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas direcciones. Por medio de este método uno llega a las máximas éticas o a la ley natural...”¹⁸

Por su parte, en relación con el principio de confianza, la Corte Constitucional ha discurrido de la siguiente forma:

“La buena fe –o la confianza-, es un elemento indispensable en la sociedad contemporánea. No es posible el modelo de sociedad, si la confianza es traicionada de manera general. La sociedad, y para ello se apropia del sistema jurídico, requiere de la estabilización de ciertas expectativas, tales como el diligente cumplimiento de funciones sociales –o la autorresponsabilidad¹⁹-. Si tales expectativas son permanentemente frustradas, no será posible la división del trabajo (base para el modelo económico) y, mucho menos, el respeto por el sistema jurídico. En tales circunstancias, el orden desaparece del horizonte y el caos retomará el lugar perdido.

“La necesidad de proteger este recurso valioso –la confianza -, obliga a la sociedad a sancionar su traición. En este orden de ideas, el incumplimiento de los deberes resultantes de la posición de garante, implica el desconocimiento de la buena fe y una grave afectación a la confianza, y no resulta justificatorio de dicho incumplimiento, la incapacidad de gestionar correctamente los recursos que la sociedad, por conducto del legislador, ha dirigido para enfrentar determinados riesgos sociales.”²⁰ (Negrillas adicionales).

Así las cosas, al haber desarrollado un operativo judicial sin las instrucciones previas necesarias –sin comprometer la información reservada– y con carencia de la inteligencia suficiente, el DAS quedó en posición de garante institucional, razón por la cual estaba compelido a evitar el daño que pudieran recibir sus agentes o funcionarios.

De la anterior circunstancia dan cuenta los testimonios de los propios agentes del DAS que participaron del referido operativo, quienes de manera convergente indicaron la falta de instrucciones por parte de las directivas a cargo de las cuales se encontraba el desarrollo de la diligencia judicial, lo que significa que si bien existía una considerable fuerza estatal –más de 60 hombres armados– la misma

¹⁸ LUHMANN, Niklas “Confianza”, Ed. Anthropos, Ciudad de México, 2005, Pág. 5 y 6.

¹⁹ Sentencia SU-1184 de 2001.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-980 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

no era suficiente y no había recibido un grado mínimo de indicaciones sobre la posibilidad de que se produjera o desencadenara un enfrentamiento bélico.

De allí que, la diligencia judicial constituyó un fracaso porque el ataque o emboscada de los paramilitares los tomó por sorpresa y dejó a los agentes estatales indefensos, al grado tal que se limitaron a buscar refugio contra los alzados en armas sin ningún orden o estrategia, limitándose a hallar un lugar a salvo del fuego cruzado donde resguardarse.

Entonces, el daño es objetivamente imputable al DAS porque con su actuación incrementó de manera injustificada el riesgo que voluntariamente asumieron los agentes y funcionarios de esa institución, lo que desencadenó la concreción de un riesgo jurídicamente desaprobado, circunstancia por la que la institución estaba en posición de garante respecto a la vida e integridad de sus servidores.

Ahora bien, que se haya materializado un riesgo jurídicamente desaprobado o censurable, aunado al hecho de que el Estado se encontraba en posición de garante institucional frente a sus servidores públicos debido a la realización de un operativo que adolecía de instrucciones, prevenciones y estrategias frente a una probable confrontación armada, hacen que el daño sea atribuible en el plano fáctico al DAS.

Sin embargo, al margen de lo anterior, que resulta incuestionable desde el criterio dogmático, se tiene además que el desconocimiento del principio de planeación configuró una grave violación a la obligación de seguridad que el Estado debe garantizar, inclusive, a sus miembros de fuerzas armadas o de seguridad. No quiere significar lo anterior que cualquier daño sufrido por un agente de seguridad o inteligencia, así como los miembros de la fuerza pública sea automáticamente imputable a la administración pública; *a contrario sensu*, la regla general indica que los servidores públicos que asumen de manera voluntaria un riesgo en virtud de las funciones del cargo no pueden deprecar la declaratoria de responsabilidad, puesto que la lesión tuvo su génesis en esa circunstancia riesgosa que se arrojan al posesionarse en el empleo público.

Lo anterior permite señalar, a modo de conclusión, que en determinadas circunstancias el Estado puede ser declarado responsable, bajo dos títulos jurídicos de imputación, siempre que se constaten las siguientes circunstancias: i)

que exista una falla del servicio probada que haya sido definitiva en la materialización de la afectación negativa, o ii) que se haya incrementado significativamente el riesgo que de forma voluntaria acogen los funcionarios públicos, en cuyo caso el mismo pasa a ostentar la condición de excepcional y, por lo tanto, los daños que se deriven de él serán en principio indemnizables salvo que se pruebe la configuración de una causa extraña.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido:

“Se demanda la reparación de los perjuicios causados a los demandantes con la muerte de los señores JAIRO GARCIA MURCIA y LUIS ALFONSO SÁNCHEZ LOZANO, ocurrida el 19 de julio de 1994, durante una toma guerrillera al puesto de policía en el municipio de Pasca, Cundinamarca, donde ellos prestaban sus servicios. **Dado que la muerte de los agentes se produjo en actos de servicio, para establecer la responsabilidad del Estado, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección, quienes ejercen funciones relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, asumen los riesgos inherentes a la misma actividad** y están cubiertos por el sistema de la indemnización predeterminada o automática (*a forfait*), establecida en las normas laborales para los accidentes de trabajo...”²¹ (Se destaca).

“.....
.....

“En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, conscriptos, en la medida que su voluntad se ve doblegada por el *imperium* del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que, no es nada distinto, a la imposición de una carga o un deber público, es claro que la organización estatal debe responder bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al que normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

“**Diferente, a lo que ocurre con los soldados profesionales o voluntarios, donde el título de imputación aplicable es el de falla en el servicio, que se configura cuando a los mismos se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad**²².

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2000, exp. 14117, M.P. Ricardo Hoyos Duque. De igual forma se pueden consultar las sentencias del 13 de septiembre de 2001, exp. 13464 y del 25 de julio de 2002, exp. 14001.

²² En concordancia ver: Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, Expediente: 19.426, C.P. Enrique Gil Botero y Sentencia del 31 de mayo de 2007, Expediente: 16.383, C.P. Enrique Gil Botero.

“En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha entendido que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal del militar profesional es un riesgo propio del servicio que prestan en cumplimiento de operaciones o misiones militares. Al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, a menos que se demuestre que el daño deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del soldado profesional a una carga mayor que la de sus demás compañeros, con quienes desarrolló la misión encomendada.”²³ (Negrillas adicionales).

En esa línea de pensamiento, y siguiendo el consecuencial orden lógico de lo expuesto, se precisa que son dos los títulos de imputación jurídica aplicables a escenarios en los que los agentes públicos de seguridad o miembros de las fuerzas armadas sufren daños que pueden comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado. El primero, consistente en una clara inobservancia de la carga obligacional de la administración pública que se deriva del incumplimiento total, parcial o tardío de un deber que le es propio. El segundo, por el contrario, sin tener que caer en la falla del servicio de manera indefectible, se refiere al incremento –no por desatención de una obligación sino por diferentes razones relacionadas con el servicio de seguridad y protección que se presta– del riesgo al que accedieron con la vinculación legal y reglamentaria, es decir, el riesgo al que normalmente se encuentran sometidos.

En otros términos, el incremento del riesgo permitido –que pertenece a la *imputatio facti*– sólo será imputable en términos de la atribución jurídica (*imputatio iure*) cuando se acredite que esa circunstancia obedeció a una precisa circunstancia desligada del incumplimiento del contenido o la carga obligacional de la entidad. Escenario distinto ocurrirá cuando se constate la existencia de una falla del servicio, porque en estos eventos no es el riesgo o su incremento lo que desencadena la atribución jurídica o normativa del daño, sino el desconocimiento de una obligación en concreto.

En el caso *sub examine*, en primer orden, el daño resulta imputable o atribuible en términos jurídicos al DAS, porque desconoció el principio de planeación, ya que, se itera, resulta inadmisibles que el Departamento Administrativo de Seguridad [hoy Dirección Nacional de Inteligencia], no hubiera precavido un inminente enfrentamiento armado con los paramilitares que se encontraban bajo el mando

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, expediente 20.168. C.P. Enrique Gil Botero

de Ramón Isaza, así como el haber adelantado labores de inteligencia previa para definir más o menos la fuerza en términos de número de hombres y armamento del enemigo, e igualmente resulta claro que no se dieron instrucciones o indicaciones estratégicas para cuando se arribara al lugar donde se desarrollaría el operativo.

La falla del servicio se encuentra probada porque las directivas a cargo del operativo judicial limitaron, en extremo, la información suministrada a los agentes que participaron de la misma, toda vez que sólo hasta que llegaron al caserío donde se encontraba el líder paramilitar informaron a los agentes sobre el posible intercambio de disparos y sobre la peligrosidad de la misión, amén de que el supuesto incremento del riesgo, como se viene de exponer también se dio.

4. Liquidación de perjuicios

4.1. Perjuicio moral

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada²⁴ 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.

En ese sentido, un representante de la más excelsa doctrina nacional sobre la materia, precisó respecto del concepto de familia lo siguiente:

“Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y

²⁴ 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.

prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.”²⁵

Así las cosas, se accederá a los requerimientos deprecados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado²⁶.

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 C²⁷– 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 persona.

En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos

²⁵ ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 1º de febrero de 2012, exp. 20106 y del 14 de marzo de 2012, exp. 21859, M.P. Enrique Gil Botero.

conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones:

Los perjuicios morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

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

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

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

“2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste

por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

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

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

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

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.”**²⁸ (Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su

²⁸ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “*adecuada*” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más “*benigna*” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “*compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad*”.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación²⁹, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación³⁰. El primero se explica así: “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”³¹. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “*per se*” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados³².

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

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

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la

²⁹ La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” Ibidem, pág. 575.

³⁰Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

³¹Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibidem pág. 99.

³²Ibidem, p. 101 a 103.

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

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”³³

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

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

³³ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

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

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”³⁴

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

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

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

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

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

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu

³⁴ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”³⁵

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

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien – como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

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

ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”³⁶

Esta orientación jurisprudencial, es la misma que ha trazado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, que por su importancia se transcribe, *in extenso*³⁷:

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

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

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

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

“(…) El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el

³⁶ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

hecho, *ad exemplum*, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad -*verbi gratia*, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “*que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo*” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral- Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

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

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

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

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

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

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... económicamente inasibles ...” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado *arbitrium iudicis*”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...” (G. J. Tomo LX, pág. 290)”. (sentencia del 10 de marzo de 1994)” (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

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

“(...) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el

marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

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

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

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

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

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

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

“En el caso concreto, por la gravedad del marco de circunstancias en que falleció el joven Aream Alexander Verano, lo que de suyo

generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con los padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor, la Sala estima pertinente ajustar el valor de referencia para reparar el daño moral a la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000) moneda legal colombiana.

“Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento de una jurisdicción en particular, reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios corresponderá al juez de conocimiento, de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo al tradicional criterio del *arbitrio iudicis*.”³⁸

Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto³⁹.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. 1999- 533, M.P. William Namén Vargas.

³⁹ Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: “C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes. “Se presume judicialmente que la madre y los hermanos de Carlos sufrieron con su muerte; pues de la misma presunción de hombre se infiere que la muerte de una de esas personas causa congoja; además como se probó que todos aquellos se preocupaban mutuamente, se puede deducir que la pérdida de uno de los integrantes de la familia primigenia produce en los otros un sentimiento negativo de pesadumbre. El hecho relativo a que Carlos Ernesto no vivió siempre con ellos no es hecho que desvirtúe el hecho social de afecto entre hijo y madre y hermanos y hermanos, pues la relación humana cercana no se deriva del aspecto meramente territorial, sino del vínculo espiritual” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, exp. 13109, M.P. María Elena Giraldo.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo⁴⁰.

Si se profundiza en el ejercicio hermenéutico, habría que concluir que si el daño antijurídico proviene de la muerte de un hijo cuyos padres residen en otro país, sin importar el profundo y real afecto existente entre ellos, habría que reducirles la indemnización frente a los padres de otra víctima que aunque convivía con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto tendrían derecho a una mayor indemnización en virtud de la idoneidad y la variable convivencia que impacta significativamente la reparación según los cuadros y la argumentación contenida en la sentencia.

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

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

“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado

⁴⁰ “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macrorregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

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

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

“(…) Demostradas las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante con Luis Alfonso Ríos González, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte de éste; puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora. Bastarían, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. No obstante, al respecto, obran también en el proceso los testimonios de José Leonardo Buitrago Morales y Alexander Marín Salazar, amigos de la familia de la víctima (folios 69 a 75 del cuaderno 2), que demuestran, de manera directa, la existencia y la intensidad del perjuicio sufrido.

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

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

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

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

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

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

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”⁴¹
(Se destaca).

El *arbitrio iudicis* 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

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley⁴².

Por consiguiente, la distinción que por vía de una eventual aplicación del principio de proporcionalidad en esta materia, sí que afectaría o afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual las providencias que sean proferidas con fundamento en el citado criterio podrían ser –ellas sí– pasibles de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del mencionado instrumento se resquebraje la mencionada garantía esencial⁴³.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes comoquiera obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula. En efecto, de estos documentos, se da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de las lesiones sufridas por Luis Alfredo García y Jorge Iván Giraldo, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir⁴⁴ que las lesiones de un pariente cercano causan un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de

⁴² "Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee." FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón "Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial", Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

⁴³ "Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas." Plauto.

⁴⁴ Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: "La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la experiencia y la ciencia. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. **La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...**" (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002) (negrilla de la Sala)

la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes– no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A., norma aplicable única y exclusivamente a las decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos, toda vez que esa circunstancia garantiza y permite que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales– la condena mantenga su actualidad y, por lo tanto, no se altere o afecte en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda⁴⁵.

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

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

⁴⁵ Y, si bien a lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado algunos Magistrados han profesado la interpretación contraria, lo cierto es que la misma siempre ha sido minoritaria, de modo que el contenido y alcance del artículo 178 del C.C.A., se ha restringido o limitado a los perjuicios materiales que son fijados, como se ha señalado, en sumas líquidas de dinero. En efecto, uno de los representantes de la posición minoritaria fue el Conjuez Hugo Palacios Mejía, quien en un salvamento de voto del expediente No. 9764, precisó: “Por fortuna, no puede decirse hoy, como se dijo en 1978, que no existe antecedente legislativo que indique cómo debe actualizarse las condenas. En efecto, el artículo 178 del código Contencioso Administrativo es terminante al prescribir que: “La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor. // “La manera de hacer el ajuste de valor en las condenas debe ser, pues, por medio del índice de precios al consumidor, o al por mayor, según haya solicitado y justificado el demandante. El artículo 106 del código penal, como dijo el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, solo es aplicable por extensión o analogía. El artículo 178, en cambio tiene aplicación directa en estos procesos. En síntesis, a mi juicio, la forma correcta de aplicar los artículos 106 del código penal, y 178 del código contencioso administrativo, que no son contradictorios sino complementarios, consiste en determinar el valor que tenían 100 gramos oro en 1980, y actualizar ese valor, expresado en pesos, utilizando para hacer la actualización el índice de precios al consumidor, y no el precio del oro”.

obligación, cualquiera que sea la fuente de ésta, en lo atañadero al daño moral.

“(…)

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

“(…)

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

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

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

familiar, etc.⁴⁶, ya por esta vía se puede caer –como efectivamente ha ocurrido de manera reciente en diversas providencias– en la reparación simbólica del daño moral, lo cual deviene inadmisibile, tal y como lo pone de presente el reconocido doctrinante Ramón Daniel Pizarro, en su obra sobre el daño moral, en los siguientes términos:.

“Durante años el daño moral ha estado a la zaga del daño patrimonial, sin merecer una valoración conceptual y funcional autónoma. Su existencia en el mundo jurídico parecía más formal que real, y esto muchas veces se tradujo en decisorios marcadamente injustos y desnaturalizantes de aquella figura.

“Los tiempos han cambiado y es otra la ponderación que hoy asume el daño moral. **De nada sirve formular la construcción doctrinaria más perfecta si, a la hora de su aplicación práctica, por temor, desconocimiento o por preconceptos, el quantum indemnizatorio se traduce en una suma inepta para repararlo. Insistimos en que una indemnización simbólica es una burla para el damnificado y un motivo de enriquecimiento indebido para el responsable que el derecho no puede consentir.**”⁴⁷

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

⁴⁶ “¿Sabes qué decía mi padre? Él se encoge de hombros. Instintivamente enciendo la grabadora. *Que no es la distancia sino la proximidad lo que nos hace invisibles.*” MEDINA, Efraim “Lo que todavía no sabes del pez hielo”, Ed. Planeta, 2012.

⁴⁷ PIZARRO, Ramón Daniel “Daño Moral”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 342 y 343.
“En los anteriores términos, la Sala encuentra que debe ofrecerse una compensación mixta por la afectación que sufrió la lesionada únicamente, constituida por una valor simbólico tasado en tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en la exigencia al Director o Representante Legal de la entidad demandada de presentar disculpas por escrito y en un acto en las instalaciones del Hospital en el que se reconozca la falla cometida. Se trata, sin duda para la Sala, de “una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado”, ya que debe tenerse en cuenta que el “hombre libre y su integridad física están muy por encima de semejante tasación pecuniaria (liberum corpus nullam aestimationem recipit, D.9, 1, 3; D.9, 3, 7)” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, exp. 21460.

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

La fuerza vinculante de esta regla jurídica se encuentra en el precedente horizontal que desde el año 2001 ha trazado o fijado la Corporación, por consiguiente, es deber del Juez de lo Contencioso Administrativo ceñirse a los parámetros fijados por su propia jurisprudencia que es vinculante. Una postura contraria, tendría que ser sometida a la Sala Plena de la Sección Tercera –y eventualmente ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo– para que se definiera a partir de los principios de suficiencia y razonabilidad si es preciso o no un cambio en la línea jurisprudencial.

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

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

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

“(…) El carácter vinculante del precedente judicial está en directa relación con los razonamientos obligatorios incorporados en la parte motiva de las sentencias, relacionados con la situación fáctica que

envuelve el caso y que fueron determinantes para la solución del litigio, esto es, en la denominada ratio decidendi de la misma, cuya identificación si bien es cierto debe ser el producto de la interpretación constitucional, de todas maneras la jurisprudencia ha decantado reglas para su ubicación e identificación en aras de la seguridad jurídica y su perfecta delimitación con los aspectos de la sentencia no vinculantes.

“(…) El capricho del operador judicial, desconociendo el precedente judicial constitucional, no puede explicar más que situaciones de abuso de poder y de posible desvío del mismo, que pone en riesgo no solo el interés general de la comunidad, los derechos de la colectividad, sino también los derechos subjetivos de los asociados (debido proceso y acceso a la administración de justicia), la libertad individual, la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, de tal manera que los asociados no pueden quedar bajo estas circunstancias sometidos a los cambiantes criterios de los jueces, en detrimento de la autonomía individual; y, sobre todo, violentando el principio constitucional de igualdad, en la medida en que se estaría sometiendo a tratamientos jurídicos diferentes situaciones fácticas similares.”⁴⁸ (Se destaca).

En similar sentido, la Corte Constitucional ha señalado en relación con el denominado precedente horizontal, lo siguiente⁴⁹:

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

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

“En materia de precedente horizontal deben tenerse en cuenta dos factores. De una parte, el órgano que realice el cambio de precedente y, por otra, las condiciones de realización del mismo. En cuanto al primero, cabe distinguir entre un precedente dictado por un juez unipersonal de aquellos precedentes dictados en corporaciones judiciales,

⁴⁸ SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 34 y s.s.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (E)

integradas por distintas salas de decisión. En el primer evento no existe dificultad en aceptar la vinculación del precedente al propio juez. Lo mismo no ocurre respecto de corporaciones con diversas salas de decisión. ¿Está la sala de decisión de un Tribunal 2 sometida al precedente fijado en la sala de decisión 1 del mismo Tribunal? La Corte Constitucional considera que sí, por dos razones independientes entre sí.

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

“11.1.1 De acuerdo con el Reglamento de los Tribunales del país, las salas de decisión están conformadas de tal manera que un mismo magistrado es presidente de una sala, en la cual presenta sus ponencias, y a la vez participa de otras salas. De esta manera existe un sistema de encadenamiento entre las distintas salas de decisión, que permiten que, en términos globales, todas las decisiones sean conocidas por los integrantes de la Corporación. El modelo parte de la idea de que una posición asumida por una sala X, será defendida por sus integrantes en las salas en que ellos participan, generándose un efecto multiplicador, pues los otros integrantes de las salas de decisión defenderán la misma posición en sus respectivas salas. Este es un mecanismo institucional para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia de cada tribunal del país.

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

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

permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho para casos similares, en los estrados judiciales.

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

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

“.....
.....

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

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

“Para efectos de separarse del precedente por revisión son necesarios dos elementos. De una parte referirse al precedente anterior y, por otra, ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio. El primer requisito es respuesta al principio de interdicción de la arbitrariedad, pues sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de

su existencia. El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido rationes decidendi, que los ciudadanos legítimamente siguen.

“A partir de la referencia al precedente anterior, es posible entrar a ofrecer argumentos suficientes que justifiquen su abandono o revisión. No se trata, en este orden de ideas, simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta indispensable demostrar que los argumentos que soportan el precedente no son válidos, suficientes, correctos, etc. El juez tiene la obligación de motivar sus decisiones. Ello implica el justificar su postura frente a otras consideraciones que han sido base de decisiones anteriores. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho. Sin dichas razones, el cambio de jurisprudencia será simplemente la introducción de un acto discriminatorio, incompatible con la Constitución. En el fundamento 10 b) de esa sentencia se han presentado razones que hacen válido y admisible el cambio o separación del precedente.”⁵⁰ (Negrillas adicionales).

Como se aprecia, las diversas Subsecciones que integran la Sección Tercera han venido aplicando el criterio del *arbitrio iudicis*, en armonía con los principios de equidad, razonabilidad y racionalidad, en los términos que ha acogido la Corte Constitucional en diversas oportunidades de manera reciente.

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

Por lo tanto, mal se hace en confundir o entender que la exigencia de razonabilidad y racionalidad, así como de aplicar los principios de equidad y reparación integral de manera conjunta con el arbitrio judicial configura una

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

falencia por carencia de justificación del *quantum* del perjuicio moral. *A contrario sensu*, la Corte Constitucional coincide con el razonamiento del Consejo de Estado de Sala Plena y de sus diferentes Secciones y Subsecciones, que ha defendido la libertad probatoria y el prudente arbitrio judicial, aplicado conforme a los precedentes judiciales y a las presunciones o inferencias fijadas por esta Corporación.

De manera que, se itera, arbitrio iuris no puede ser asimilado a arbitrariedad, por el contrario a partir del arbitrio se aplica una discrecionalidad que exige del funcionario judicial un altísimo razonamiento para: i) identificar si de conformidad con los supuestos fácticos existe un precedente aplicable, ii) si existe el pronunciamiento vinculante, aplicarlo y justificar por qué es pertinente para la solución del caso concreto, o iii) en caso de que no sea pertinente, indicar las razones y circunstancias –de forma explícita y suficiente– por las cuales se aparta del mismo⁵¹.

El funcionario judicial no puede convertirse en un autómatas en tratándose de la liquidación del perjuicio moral; resulta evidente que las situaciones fácticas que se relacionan con este tipo de daños vinculan las fibras más sensibles del ser humano, esto es, la existencia, la familiaridad, la solidaridad, la angustia, el sufrimiento, el dolor del alma, el miedo, el temor, la soledad, entre muchas otras⁵².

Ahora bien, el hecho de que la Corte Constitucional en fallos recientes⁵³ haya prohijado la necesidad de que el operador judicial de lo contencioso administrativo aplique los principios de razonabilidad y racionalidad no puede ser entendido –o

⁵¹ "La vinculación al precedente no impedirá que el órgano judicial cambie la interpretación de una norma, y con ello dé entrada a un nuevo proceso de normalización jurisprudencial. La sucesión de paradigmas interpretativos en aplicación de idéntico texto legal viene exigida por la historicidad de la realidad social y jurídica, constituyendo una exigencia de justicia. Para garantizar ésta y –subsidiariamente– preservar la seguridad jurídica, el juez ha de aportar una fundamentación objetiva y razonable. Deberá hacerlo en todos los casos en que cambie de criterio interpretativo diacrónicamente; a diferencia del legislador, cuyo enlace directo con la soberanía popular hace presumir legítimo cualquier cambio normativo, debiendo justificar tan sólo aquellos que impliquen un tratamiento sincrónico desigual entre los ciudadanos." OLLERO, Andrés "Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial", Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 77.

⁵² "Hacer justicia o pedirla –cuando se procede de buena fe, es lo mismo – constituye la obra más íntima, más espiritual, más inefable del hombre. En otros oficios humanos actúan el alma y la física, el alma y la economía, el alma y la botánica, el alma y la fisiología; es decir, un elemento material y externo. En la abogacía actúa el alma sola, porque cuanto se hace es obra de la conciencia y nada más que ella. No se diga que operan el alma y el Derecho, porque el Derecho es cosa que se ve, se interpreta y se aplica con el alma de cada cual; de modo que no yerro al insistir en que actúa el alma aislada." OSORIO, Ángel "El Alma de la Toga", Ed. Difusión Jurídica Editores, Bogotá, 2003, pág. 16 y 17.

⁵³ Corte Constitucional, sentencias T-351 de 2011, T-464 de 2011 y T-212 de 2012.

darle una lectura– en el sentido de que sólo el principio de proporcionalidad es el que garantiza la materialidad de esos postulados; lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestáltica, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los test de igualdad propuestos, ix) el principio de proporcionalidad, x) la sana crítica, xi) las reglas de la experiencia y, tal vez el más importante para los abogados que es, xii) el sentido común⁵⁴.

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

“En ese orden de ideas, es posible identificar con plena claridad, la existencia de una línea jurisprudencial consolidada en el Consejo de Estado (Sección Tercera) en materia de daño moral y tasación de perjuicios morales. Esa jurisprudencia fue sentada en fallo de 6 de septiembre de 2001⁵⁵ y ha sido reiterada en un amplio número de pronunciamientos posteriores. En esa sentencia es posible, además, identificar *subreglas* concretas, a partir de las cuales puede efectuarse el análisis sobre la configuración del defecto o defectos alegados por el Icfes.

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

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

⁵⁴ “VII. Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.” OSORIO, Ángel Ob. Cit. Pág. 336.

⁵⁵ Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(Expedientes 13232-15646).

“La reparación, en efecto, conforme a nuestro sistema legal, sólo debe atender a la entidad del daño mismo; debe repararse todo el daño causado, y sólo el daño causado, independientemente de la culpabilidad de su autor, o de la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, y éste es un principio común a todos los casos, al margen de que la reparación se efectúe en un proceso penal, civil, laboral, contencioso administrativo o de otra índole. Este postulado básico (...) fue consagrado de manera expresa por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos: “Art. 16.- Valoración de los Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. No puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad. No 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. Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones. En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral. Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede

fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.

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

“En ese marco, el último cargo que aborda la Sala plantea asuntos de especial trascendencia para el derecho constitucional en tanto (i) deja abierta la duda de la vinculación de los jueces administrativos a la jurisprudencia del Consejo de Estado; (ii) formula el problema de si, en la materia, debe aceptarse una discrecionalidad plena del juez, lo que, en principio, podría afectar el derecho al debido proceso y el derecho a la motivación de los fallos judiciales; y (iii) plantea la inquietud de qué debe entenderse por equidad y/o si existen parámetros racionales para que la tasación del daño sea objeto de una justificación susceptible de ser ilustrada intersubjetivamente, y por lo tanto, de control legal y constitucional.

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

motivar los pronunciamientos judiciales.”⁵⁶ (Negrillas adicionales – subrayado del texto original).

“.....
.....

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

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

“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho 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. [...]”⁵⁷

“7.2.1.6. La jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser *intensa*, no puede ser cualquier tipo de contratiempo.⁵⁸ En tal

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-351 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara).

⁵⁸ 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

medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales.⁵⁹ Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados.⁶⁰

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

“Pero ello, claro está, no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad,

ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon.”

⁵⁹ Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 (CP Hernán Andrade Rincón) [Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109)]. Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: *‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’* (fl. 48 C. 2). || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes trascrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos. || De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso.”

reclamen soluciones iguales.⁶¹ Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminadoras.

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

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

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

“7.2.1.8.1.2. No obstante, esta forma ‘racional’ de aplicación del derecho comenzó a ser cuestionada, especialmente después de los sucesos acaecidos durante la segunda guerra mundial, por permitir

⁶¹ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de marzo 7 de 2002 (CP Jesús María Carrillo Ballesteros) [Rad. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807)]. La sentencia sostiene al respecto lo siguiente: “Tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de la indemnización del perjuicio moral no es reparadora ni restitutoria, sino compensatoria. En este sentido, asiste razón al apelante cuando afirma que todo el oro del mundo es insuficiente para compensar la pérdida que causa la muerte de un inocente niño. || Y es, precisamente, sobre la anterior premisa que la jurisprudencia ha construido su criterio para la valoración e indemnización del perjuicio, en el que reconoce discrecionalidad al juzgador y apela a su buen juicio, pero que exige del mismo la observancia de principios tales como la equidad y la igualdad, en aras de los cuales, y sin que ello implique desconocer las circunstancias propias de cada caso, al entrar a fijar la indemnización debe concederla en un monto similar al reconocido frente a hechos similares. || Aunque por mandato Constitucional los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, la misma Carta reconoce los criterios auxiliares que para la actividad judicial representan los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina. || Bajo este universo, para la Sala es claro que, en tanto no contravengan ni el texto ni el espíritu de la ley, las directrices jurisprudenciales constituyen un importante instrumento para quien administra Justicia, además de brindar seguridad a los asociados sobre las pautas que regirán la resolución de sus conflictos.”

llegar a conclusiones que si bien eran lógicas, desde la perspectiva del silogismo judicial, eran totalmente '*irrazonables*' desde un punto de evaluación más amplio. Es decir, se criticaba la posibilidad de tener decisiones racionales, desde una perspectiva de deducción conceptual y lingüística, más no razonables, desde una perspectiva instrumental y valorativa.

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

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

"No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutiblemente derecho a entrar ella, junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto de 'perro'. Si el legislador hubiera querido prohibir también el caso con osos, tenía dos caminos para hacerlo así: o bien haber añadido la palabra 'osos' a continuación de la palabra perros; o bien haber empleado una designación más amplia, por ejemplo 'animales de cierto tamaño'; o 'animales peligrosos' o 'animales que puedan ocasionar molestias a los viajeros', o simplemente 'animales', pero lo cierto es que usó la palabra 'perros', la cual es perfectamente unívoca y no ofrece ninguna posibilidad racional de que se le dé un sentido diverso del que tiene, ni más amplio ni más restringido: ni animales diferentes de los perros, ni una determinada especie de perros: sencillamente cualquier perro y nada más que los perros.

"Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier lego en la materia de Derecho, pero con sentido común, habrá de reputar como descabellada esta interpretación, aunque ella sea incontrovertiblemente correcta, la única absolutamente correcta, desde el punto de la lógica tradicional. Este caso, ciertamente tan sencillo, constituye un impresionante síntoma del hecho de que por lo visto la lógica tradicional es inadecuada, al menos en parte, para iluminarnos en la interpretación de los contenidos de los preceptos jurídicos. La contemplación de este caso nos sugiere irresistiblemente

las vehementísimas sospechas de que hay problemas de interpretación jurídica, para los cuales la lógica tradicional no sólo no nos sirve, sino que produce consecuencias disparatadas. ¿Por qué? Porque la lógica tradicional [...] no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.”⁶²

“7.2.1.8.1.4. A la luz de la aplicación del derecho que demandarían las nociones de subsunción conceptual de la lógica clásica, la solución *racional*, como sostiene Recasens Siches, es claramente *irrazonable*. **Si bien es imposible deducir de la mera aplicación literal de la regla que los osos quedan excluidos de poder ingresar a la estación de trenes, es claro, de acuerdo al sentido común, que si se considera incompatible el ingreso de perros, con mayor razón la de osos. No tiene sentido que ningún guarda deje entrar al oso, así el cartel hable únicamente de perros. Pero, se insiste, esta inferencia es razonable, no racional.**⁶³

“7.2.1.8.1.5. Además de mostrar que la aplicación del derecho tiene que ver más **con la ‘lógica de lo razonable’**, que con la ‘lógica de lo racional’, el ejemplo permite desvirtuar la afirmación según la cual, la interpretación de un texto jurídico sólo tiene lugar en aquellos casos en que el mismo no es claro, y su sentido ha de ser precisado. La vieja regla de interpretación según la cual, no es dado al interprete buscar el sentido de una norma cuando su sentido literal es claro. Si se aplicara esta regla clásica de interpretación al caso de la estación de trenes citada por Recasens Siches, se tendría que concluir necesariamente que el oso sí puede entrar a la estación de trenes. Es decir, nuevamente la solución racional del caso sería irrazonable. El dueño del oso en el ejemplo, podría insistir diciendo lo siguiente: – *según una aplicación literal del texto (se prohíbe el paso al andén con perros), mi perro puede entrar; el texto es claro en tal sentido. Y es precisamente esa claridad del texto, la que impide que se trate de dar otra solución al caso, cambiando la regla aplicable con base en una interpretación que apele al ‘espíritu de la norma’*–.

“Por supuesto, bajo el orden constitucional vigente, ninguna autoridad puede amparar una decisión jurídica que sea irrazonable por el hecho de fundarse en una aplicación racional de los textos. Una lectura de una norma legal que desatienda o desproteja los valores, bienes y principios que son objeto de protección jurídica de la propia norma, por ejemplo, es irrazonable jurídicamente, sin importar cuán racional sean los argumentos que sostengan tal

⁶² RECASENS SICHES, Luis (1956) *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Editorial Porrúa S.A. México, 1980. pág. 165. Con relación al origen del ejemplo dice Recasens Siches: “Aunque sin sacar de él ni remotamente las consecuencias que me parecen pertinentes, Radbruch [Gustav Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914]. –tomándolo creo que de Petrasyski– relata un caso, el cual, aunque muy sencillo, puede servir para ejemplificar con gran relieve la idea que propugno en este libro, y que acabo de bosquejar”.

⁶³ Existen diversas formas de usar la expresión ‘racional’; acá se hace referencia con esta expresión a la lógica clásica tradicional con base en la cual se construyó buena parte del saber jurídico tradicional.

lectura del derecho. Incluso, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, antes del cambio a la Carta Fundamental en el año 1991, el Congreso de la República había excluido de amplias áreas del derecho la centenaria norma de prohibición de interpretación de textos que fueran claros (v. gr., de códigos completos que regían parte importante de la población).⁶⁴

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

“La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o intuición judicial. El ejercicio de la discrecionalidad debe tener en cuenta (a) “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) “*la gravedad objetiva de la lesión*”. En cualquier caso, la decisión de definición de los perjuicios morales deben tener en cuenta los principios de *equidad, razonabilidad y reparación integral*.

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

“(...)”⁶⁵ (Negrillas y subrayado adicionales).

De la simple lectura de las recientes sentencias de la Corte Constitucional que se han ocupado del perjuicio moral y su tasación, se pueden extraer varias conclusiones: i) existe una línea jurisprudencial consistente y estable que configura un precedente horizontal que tuvo como sentencia fundadora e hito, la

⁶⁴ Por ejemplo, a propósito de la aplicación de Código de la Infancia de 1989, la Corte Constitucional indicó lo siguiente: “[...] cuando una persona va a interpretar el sentido de una disposición normativa, para con base en ella tomar una decisión que afecta a la vida de un menor, *el interés superior del menor* se tomará en cuenta por encima de cualquier otra consideración (art. 44, C.P. y art. 20, C. del M.) El artículo 22 del Código del Menor hace explícita esta consideración hermenéutica al imponer al intérprete del texto la siguiente regla de lectura: ‘*la interpretación de las normas contenidas en el presente Código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor.*’ El Código no otorga espacio de discrecionalidad al intérprete para usar o no el parámetro de lectura. || No se trata de una regla de interpretación residual que sólo debe usarse en aquellos casos en que la ley ‘no sea clara’, se trata de una pauta de interpretación obligatoria en todos los casos. En otras palabras, no es aceptable dentro del orden constitucional vigente entender el significado de una norma del Código del Menor, tanto en general como en el caso concreto, que no implique en efecto, la protección del interés superior del menor, así se trate de una lectura fiel al texto.” Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Manuel José Cepeda Espinosa, SV Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Alvaro Tafur Galvis).

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2012, M.P. María Victoria Calle.

adiada el 6 de septiembre de 2001, y que avala como principal instrumento para la tasación del perjuicio moral el *arbitrio iudice* que refleja una discrecionalidad judicial sin que se pueda caer en la arbitrariedad, ii) el fundamento del arbitrio judicial se encuentra en una lógica de lo razonable, circunstancia por la cual para su concreción se deben exponer justificaciones frente al caso concreto –lo que nunca se ha negado desde el plano del arbitrio judicial–, iii) para la idónea liquidación del perjuicio material es necesario concordar o sopesar el arbitrio judicial con los principios de equidad y de reparación integral, iv) el valor de la indemnización atenderá a las condiciones particulares de la víctima y **v) a la gravedad objetiva de la lesión**⁶⁶.

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

Lo anterior, por cuanto las reglas de la experiencia⁶⁷, y la práctica científica⁶⁸ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser

⁶⁶ "Por lo pronto, el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. **Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto.**" (Se destaca) PIZARRO, Ramón Daniel "Daño Moral", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 340.

⁶⁷ "El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias sociales y económicas (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo.

querido o cuando se padecen lesiones se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo, presunción que se hace extensiva inclusive a los abuelos y nietos.

En esa línea de pensamiento, de la mano de las consideraciones expuestas por esta Corporación y por la jurisprudencia constitucional, es posible afirmar sin anfibología que la exigencia de razonabilidad y racionalidad en la valoración y tasación del perjuicio moral no es incompatible con el arbitrio judicial. Por el contrario, el *arbitrio iudicis* en aras de no caer en la arbitrariedad, exige del operador judicial una carga mínima de argumentación a través de la cual, previo el análisis del caso concreto y de las condiciones particulares de las víctimas, se determine la aplicación del precedente a partir de las subreglas que esta Sección ha delimitado, según las cuales en casos de muerte o lesiones, el dolor moral se presume, mientras que para otro tipo de afectaciones es necesario acreditar su existencia o configuración (v.gr. la pérdida de bienes inmuebles, etc.)⁶⁹.

En consecuencia, resulta imperativo para esta Sala reiterar su precedente horizontal y, por lo tanto, la línea jurisprudencial sobre la materia, según la cual los perjuicios morales dada su connotación de inconmensurables no pueden ser sometidos a reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización, ya que están encaminados a compensar –no indemnizar– bienes jurídicos de contenido personalísimo –subjetivos– y, por ende, que no pueden ser sometidos a una ponderación, ya que no existen derechos en conflicto o tensión. De este modo, la Sala acoge los planteamientos críticos del profesor Rafael Asís, quien en relación

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

⁶⁸ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. <http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf> “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida.”

⁶⁹ “He contemplado los afectos humanos, como son el amor, el odio, la ira, la envidia, la gloria, la misericordia y las demás afecciones del alma, no como vicios de la naturaleza humana, sino como propiedades que le pertenecen como el calor, el frío, la tempestad, el trueno, y otras cosas por el estilo que a la naturaleza del aire.” SPINOZA, Baruch “Tratado Político”, Ed. Alianza, Madrid, 2004, introducción.

con el principio de proporcionalidad o ponderación ha formulado los siguientes cuestionamientos:

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

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

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

“(…) Como hemos visto estos subprincipios plantean una serie de problemas y, difícilmente, puede decirse que con su utilización se garantiza el logro de las únicas decisiones correctas.”⁷⁰

Así las cosas, como 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 naturaleza y la gravedad de la lesión, razón por la cual se asignarán los porcentajes, para cada uno de los demandantes, en los valores que se indican a continuación:

⁷⁰ DE ASÍS, Rafael “El juez y la motivación en el derecho”, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 114 a 117.

Jorge Iván Giraldo Giraldo	80 SMMLV
José Heriberto Giraldo Morales	40 SMMLV
Alicia Giraldo Martínez	40 SMMLV
Luis Alfredo García	80 SMMLV
Luisa Fernanda Giraldo Jaramillo	40 SMMLV
Miznery García Garzón	40 SMMLV

4.2. El daño a la salud

En relación con este perjuicio, la Sala reitera los planteamientos contenidos en las sentencias gemelas unificadoras del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, proferidas por la Sección Tercera, así como las precisiones introducidas con los fallos del 28 de marzo y del 18 de julio del año en curso, exp. 22163 y 22417, providencias en las que se ha acogido el concepto de daño a la salud como perjuicio inmaterial, aunado al moral, cuando la persona sufre una lesión en su integridad psicofísica, es decir, en su estado de salud.

En efecto, en los primeros pronunciamientos mencionados, la Sala discurrió, así:

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

“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

“Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido

a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad⁷¹.

“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 daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...**”⁷² (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

⁷¹ “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.

⁷² VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

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)⁷³, 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)⁷⁴.

“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 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 patrimonial⁷⁵. 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

⁷³ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

⁷⁴ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

⁷⁵ 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.

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 idéntica⁷⁶. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

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

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”⁷⁷.

“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

⁷⁶ “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.

⁷⁷ “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 sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

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

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

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal⁷⁸.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, 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

⁷⁸ “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.

prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que 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 abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

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

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

De otro lado, en los fallos referidos del año en curso se determinaron, de acuerdo con el principio del *arbitrio iuris*, los parámetros de liquidación y valoración del

daño a la salud, en cuanto a su contenido objetivo (estático) y subjetivo (dinámico); en las providencias se estableció lo siguiente:

“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 itera, 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” (Se destaca).

Conforme a lo anterior, debe señalarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de Luis Alfredo García y Jorge Iván Giraldo ascendió al 72%, se les reconocerá por este concepto el valor de 288 salarios de la misma índole, a favor de cada uno, 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 de los demandantes principales.

4.3. Perjuicios materiales – lucro cesante – compensatio lucri cum damno

Los lesionados directos solicitaron la indemnización de lucro cesante derivado de la incapacidad laboral decretada, según la cual, perdieron un 72% de la misma.

No obstante, obra en el proceso certificación expedida por el DAS, según la cual los demandantes, con posterioridad al daño, siguieron vinculados a la institución demandada devengando un salario mensual.

De conformidad con los lineamientos jurisprudenciales de esta Corporación, es posible predicar la acumulación de lucros cuando: i) el ingreso tiene una causa jurídica diferente (v.gr. la pensión de invalidez con el lucro derivado de la responsabilidad) y ii) siempre que no opere la subrogación (v.gr. seguros de daños).

De modo que, *prima facie*, en el caso concreto sería procedente el reconocimiento de lucro cesante a favor de los demandantes principales, pues la causa del lucro reclamado es producto de un daño antijurídico imputable al DAS. No obstante, el perjuicio reclamado, esto es, se itera, el lucro cesante o los ingresos dejados de percibir debido a la lesión, no se encuentran acreditados en el proceso. A contrario sensu, de las pruebas que integran el acervo probatorio se puede inferir que la entidad demandada asumió el pago del “supuesto” lucro padecido por los demandantes, toda vez que los mantuvo vinculados al servicio –con

independencia del porcentaje de incapacidad laboral que era suficiente para haberlos declarado inválidos en el sistema de seguridad social.

En esa línea de pensamiento, no se pretende modificar el criterio que ha imperado desde la sentencia del 7 de febrero de 1995, exp. S-247, M.P. Carlos Arturo Orjuela, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, y que reconoce la posibilidad de acumular los lucros (*acumulatio lucri*) cuando los ingresos que no ingresaron o no ingresarán –a la luz de las definiciones del artículo 1614 del Código Civil– tuvieron una causa jurídica diferente⁷⁹.

En otros términos, se denegará –dadas las particularidades del caso *sub lite*– el reconocimiento de lucro cesante, en tanto que la entidad demandada demostró o acreditó que los agentes –que obran como demandantes– no han sufrido el lucro cesante alegado, pues han continuado vinculados laboralmente con la entidad demandada –e inclusive ocupan mejores cargos a los que tenían al momento de padecer el daño antijurídico–.

Así las cosas, la Sala insiste que en tratándose del perjuicio material la víctima no debe reclamar la reparación de la capacidad laboral genérica, sino la afectación que la incapacidad o la invalidez –debidamente declarada– produce en sus ingresos, lo anterior, comoquiera que una postura contraria podría transgredir el principio de la prohibición de enriquecimiento injustificado contenida en el artículo

⁷⁹ “La Sala estima en este momento que es menester rectificar la jurisprudencia anterior y acoger como nueva doctrina de la Corporación la que sostiene la sentencia suplicada, pues es incuestionable que las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge supérstite y demás causahabientes tienen como fuente la relación jurídico laboral del causante con la Administración Pública, en tanto que la indemnización reconocida en el proceso en cuestión se apoya en la falla del servicio. De suyo, la relación laboral engendra una serie de derechos autónomos, independiente de que el funcionario o sus causahabientes, herederos o beneficiarios, según el caso, puedan invocar una indemnización plena y ordinaria de perjuicios en caso de lesión invalidante o de muerte; máxime cuando este resarcimiento pecuniario nada tiene que ver con esa prestación de servicios subordinados. Las prestaciones sociales que le fueron reconocidas a la demandante y a sus hijos, tienen su causa en la ley (Decreto 2063 de 1984), por virtud del vínculo laboral que existió entre la Administración Pública y su esposo y padre, respectivamente, como Agente de la Policía Nacional; y es importante dejar sentado que debían reconocerse, de conformidad con el artículo 120 de ese ordenamiento, aún en el supuesto de que el causante hubiese fallecido de muerte natural. O sea, que a través de ese reconocimiento no se le está otorgando ninguna indemnización a esas personas, sino simplemente pagándoles unas prestaciones sociales a las que tienen vocación por razón del nexo laboral de su causante. En cambio, la indemnización de perjuicios que se les reconoció separadamente en el proceso citado, tiene su origen y fundamento en la falla de servicio que produjo la muerte del Agente. O sea, que en el primer supuesto la obligación deviene de la ley y se sustenta en la relación laboral del causante; en el segundo, nace la responsabilidad que le compete a la Administración Pública en la muerte de aquel, por una falla del servicio. En ese orden de ideas, no es dable el descuento impetrado por la entidad recurrente.”

831 del Código de Comercio, y que resulta aplicable en virtud del artículo 8 de la ley 153 de 1887, que indica que los principios generales del derecho serán aplicables de manera transversal en el ordenamiento jurídico como una herramienta de aplicación normativa positiva.

Como corolario de lo anterior, la Sala denegará el perjuicio material solicitado por cuanto, se itera, no está demostrado que haya sido padecido, máxime si la entidad mantuvo la vinculación laboral con los demandantes y, por consiguiente, asumió el pago correspondiente al posible o eventual lucro cesante que los mismos pudieran llegar a padecer en virtud de la pérdida de la capacidad laboral.

5. Condena en costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte actora de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

Primero. Revócase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 26 de junio de 2001, por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

“Primero. Deniéganse las excepciones propuestas.

“Segundo. Declárase patrimonial y solidariamente responsable a la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad “DAS” o quien haga sus veces, de los perjuicios causados a los demandantes con las lesiones padecidas por Luis Alfredo García y Jorge Iván Giraldo.

“Quinto. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad “DAS” o quien haga sus veces, a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

Jorge Iván Giraldo Giraldo	80 SMMLV
----------------------------	----------

José Heriberto Giraldo Morales	40 SMMLV
Alicia Giraldo Martínez	40 SMMLV
Luis Alfredo García	80 SMMLV
Luisa Fernanda Giraldo Jaramillo	40 SMMLV
Miznery García Garzón	40 SMMLV

“**Tercero.** A título de daño a la salud **condénase** a la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad “DAS” o quien haga sus veces a pagar a favor de: Jorge Iván Giraldo Giraldo y Luis Alfredo García, la suma equivalente en pesos a doscientos ochenta y ocho (288) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.

“**Quinto. Deniéganse** las demás súplicas de la demanda.

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

Tercero. Cumplido lo anterior, por Secretaría, **remítase** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

APLICACION DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD - Fundamento

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad desde la perspectiva del juicio de igualdad y de la necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo valore, determine si cabe

el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad. Luego, ante la potencial colisión de los derechos señalados que pueda representarse en la tasación y liquidación de los perjuicios morales atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando una mayor colisión de los mismos, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia es que procede, dentro del arbitrio judicial, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente ponderación (...) 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.

TEST DE PROPORCIONALIDAD - Sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad / TASACION Y LIQUIDACION DEL PERJUICIO MORAL - Sujeto a criterios objetivos

El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub - principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio 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 y apego. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub - principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). 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 que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, 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, 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, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. De acuerdo con lo anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso debe sujetarse 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.

DAÑO A LA SALUD - Necesidad de una delimitación

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. 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. (...) 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. (...) 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. 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. (...) 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 igualdad y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva”), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado. (...) 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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil doce (2012).

Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00329 01(21928)

Actor: LUIS ALFREDO GARCIA Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS"

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala en sentencia de 5 de julio de 2012, consistente en declarar administrativamente responsable al Departamento Administrativo de Seguridad DAS de los hechos ocurridos el 16 de diciembre de 1994, en los que se produjo las lesiones padecidas por Luis Alfredo García y Jorge Iván Giraldo, me permito aclarar voto en cuanto a los siguientes aspectos:

1. Necesidad de aplicar el test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales.

Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza del demandante con ocasión de las lesiones corporales recibidas, y con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para él mismo debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una sociedad⁸⁰.

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de tasación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez, sin lograr, aún, la consolidación de criterios objetivos en los que pueda apuntarse la valoración y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en los cuales debe decidir el juez y, no simplemente sustentarse en una "cierta discrecionalidad".

En reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (Exp.T-3199440), se fija la posición que debe orientar al juez

⁸⁰ Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569.

contencioso administrativo para la tasación y liquidación de los perjuicios morales en los siguientes términos, que merece ser comentados por la Sala.

En primer lugar, sostiene la Corte Constitucional que dar “la libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basadas en emociones o palpitos. Como se indicó, por el contrario, demanda un mayor cuidado en el juez al momento de hacer públicas las razones de su decisión”.

En segundo lugar, se parte del argumento según el cual la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se viola el debido proceso constitucional, al establecer condenas en contra de una persona sin tener bases probatorias suficientes sobre la existencia del daño moral por el cual se condenó. No se trata de una forma de controvertir criterios de valoración del acervo probatorio, propios del proceso ordinario. La protección evita mantener decisiones judiciales que no tienen un sustento razonable en las pruebas aportadas y consideradas. Así, por ejemplo, recientemente la Corte Constitucional protegió los derechos de una persona jurídica, por haber sido condenada a pagar una suma, a título de perjuicios morales, sin tener sustento probatorio alguno.⁸¹”.

Es necesario, por lo tanto, contar con bases probatorias suficientes para determinar la existencia del daño moral, a lo que cabe agregar, y para determinar la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

⁸¹ “En la sentencia T-874 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo) se decidió lo siguiente: “[...] la Sala encuentra, tal y como lo hizo el Tribunal al resolver la segunda instancia del trámite de la tutela, que al decidir sobre el incidente de perjuicios, el juzgado accionado incurrió en evidentes errores fácticos de valoración probatoria, pues extrajo la certeza de ocurrencia de perjuicios, en cuantías precisas, sin que en el expediente existiera fundamento probatorio alguno para llegar a esos montos, por demás exorbitantes. En los términos que ha usado la Corte, el auto que resolvió el incidente de regulación de perjuicios, en la valoración del elemento probatorio, “se sale de los cauces racionales”: la determinación de la cuantía de los perjuicios morales, en suma cercana a los cien millones de pesos, no encuentra fundamento alguno en las pruebas obrantes en el expediente; la inclusión del valor adeudado por el ejecutado a otra entidad crediticia en la cuantificación de los perjuicios no responde a ningún criterio racional, especialmente teniendo en cuenta que no hay prueba alguna del nexo existente entre el otorgamiento de dicho crédito, y el embargo supuestamente generador de los perjuicios; y, finalmente, tampoco se encuentra fundamento, en las pruebas obrantes en el expediente, de la decisión tomada por el despacho accionado en el sentido de considerar como parte de la cantidad a ser resarcida, el valor comercial del inmueble embargado, con base en una supuesta venta frustrada del mismo, cuya existencia, aunque fuera cierta-lo cual es debatible-, no conduce, por ningún camino racional, al monto definido por el juez. || Además de estos errores ‘ostensibles, flagrantes y manifiestos’ en el juicio valorativo de la prueba, la Sala constata que ellos tuvieron incidencia directa en la decisión, pues el auto del 27 de noviembre de 2008 condenó a la entidad demandante, con base en esa defectuosa valoración probatoria, a pagar una suma cercana a las cuatrocientos setenta millones de pesos mcte.”

En tercer lugar, y teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional T-351 de 2011, 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”.

En cuarto lugar, y es de singular relevancia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional advierte que “un juez incurre en una violación del derecho constitucional al debido proceso, cuando condena a una persona a pagar un monto por concepto de daños morales, que carece evidentemente de sustento en el acervo probatorio del proceso”. Con otras palabras, obrar con base en la comprensión del arbitrio iudicis como una cláusula que exime al juez de motivar por qué concede un determinado quantum puede constituirse, como lo señala la Corte Constitucional, en una VIOLACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO.

En quinto lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se apoya la Sala, sentencia T-212 de 2012, argumenta que los “criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y (b) tener en cuenta “la gravedad objetiva de la lesión”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos”, los cuales obedecen a la existencia de “un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial”. Sin duda, la Corte Constitucional está orientando su posición hacia la exigencia de una motivación suficiente, y del reconocimiento de criterios objetivos,

que como los que se procuran emplear en el “test de proporcionalidad” deben constituirse en el sustento de la decisión judicial de tasar y liquidar el “quantum” del perjuicio moral para cada caso en concreto.

En sexto lugar, la Corte Constitucional considera que “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”. No cabe duda que a la razonabilidad cabe asociar el principio de proporcionalidad, y especialmente el sub-principio de ponderación, con los que la decisión del juez contencioso responda al principio fundamental de la justicia distributiva.

Finalmente, cabe afirmar que la sentencia T-212 de 2012 permite no sólo considerar como necesaria la motivación que debe dar el juez contencioso al momento de tasar y liquidar los perjuicios morales, sino también admite que metodologías, como la del “test de proporcionalidad”, están llamadas a operar ya que exigen no sólo una mínima prueba de la intensidad del perjuicio padecido, sino también que establecen criterios objetivos en los que el juez contencioso administrativo pueda apoyarse para que su decisión no exceda o quiebre el principio de la autonomía judicial, al invocar un excesivo “abritrio iudicis”. Precisamente, en la mencionada sentencia se interroga “ ¿cuáles fueron los criterios concretos y específicos de razonabilidad, equidad y reparación integral de las víctimas que se tuvieron en cuenta? ¿Los criterios en cuestión cómo fueron aplicados? ¿por qué se llega a las consecuencias derivadas en la sentencia y no otras? Todo ello se mantiene en secreto. ¿Por qué si no existieron pruebas de los perjuicios morales y, por tanto, ni siquiera se sabe la real magnitud del daño material, es posible establecer con la precariedad de elementos con que se cuenta en el proceso que el monto del daño, razonable y equitativamente es el fijado y no otro? La respuesta a esta pregunta es competencia del juez ordinario; por supuesto. Pero está obligado a darla, no puede mantenerse oculta y ajena al texto de la decisión judicial que está fundando”

Ahora bien, examinado la fundamentación jurídica en la que cabe sustentar el “test de proporcionalidad” como metodología para la tasación y liquidación de los

perjuicios morales, la Sala procede a motivar y delimitar los criterios de dicha tasación y liquidación.

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

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”⁸².

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. 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) el “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto.

Lo anterior, además, significa 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.

⁸² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

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) la metodología del test de proporcionalidad, 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 proporcionalidad⁸³, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, con mínimos criterios objetivos (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"⁸⁴) que permitan resolver la tensión que se produce entre el ejercicio del derecho a la reparación integral y los intereses generales representados en el patrimonio público del cual debe sufragarse las indemnizaciones⁸⁵, como por ejemplo: i) núcleo familiar; ii) relaciones afectivas; iii)

⁸³ "La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia".

⁸⁴ ALENIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

⁸⁵ 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

relaciones de cercanía (no sólo material, sino desde la perspectiva de las relaciones que se logre establecer existía entre los miembros de la familia de la víctima o lesionado), y otras inherentes al concepto de familia, si que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden⁸⁶ 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 que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y la imputación.

La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología 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. Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”⁸⁷. 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:

“Las cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales. El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará.

“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”. ALENIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación., ob., cit., pp.66 y 67.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

*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*⁸⁸.

Lo anterior, no implica apartarse de la construcción jurisprudencial que a partir de 2001 la Sección Tercera aplica de manera uniforme, al tener como factor para la tasación y liquidación de los perjuicios morales al salario mínimo mensual legal vigente, pero no puede comprenderse agotada en el mismo, sino que para responder al reto de no crear desigualdades entre los diferentes actores sociales que acuden a reclamar la indemnización por concepto de perjuicios morales, se emplea el “test de proporcionalidad” como la metodología con base en la cual cabe tasar y liquidar dichos perjuicios. Se reitera, por lo tanto, que con la determinación del factor de tasación y liquidación simplemente no se logra, aún, la consolidación de criterios objetivos con los que pueda apuntalarse la valoración, tasación y liquidación de los mismos, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y, a su vez, la ponderación y la razonabilidad con la que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “*cierta discrecionalidad*”.

Así mismo, para la tasación y liquidación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad⁸⁹ desde la perspectiva del juicio de igualdad⁹⁰, y de la necesidad

⁸⁸ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

⁸⁹ “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

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 subsunción⁹¹, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de

para su aplicación.8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo" (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁹⁰ 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

⁹¹ Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales "es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto". SOBREVILLA, David: "La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy" en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. "El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional", en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del

proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo valore, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación⁹² de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial colisión de los derechos señalados que pueda representarse en la tasación y liquidación de los perjuicios morales atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando una mayor colisión de los mismos, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia⁹³ es que procede, dentro del arbitrio judicial, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente ponderación. De ahí que en la jurisprudencia constitucional se sostiene:

“Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada⁹⁴ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”⁹⁵.

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:

“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 pecuniariamente⁹⁶, con base en

Derecho. N.23, 2011, p.327.

⁹² “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.

⁹³ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

⁹⁴ 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

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁹⁶ 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:

criterios como el dolor infligido a las víctimas⁹⁷, el perjuicio estético causado⁹⁸ o el daño a la reputación⁹⁹. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro¹⁰⁰¹⁰¹.

El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto¹⁰². En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio 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 y apego. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o

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

⁹⁷ 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.”

⁹⁸ 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

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

¹⁰⁰ 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

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁰² 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.

los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). 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 que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, 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, 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, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

De acuerdo con lo anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso debe sujetarse 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) en cuanto a idoneidad cabe observar: 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) en cuanto a necesidad cabe observar: el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) en cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, o la ponderación cabe observar: la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha.

2. Necesidad de una Delimitación Daño a la salud¹⁰³.

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.

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

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

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

¹⁰³ Posición reiterada en sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección C del 19 de octubre de 2011, Expediente 20862.

las que se redefinieron y emergieron nuevas necesidades y exigencias para su mundo vital.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 clasista¹⁰⁴.

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”¹⁰⁵. Dicho daño 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”¹⁰⁶; 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,

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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 cotidianeidad 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 CASSAZIONE. Sez Un, 24 marzo 2006. No.6572.

¹⁰⁶ 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.

específicamente en la categoría constituida por los intereses de la persona constitucionalmente protegidos¹⁰⁷, 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 constitucional¹⁰⁸.

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 proyectos¹⁰⁹. En la actualidad, se concibe que constituya “apenas una fórmula que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios... Es decir, no 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’agrément¹¹⁰, préjudice d’accompagnement¹¹¹ y préjudice fonctionnel permanent^{112 113}.

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 igualdad¹¹⁴ y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva¹¹⁵), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

¹⁰⁷ 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

¹⁰⁸ KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”, ob., cit., p.152.

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ Informe DINTILHAC, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>]; (consultado 28 de mayo de 2011).

¹¹¹ Informe DINTILHAC, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>]; (consultado 28 de mayo de 2011)]

¹¹² Informe LAMBERT-FAIVRE, en

[<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf>]; (consultado 28 de mayo de 2011)].

¹¹³ “KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit.

¹¹⁴ 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.

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**.

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 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”¹¹⁶. 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”¹¹⁷.

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.

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’”.

¹¹⁵ KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza 31 maio 2003. No.8828.

El otro problema se encuentra a qué reparación debe obedecer el daño a la salud¹¹⁸, lo que se responde afirmando que no puede ser otra, como lo señala la doctrina, que la “satisfacción”, o lo que otros denominan la “indemnización satisfactoria”¹¹⁹, de manera que se “trata más bien de una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado”¹²⁰. Esto lleva, indudablemente, a convertir al instituto de la responsabilidad en un ámbito dirigido indefectiblemente a la reparación, de manera permanente¹²¹.

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.

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 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”¹²²

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:

¹¹⁸ El daño a la salud al hacer parte de los daños no patrimoniales debe tener en cuenta que el “concepto de esta 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

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*., ob., cit., p.227.

¹²¹ 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.

¹²² 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.

“... 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”¹²³ .

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.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

¹²³ ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 18 luglio 1991.