

CADUCIDAD DE LA ACCION - Noción. Definición. Concepto / CADUCIDAD DE LA ACCION - Fundamento

Se tiene por establecido que la caducidad se configura cuando el plazo establecido en la ley para instaurar algún tipo de acción, ha vencido. Es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público. Las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea definido con carácter definitivo por el juez competente. Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga para que, ante la materialización de un determinado hecho, los interesados actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de sus derechos, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.

CADUCIDAD DE LA ACCION - Regulación normativa / CADUCIDAD DE LA ACCION - Término. Cómputo

Con relación a la caducidad de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. - modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998- establece lo siguiente: “La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por acusa de trabajo público o por cualquier otra causa.” En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que el término de caducidad de la acción de reparación directa debe computarse a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa que causó el perjuicio, pues al encontrar su fundamento en la existencia del daño cuya indemnización se reclama, el cómputo de la caducidad se inicia una vez configurado el hecho o acontecimiento generador de aquél. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de: 11 de mayo de 2000, exp. 12200; 10 de noviembre de 2000, exp. 18805; 10 de abril de 1997, exp. 10.954 y de 3 de agosto de 2006, exp. 32537. En el mismo sentido consultar autos de 3 de agosto de 2006, exp. 32537 y de 7 de febrero de 2007, exp. 32.215.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 44

CADUCIDAD DE LA ACCION - Cuando no se puede determinar con precisión la fecha del hecho dañoso / CADUCIDAD DE LA ACCION - Muerte de suboficial en aeronave desaparecida durante 11 años. Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCION - No se configuró

Debido a la complejidad de las relaciones sociales, no siempre se puede determinar con precisión la fecha del hecho dañoso, o si fue uno solo el causante del mismo, o por el contrario, si obedeció a una multiplicidad de causas. Así las cosas, se ha sostenido que en algunos eventos, el término de caducidad debe ser contabilizado a partir de la fecha en la que los actores tuvieron conocimiento del suceso que produjo el daño. Es así que, en los casos en los que no se puede

determinar con exactitud la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, el término de caducidad debe ser computado a partir del momento en que se tenga pleno conocimiento de la lesión a un bien o interés jurídico, y principalmente, desde que se tiene certeza de la entidad del mismo, toda vez que en estos eventos, si bien se conoce el hecho que produjo el daño, al no tener certeza sobre la lesión misma, se imposibilita hacer conciencia de la relación entre ambos, y a su vez al interesado no tiene los elementos fácticos para establecer una conexión entre el daño y su causa. En ese orden, al tratarse de casos relacionados con daños que sólo se conocen de forma certera y concreta con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, en aras de la justicia, se impone contar el término de caducidad a partir del conocimiento que el afectado tiene del daño. En el caso sub examine, se tiene que en demanda presentada el 30 de marzo de 2001, se solicitó declarar responsable a la Nación - Ministerio de Defensa, Fuerzas Aéreas por los hechos ocurridos el 26 de septiembre de 1987, en el que falleció el Suboficial Manzanares Gómez. Ahora bien, no obstante el tiempo transcurrido desde la fecha del hecho generador del daño y el ejercicio de la acción de reparación directa, una vez analizado el proceso, se tiene que los demandantes sólo tuvieron certeza del daño alegado el 25 de mayo de 2001, esto es, la fecha en que la Fiscalía gestionó el trámite de la inscripción de los registros civiles de defunción de los militares muertos en el accidente aéreo, lo que sólo fue posible una vez efectuado el análisis de los restos óseos encontrados en el lugar de los hechos, realizado por la Fiscalía General de la Nación. Así las cosas, en concordancia con lo expuesto por el a quo, se considera que fue el 25 de mayo de 2001, el día en que los demandantes pudieron conocer con seguridad de la muerte del Suboficial Manzanares Gómez, por lo tanto es esta la fecha a partir de la cual se debe empezar a contar el término de caducidad de la acción de reparación directa y, habiéndose presentado la demanda el 30 de marzo de 2001, resulta evidente que el ejercicio de la acción se hizo dentro del término previsto por la ley, razón por la cual no es de recibo la excepción propuesta por la parte demandada y, en consecuencia se entrará a estudiar de fondo el asunto.

CONDUCCION DE AERONAVES - Actividad peligrosa / EXONERACION DE RESPONSABILIDAD - Basta que la parte demandada demuestre alguna causal eximente de responsabilidad / CONDUCCION DE AERONAVES - Si se comprueba o evidencia una falla en la prestación del servicio así debe declararse

La conducción de aeronaves, al igual que la manipulación de armas de fuego, el manejo de energía eléctrica o la utilización de vehículos automotores, es considerada una actividad peligrosa, de manera que, en los eventos en que se solicita la reparación de un daño, al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue lo que lo causó, y por su parte a la entidad demandada, para exonerarse de responsabilidad debe demostrar la existencia de una causal de fuerza mayor, hecho de la víctima o el hecho de un tercero. Lo anterior, siempre que las pruebas obrantes en el plenario no evidencien una falla en la prestación del servicio, pues bajo este supuesto, el juez tendrá que declararla. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Sentencias del 3 de diciembre de 2007, exp. 20008 y de 3 de mayo de 2007, exp. 16180.

CONDUCCION DE AERONAVES - Actividad peligrosa / CONDUCCION DE AERONAVES - Título de imputación aplicable. Criterio anterior falla presunta / CONDUCCION DE AERONAVES - Título de imputación aplicable. Criterio actual régimen de responsabilidad objetivo / ACTIVIDAD PELIGROSA - Título de imputación aplicable. Criterio actual régimen de responsabilidad objetivo / GUARDA MATERIAL DE LA COSA - Identificación de quien la ostenta para

establecer el título de imputación aplicable

Con relación al régimen de imputación aplicable, es menester aclarar que, si bien con anterioridad, la jurisprudencia de esta Corporación manejaba los eventos que implicaban el ejercicio de actividades peligrosas bajo el sistema de falla presunta, lo cierto es que en la actualidad se ha adoptado otro criterio en cuanto al título de imputación jurídica, pues en estos eventos opera un régimen de responsabilidad objetivo, lo que implica, de un lado, que el demandante sólo tiene que probar la existencia del daño antijurídico y que el mismo se originó en el ejercicio de la actividad peligrosa a cargo de la entidad demandada; en esa medida, resulta irrelevante que se pruebe por el demandado que obró con diligencia y cuidado, en razón a que sólo se podrá exonerar de responsabilidad probando la existencia de una causa extraña, como la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero. En este sentido ha sido reiterada la jurisprudencia en señalar que en los eventos en los que el daño es producido por el ejercicio de actividades peligrosas, el régimen aplicable es objetivo, porque el factor de imputación se deriva de la realización directa de una actividad que entraña peligro, de tal manera que en esos supuestos basta que la parte demandante acredite, primero, la existencia del daño antijurídico, y segundo, que el mismo se ha generado como consecuencia de dicha actividad. En ese orden, es menester señalar que la responsabilidad se estructura bajo el hecho cierto de que la actividad peligrosa hubiere sido ejercida por cuenta de la entidad demandada. A su vez, a efectos de determinar la responsabilidad de los daños causados en esta clase de situaciones, es preciso identificar quién ejerce la guarda material sobre la actividad o la cosa peligrosa, puesto que tal circunstancia establece las directrices del título de imputación bajo el que debe analizarse el supuesto. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de: 23 de junio de 2010, exp. 19007 y de 9 de junio de 2010, exp. 18719.

CONDUCCION DE AERONAVES - Si la víctima era quien tenía la guarda material de la actividad se asume que fue un riesgo asumido por ella / CONDUCCION DE AERONAVES - Si la víctima no era quien tenía la guarda material de la actividad es preciso resarcir el daño / TITULO JURIDICO DE IMPUTACION - Régimen objetivo por riesgo excepcional / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Muerte de suboficial en avión siniestrado. Configuración / CAUSAL EXIMENTE O EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD - No se acreditó

El régimen de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional resulta aplicable al funcionario de las fuerzas militares que resulte lesionado o muerto en una actividad aérea, cuando ésta le ha sido asignada para el cumplimiento de sus funciones y el pilotaje no sea ejercido por la misma víctima, o lo que es lo mismo, cuando no tenga la guarda material de la actividad. En efecto, en estos supuestos la responsabilidad está fundamentada no en el desequilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas –tal y como ocurre en el título jurídico del daño especial– ni en el desconocimiento de la carga obligacional de la administración pública –falla del servicio– sino en la concreción o materialización de un riesgo de naturaleza excepcional que asociado al ejercicio de una actividad o instrumento peligroso tiene una alta probabilidad de irrogar daños que no se encuentran en la obligación de soportar. En ese orden de ideas, en este tipo de escenarios en los que un agente estatal no asume directa y voluntariamente la actividad peligrosa (V.gr. manejo o conducción de aeronaves), no se le puede señalar que haya sido un riesgo asumido por la víctima, de allí que sea preciso resarcir el daño causado. En ese orden, se hace imperativo derivar responsabilidad del ente demandado, pues no obran en el proceso medios suasorios que evidencien una causal impositiva de

imputación y desde luego excluyente de responsabilidad, toda vez que las pruebas son concluyentes en señalar que el Suboficial Técnico Tercero Jhon Manzanares Gómez, en desarrollo de una actividad propia del servicio constitutiva de una actividad peligrosa, sufrió un accidente aéreo del que sobrevino su muerte, cuando no era él quien tenía la guarda material de la nave.

INDEMNIZACION A FOR FAIT - Diferente a indemnización de perjuicios por la declaratoria de responsabilidad de la administración / INDEMNIZACION A FOR FAIT - Generada en virtud de la vinculación laboral

En los eventos en que un funcionario sufre un daño como consecuencia de esta clase de actividades, la entidad estatal a la cual se encuentra vinculado el servidor, ve comprometida su responsabilidad patrimonial, más allá de las obligaciones derivadas de esa relación laboral, las cuales se cubren con la indemnización a fort fait a que tiene derecho en virtud de esa vinculación.

RECONOCIMIENTO DEL DAÑO MORAL - Perjuicios morales. Se presume de los grados de parentesco más cercanos / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO MORAL - Acreditación del parentesco / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO MORAL - Procedencia por vía de presunción de aflicción

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes que hayan acreditado el parentesco o un vínculo afectivo con el occiso. Así las cosas, se reconocerán este tipo de perjuicios para todos los demandantes, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre presunción del daño moral en los grados de parentesco cercano, consultar sentencias de: 15 de octubre de 2008, exp. 18586; 13 de agosto de 2008, exp. 17042 y de 1 de octubre de 2008, exp. 27268. 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 Alirio Eduardo Hernández Enríquez, donde se estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salario mínimos legales mensuales 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.

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

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

La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de 1 de febrero de 2012, exp. 20106 y de 14 de marzo de 2012, exp. 21859.

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

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

Radicación número: 07001-23-31-000-2001-01356-01(25712)

Actor: HERMOGENES MANZANARES

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - FUERZA AEREA COLOMBIANA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, en la que se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AÉREA COLOMBIANA –FAC-, por los perjuicios MORALES Y MATERIALES causados a los actores MARÍA ESPERANZA RODRÍGUEZ ARENAS, SARA JOHANA MANZANARES

RODRÍGUEZ, HERMÓGENES MANZANARES Y LICENIA GÓMEZ RODRÍGUEZ, como consecuencia de la muerte de su esposo, padre e hijo, señor JHONNY MANZANAREZ GÓMEZ.

SEGUNDO: CONDENAR a LA NACIÓN – MINDEFENSA – FUERZA AÉREA COLOMBIANA –FAC- a pagar por concepto de perjuicios morales los siguientes valores:

- A MARIA ESPERANZA RODRÍGUEZ ARENAS en su calidad de esposa de la víctima el equivalente a OCHENTA (80) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- A SARA JOHANA MANZANARES RODRÍGUEZ en su calidad de hija de la víctima, el equivalente a OCHENTA (80) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- A HERMÓGENES MANZANARES, en su calidad de padre de la víctima, el equivalente a OCHENTA (80) salarios mínimos mensuales vigentes.
- A LICENIA GÓMEZ RODRÍGUEZ, en su calidad de madre de la víctima, el equivalente a OCHENTA (80) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

TERCERO: CONDENAR a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AÉREA COLOMBIANA –FAC- a pagar a favor de MARÍA ESPERANZA RODRÍGUEZ ARENAS y SARA JOHANA MANZANARES RODRÍGUEZ, por concepto de lucro cesante (indemnización debida e indemnización futura) la suma de CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHO MIL OCHOSCIENTOS (sic) TREINTA Y DOS PESOS (\$ 166.408.832) M/CTE. (...)

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda. (...)"

–Fls. 233 a 265 Cdno. Ppal.-

I. ANTECEDENTES

1. El 28 de marzo de 2001, los señores: María Esperanza Rodríguez Arenas actuando en nombre propio y en representación de la menor, Sara Johana Manzanarez Rodríguez; Hermógenes Manzanares; Licenia Gómez Rodríguez; Lucero y José Enrique Gómez; Henry, Doris, Lindon, William, Luz Mery, Miriam y Magdalena Rocío Manzanares Gómez, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Defensa, Fuerza Aérea Nacional, para que se le declarara patrimonialmente responsable de la muerte de Jhon o Jhonny Manzanares Gómez, en el accidente del avión FAC 5530 en la ruta Carimagua - Saravena (Arauca), ocurrido el 26 de septiembre de

1987, y cuyos restos fueron hallados en el municipio de Tame - Arauca, el día 1° de abril de 1999.

En consecuencia, deprecaron que se condenara por concepto de daño material al pago de \$ 132'396.290.00 pesos, a favor de quienes actúan en calidad de esposa e hija; y por perjuicios morales, la suma equivalente a 3.000 gramos oro, para cada uno de los demandantes.

2. Como fundamento de sus pretensiones, narraron, en resumen, los siguientes hechos:

2.1. El 26 de septiembre de 1987, el Suboficial Técnico Tercero, Jhon o Jhonny Manzanares Gómez, desapareció en la aeronave de matrícula FAC 5530, la cual había abordado en cumplimiento de una misión en zona de orden público del departamento de Arauca.

2.2 El avión decoló de la base aérea de Carimagua con destino a Saravena, a la hora y fecha indicadas, con el fin de trasladar al uniformado para relevar a otros compañeros que se encontraban en un operativo en la zona, no obstante, la nave nunca arribó.

2.3 En cuanto se tuvo conocimiento de la desaparición de la aeronave, y las condiciones climáticas lo permitieron, se enviaron otras aeronaves de reconocimiento sobre el sector, sin obtener de resultados positivos.

2.4 El 14 de diciembre de 1987, el Comando de la Base Aérea Luis F. Pinto P., declaró provisionalmente desaparecido al Suboficial Jhon Manzanares Gómez; con posterioridad, mediante resolución No. 178 de diciembre de 1998 (sic), el Comandante de la Fuerza Aérea le dio de baja por muerte presunta; y en resolución No. 454 del 31 de enero de 1990, la entidad honró la memoria de los desaparecidos en el siniestro aéreo.

2.5 Finalmente, el 30 de marzo de 1999, agentes de la Fuerza Aérea, en un operativo de búsqueda de otra nave desaparecida, hallaron los vestigios del avión extraviado hacía 12 años, ubicado en el municipio de Tame (Arauca).

2.6 El 2 de abril de la misma anualidad, la Fiscalía Sexta Seccional de Villavicencio realizó la inspección de los cadáveres No. 120 a 126, ubicado en Cerro Azul del municipio de Tame, que pertenecían a la tripulación del avión Cessna 402 de matrícula FAC 5530, conformada por 7 personas, entre estas, el Suboficial Jhon Manzanares Gómez.

2.7 Mediante dictamen pericial del 27 de diciembre del 2000, la Fiscalía Sexta Especializada de la Unidad Cuarta de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales del Circuito de Villavicencio concluyó que los restos óseos examinados pertenecían a los tripulantes de la aeronave en cuestión. En consecuencia, la Fiscalía Única Seccional de Tame mediante oficio 155 del 22 de mayo de 2001 dispuso la inscripción de los respectivos registros civiles de defunción de los miembros de la tripulación.

2.8 Finalmente, la inscripción del Registro Civil de Defunción de Jhon Manzanares Gómez se realizó el 25 de mayo de 2001, bajo el serial indicativo No. 04348025.

3. La demanda fue admitida, en auto del 8 de mayo de 2001, y notificada en debida forma; con posterioridad, el libelo inicial fue aclarado y corregido mediante escrito presentado el 22 de junio del mismo año, el cual fue admitido el 13 de julio siguiente, y notificado debidamente.

4. En el término legal, el apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Defensa, Fuerza Aérea contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Sostuvo que los daños ocasionados con el siniestro aéreo comportaba un riesgo propio de servicio el que se había materializado, bien por una causa extraña o por un ataque de un grupo terrorista, y solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda comoquiera que, en el proceso no estaba probada la falla en el servicio prestado por la entidad.

Por último, propuso la excepción de caducidad de la acción al considerar que, el cómputo debía realizarse a partir de la fecha en que se presentó el siniestro, esto es, 26 de septiembre de 1987. No obstante, si de manera excepcional, se concluyera que debía contarse a partir de fecha diferente considerando que los demandantes no tenían certeza del daño, el inicio del plazo debía realizarse a partir de las resoluciones en las que se declaró provisionalmente desaparecido o

la que dio de baja por muerte presunta al Suboficial Manzanares Gómez, esto es, diciembre del 1987 o del 1998 (sic).

5. Concluida la etapa probatoria, iniciada por auto del 24 de septiembre de 2001, se corrió traslado para alegar el 23 de enero de 2003.

La parte demandante manifestó que en el presente asunto debía aplicarse, en principio, el título de falla presunta en el servicio por tratarse de un caso de accidente aéreo en el que la responsabilidad del transportador aeronáutico era objetiva y la carga de la prueba recaía sobre el demandado, el cual estaba en el deber de demostrar su diligencia; o el de riesgo excepcional por tratarse de una actividad peligrosa a la que el Estado sometía a sus agentes para su beneficio propio. De otro lado, señaló que no era posible que prosperara la excepción de caducidad de la acción, puesto que no era procedente computar el término a partir de la resolución interna expedida por la Fuerza Aérea que dio de baja por muerte presunta al Suboficial Manzanares Gómez, ya que se trató de una actuación de carácter administrativo y no judicial, y manifestó que sólo con posterioridad al dictamen realizado por el laboratorio de fiscalía en el que se reconocieron los restos óseos de los cuerpos sin vida y se ordenó la inscripción en el registro de defunción fue que se tuvo certeza del daño, por lo cual este último es el momento a tener en cuenta para computar el plazo de la caducidad.

La parte demandada consideró que no era posible declarar la responsabilidad bajo el régimen de falla en el servicio, en razón a que no estaba probada una conducta anormal y deficiente; tampoco como daño especial, comoquiera que en los casos de actos terroristas resultaría absurdo condenar al Estado por un daño ocasionado en un intento de defender a la sociedad. Y finalmente, reiteró los argumentos relacionados con la excepción de caducidad de la acción.

Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público expresó que la excepción propuesta por la demandada no tenía vocación para prosperar en atención a que, las resoluciones internas relacionadas con la presunta muerte de Suboficial no daban certeza a los familiares sobre la materialización del daño, de allí que la fecha que se debía considerar para el cómputo de la caducidad era la inscripción del registro de defunción del fallecido.

De otro lado, consideró la ausencia de responsabilidad de la demandada al sostener la improcedencia en la aplicación de los títulos de imputación de falla presunta del servicio o riesgo excepcional, ya que no se trataba de un pasajero civil transportado por el Estado, sino de un militar que hacía parte de la tripulación que tenía a su cargo una misión de relevo de tropas, en ese orden, existía una mayor carga y compromiso en el desempeño de funciones de defensa del orden jurídico y constitucional, lo cual lleva a mayor riesgo comparado con el de un ciudadano común, razón por la que se les prepara profesionalmente para confrontarlos y superarlos. Por lo anterior, en los casos de militares muertos en una misión, sólo procede abordarlos bajo el lente de la falla probada del servicio, puesto que ante la materialización del daño, la víctima tendría el deber jurídico de soportar el alea que implica la actividad peligrosa, como en el caso lo es la aeronavegación con fines militares. Concluyó que el anterior razonamiento se ajusta a los parámetros de justicia, pues la legislación castrense privilegia a nivel prestacional a los familiares de la víctima en cuanto al pago de una compensación económica a cargo de las Fuerzas Aéreas.

Sentencia de Primera Instancia

Mediante providencia del 17 de julio de 2003, el Tribunal Administrativo de Arauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En apoyatura de la decisión puntualizó lo siguiente:

“ (...) la fecha de la decisión administrativa de la FAC del (9) de noviembre de 1989 y la propia resolución número 170 del 11 de diciembre de 1989 suscrita por el Comandante de la FAC, mediante la cual se dio de baja a un personal de la FAC por presunción de muerte, no puede en ningún momento y bajo circunstancia alguna, tenerse como actos a partir de los cuales quedó definida la fecha de iniciación del término de caducidad de la acción de reparación directa, dado que dichas decisiones sólo tuvieron efectos jurídicos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales al cónyuge del militar desaparecido y la baja administrativa del suboficial técnico, es decir, meros efectos laborales (...); no pudiendo, en ningún caso, reemplazar o suplantar la sentencia judicial exigida por el artículo 97 de Código Civil para decretar con plenos efectos civiles y jurídicos de todo orden, la muerte presunta o presunción de muerte por desaparecimiento, o, la constatación efectiva y real del fallecimiento mediante el hallazgo de los restos mortales y la prueba técnico-científica que así lo demuestre, como en realidad sucedió en el presente caso con posterioridad. (...) Por lo tanto la excepción planteada no tiene vocación de prosperidad, pues, es a partir de esta última fecha, 25 de mayo de 2001,

que los familiares de los fallecidos tienen la certeza absoluta de su fallecimiento o defunción (...)"

(...)

Pues, si bien es cierto que no existe prueba de la falla del servicio bajo cualquiera de sus posibles modalidades, es también muy cierto que la causa del accidente aéreo no se encuentra demostrada, pudiéndose haber ocasionado por una falla técnica un error humano, una fuerza mayor o caso fortuito, extremos todos que bajo ninguna circunstancia se encuentran demostrados, por lo que se hace imperioso concluir que fue una causa extraña la productora del siniestro aéreo. Partiendo de ese presupuesto tanto la doctrina como la jurisprudencia han determinado, que los daños causados por razón del transporte aéreo estructura uno de los capítulos más importantes de la responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas.

(...)

Ahora bien nuestro Consejo de Estado ha sostenido que en casos de accidentes aéreos en aeronaves del Estado se aplican los principios que rigen el contrato de transporte aéreo privado así no exista como substrato o fundamento un contrato de transporte. (...) para el caso que nos ocupa, pues a pesar de no haberse configurado un transporte gratuito, oneroso o contractual, el vuelo del FAC 5530 era oficial, con cargo específico al Estado Colombiano y tenía por objeto, en el caso concreto del señor Jhon Manzanares Gómez, transportarlo de Carimagua a Saravena para desempeñar labores relacionadas con su vinculación laboral. En consecuencia no habiéndose aportado la prueba por parte de la Nación – Ministerio de Defensa, FAC, acerca del hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima, únicas causales exonerativas de su responsabilidad extracontractual, el fallo será de condena.

(...)

La Sala considera que, los perjuicios morales a los actores MARIA ESPERANZA RODRÍGUEZ ARENAS en su calidad de esposa de la víctima, su hija menor SARA JOHANA MANZANARES RODRÍGUEZ y HERMÓGENES MANZANARES Y LICENIA GÓMEZ RODRÍGUEZ en su condición de padres, deben ser reconocidos, y con respecto a los demás, es decir, los hermanos mayores de la víctima, serán negados, pues, ninguno de los hermanos al momento de la muerte de JHONY MANZANARES GOMEZ eran menores de edad y tampoco obran con respecto de todos los hermanos, los registros civiles que permitan demostrar dicho parentesco dentro del proceso" -Fls. 233 a 265 Cdno. Ppal.-

Recurso de Apelación

Las partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia, el que les fue concedido en auto del 28 de agosto de 2003 y admitido 31 de octubre de la misma anualidad.

La parte demandante solicitó reconsiderar la negativa al reconocimiento de los perjuicios morales a favor de los hermanos del fallecido, al advertir que, contrario a lo sostenido por el *a quo*, el parentesco estaba plenamente demostrado con los registros civiles de nacimiento aportados con la demanda; de otro lado, sostuvo que el argumento referido a la mayoría de edad para negarles la indemnización, era violatorio de los preceptos constitucionales y en particular, del derecho a la igualdad. Finalmente, pidió el aumento del monto reconocido por este concepto a los padres, esposa e hija del suboficial fallecido.

Por su parte, la entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda relacionados con el título de imputación bajo el cual debía analizarse su responsabilidad y la excepción de caducidad de la acción. Y finalizó solicitando que se revocara la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se despacharan desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Vencido el término para alegar, el apoderado de la parte demandante presentó alegato de conclusión, en el que reiteró los argumentos de la demanda y del recurso de apelación; a su vez, la entidad demandada insistió en los expuestos en la contestación y el recurso de alzada. El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuesto por la partes, contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, a fin de determinar la responsabilidad o no de la entidad demandada.

Previo a resolver de fondo, debe precisarse que la Sala resolverá la controversia con fundamento en lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., es decir, abordará los extremos de la litis sin limitación alguna, excepto la que impone el principio de congruencia, puesto que la parte demandante y la entidad demandada interpusieron recursos de apelación contra la providencia de primera instancia.

Aclarado el punto anterior, se procederá a analizar los aspectos relacionados con la institución de la caducidad de la acción para determinar la prosperidad de la excepción propuesta.

1. De la caducidad de la acción

Se tiene por establecido que la caducidad se configura cuando el plazo establecido en la ley para instaurar algún tipo de acción, ha vencido¹. Es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

Las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea definido con carácter definitivo por el juez competente.

Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga² para que, ante la materialización de un determinado hecho, los interesados actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de sus derechos, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.

¹ “Se produce cuando el término concedido por la ley, para entablar la demanda, ha vencido. El término de caducidad está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, sin consideración a situaciones personales, invariable, para que quien se pretenda titular de un derecho opte por accionar o no. Es por lo anterior que se da aplicación a la máxima latina "contra non volenten agere non currit prescriptio", es decir que el término de caducidad no puede ser materia de convención, antes de que se cumpla, ni después de transcurrido puede renunciarse. Dicho de otro modo, el término para accionar no es susceptible de interrupción, ni de renuncia por parte de la Administración. Es, que el término prefijado por la ley, obra independientemente y aún contra voluntad del beneficiario de la acción. La caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado, para el ejercicio de acción” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 11 de mayo de 2000, expediente 12.200.

² “(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales.” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

Y sobre las características de la figura, la doctrina ha manifestado:

“a) En primer término, la caducidad produce la extinción de la acción afirmada en cada caso concreto... y del derecho a impedir que se logre su declaratoria oficiosa por no presentación oportuna de la petición necesaria para su reconocimiento.

“b) La caducidad no es susceptible de renuncia, pues transcurrido el tiempo automáticamente genera todos sus efectos. De ahí que, aún cuando el posible favorecido con la eficacia de la caducidad quisiera no tenerla en cuenta, el juez de todas maneras la declarará oficiosamente...

“c) La caducidad, cuando se trata de computar el término respectivo, no se fija en la noción de exigibilidad de la obligación, como sí ocurre respecto de la prescripción, sino en la ocurrencia del hecho previsto en la ley o contrato, para que empiece el inexorable curso del plazo.

“d) La caducidad por regla general no admite *suspensión* del término, que corre en forma perentoria...” (Cursivas en original)³.

Con relación a la caducidad de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. - modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998- establece lo siguiente:

“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por acusa de trabajo público o por cualquier otra causa.”

En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación⁴ ha reiterado que el término de caducidad de la acción de reparación directa debe computarse a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa que causó el perjuicio, pues al encontrar su fundamento en la existencia del daño cuya indemnización se reclama, el cómputo de la caducidad se inicia una vez configurado el hecho o acontecimiento generador de aquél.

Sin embargo, debido a la complejidad de las relaciones sociales, no siempre se puede determinar con precisión la fecha del hecho dañoso, o si fue uno solo el causante del mismo, o por el contrario, si obedeció a una multiplicidad de causas. Así las cosas, se ha sostenido que en algunos eventos, el término de caducidad

³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Parte General. Tomo I. Bogotá. Ed. Dupre. 2002. Pág. 507.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias de 11 de mayo de 2000 Rad. 12.200; 10 de noviembre de 2000 Rad. 18.805; 10 de abril de 1997 Rad. 10.954; y de 3 de agosto de 2006 Rad. 32537. Autos del 3 de agosto de 2006 Rad. 32537; 7 de febrero de 2007 Rad. 32.215.

debe ser contabilizado a partir de la fecha en la que los actores tuvieron conocimiento del suceso que produjo el daño. Es así que, en los casos en los que no se puede determinar con exactitud la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, el término de caducidad debe ser computado a partir del momento en que se tenga pleno conocimiento de la lesión a un bien o interés jurídico, y principalmente, desde que se tiene certeza de la entidad del mismo, toda vez que en estos eventos, si bien se conoce el hecho que produjo el daño, al no tener certeza sobre la lesión misma, se imposibilita hacer conciencia de la relación entre ambos, y a su vez al interesado no tiene los elementos fácticos para establecer una conexión entre el daño y su causa. En ese orden, al tratarse de casos relacionados con daños que sólo se conocen de forma certera y concreta con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, en aras de la justicia, se impone contar el término de caducidad a partir del conocimiento que el afectado tiene del daño.

En el caso *sub examine*, se tiene que en demanda presentada el 30 de marzo de 2001, se solicitó declarar responsable a la Nación – Ministerio de Defensa, Fuerzas Aéreas por los hechos ocurridos el 26 de septiembre de 1987, en el que falleció el Suboficial Manzanares Gómez.

Ahora bien, no obstante el tiempo transcurrido desde la fecha del hecho generador del daño y el ejercicio de la acción de reparación directa, una vez analizado el proceso, se tiene que los demandantes sólo tuvieron certeza del daño alegado el 25 de mayo de 2001⁵, esto es, la fecha en que la Fiscalía gestionó el trámite de la inscripción de los registros civiles de defunción de los militares muertos en el accidente aéreo, lo que sólo fue posible una vez efectuado el análisis de los restos óseos encontrados en el lugar de los hechos, realizado por la Fiscalía General de la Nación⁶.

Así las cosas, en concordancia con lo expuesto por el *a quo*, se considera que fue el 25 de mayo de 2001, el día en que los demandantes pudieron conocer con seguridad de la muerte del Suboficial Manzanares Gómez, por lo tanto es esta la fecha a partir de la cual se debe empezar a contar el término de caducidad de la acción de reparación directa y, habiéndose presentado la demanda el 30 de marzo de 2001, resulta evidente que el ejercicio de la acción se hizo dentro del

⁵ Folio 120 Cdno 1° Tribunal. Registro de Defunción.

⁶ Fl. 157 a 163 del Cdno. del Tribunal

término previsto por la ley, razón por la cual no es de recibo la excepción propuesta por la parte demandada y, en consecuencia se entrará a estudiar de fondo el asunto.

2. De los medios de prueba

Así las cosas, procede la Sala a reseñar los medios probatorios que se allegaron para el establecimiento de los hechos relevantes del proceso:

2.1 Registro Civil de Defunción de Jhon Manzanares Gómez, obrante a folio 120 del cuaderno del Tribunal.

2.2 Hoja de Servicios Militares No. 154 FAC 175, registrada en el libro No. 001 a folio 86 y expedida el 3 de enero de 1990, en la que consta que Jhon Manzanares Gómez, estuvo vinculado a las Fuerzas Aéreas desde el 9 de marzo de 1981 como soldado alumno, ascendió a Técnico Tercero mediante resolución 022 de 1986 y finalmente se le confirió ascenso póstumo en resolución 454 del 31 de enero de 1990 al grado de Técnico Segundo con fecha del 26 de septiembre de 1989. –Fl 20 Cdno. 3° Pruebas-

2.3 Informe Preliminar No. CAATA-ATASE-300 suscrito por el Comandante Comando Aéreo de Apoyo Técnico, Coronel José Iván Losada Pastrana, realizado el 26 de octubre de 1987, en el que manifiesta que el 26 de septiembre de la misma anualidad, después de las 14:00 horas, desapareció el avión tipo Cessna 402 identificado con el No. FAC 5530 serie No. 402-31098; además, especifica que entre las personas abordo se encontraba el copiloto, un tripulante y cinco pasajeros, y dentro de estos últimos identifica al Suboficial Manzanares Gómez, las cuales tenían como misión el relevo de tripulaciones destacadas en zona de orden público; de otro lado, describe las condiciones meteorológicas de ese día para concluir que hacia mal tiempo pues llovía en el área. Finalmente, advierte como desconocidas las posibles causas del suceso y la manera como ocurrió el accidente. –Fl. 130 a 132 Cdno. 2° Pruebas-

2.4 Informe suscrito por el Asesor Técnico de la Oficina de Investigación y Protección Civil, Julio Lescaubura, quien sobre el accidente describe:

“SITUACIÓN METEOROLÓGICA DEL ÁREA: Para efectuar el análisis de la posible localización del avión FAC 5530, se obtuvieron y ampliaron dos vistas

de Satélite Meteorológico del área de COLOMBIA y VENEZUELA, estas vistas corresponden al día sábado 26-09-1987, a las 18:31 UTC (Vista Térmica) y a las 19:01 UTC (Vista Visible), tomando para su selección el último reporte conocido de la tripulación a las 18:35 UTC. Las imágenes del satélite, permite observar la presencia de varias áreas de actividad tormentosa sobre la cordillera oriental, el pie de monte de la misma en el área de los ríos Cravo Sur y Cusiana, el Sur-Oeste de Tame a la altura de la Cuenca alta del río Casanare (al norte y noroeste de la Paz de Oriporo) y el sector al sur de Curimagua a la altura de los ríos Guarrojo y Planas. Las áreas de tormentas sobre la Cuenca del Casanare, estaban en proceso de desarrollo cerca de las 19:00 horas UTC. Estas tormentas se encontraban asociadas con abundantes capas de cirrostratos, altostratos y altocúmulos, especialmente al este de las formaciones tormentosas. La tendencia general de las tormentas era la de desplazarse hacia el oeste, con velocidades variables por el relieve del terreno; en el sector de los llanos se estima que tenían velocidades de movimiento de 20 a 22 nudos, pero en el pie de monte cordillerano, dichas velocidades se redujeron hasta 10 y 5 nudos. El viento promedio a 10.000 pies era de los 090 grados de 20 a 22 nudos y las cimas de las tormentas oscilaban entre los 45.000 y los 55.000 pies. (...)” - Fls.123 Cdno. 2° Pruebas-

2.5 Registro diario de operaciones aéreas de la FAC, en la que dan cuenta de varias de ellas encaminadas a la búsqueda de la aeronave desaparecida, realizadas entre los días 27 de septiembre y 2 de diciembre de 1987, para en un total de 216 horas con 57 minutos. –Fls. 115 a 120 Cdno. 2° Pruebas-

2.6 Concepto fechado el 7 de diciembre de 1987, realizado por el Comandante de la Base Aérea Luís F. Pinto P., Coronel José Iván Losada Pastrana, en el que declara provisionalmente desaparecido al Suboficial Jhon Manzanares Gómez.

2.7 Concepto fechado el 9 de noviembre de 1989, realizado por el Comandante de la Base Aérea Luís F. Pinto P., Coronel Héctor Fabio Velasco Chávez, en el que declara definitivamente desaparecido al Suboficial Jhon Manzanares Gómez.

2.8 Resolución No. 454 del 31 de enero de 1990 suscrito por el Ministro de Defensa, General Oscar Botero Restrepo, mediante la que se honra a la memoria del Suboficial Manzanares Gómez y se le confiere ascenso póstumo al grado de Técnico Segundo.

2.9 Informe del rescate de la aeronave FAC 5530 realizado, el 31 de marzo de 1999, por el Mayor General, Jairo García Camargo, en el que se lee:

“Una vez indicada la aeronave, el equipo de rescate conformado por 7 miembros de la institución, 2 fiscales y tres miembros de la Defensa

Civil Colombiana y bajo la Dirección del Comandante del Comando Aéreo de Combate No. 2, partieron hacia la localidad de TAME (Arauca) en donde se efectuaron preparativos necesarios para iniciar las labores de rescate a partir del día siguiente. A las 5:30 horas del día primero de abril se inició el traslado hacia el sitio del siniestro, encontrando allí un avión cessna 402 con matrícula FAC 5530 accidentado el día 27 de septiembre de 1987 con 8 ocupantes a bordo y del cual no se tenía conocimiento alguno desde entonces. La aeronave fue hallada en el sitio denominado cerro azul a 25 millas náuticas de la localidad de TAME hacia el oeste, a una altitud de 12.500 pies. Las características generales del terreno encontradas allí fueron, clima de páramo con escasa vegetación, temperatura cerca de los 0° centígrados y suelo tipo rocoso con formación de abismos considerables. La comisión de rescate estableció dos omisiones de cumplir: 1. Rescate de los restos de los ocupantes; 2. Establecer los indicios de la posible causa del accidente. Por lo tanto los 9 miembros que desembarcaron cerca del lugar del siniestro emprendieron estas dos tareas dividiendo las respectivas labores y responsabilidades. Los restos de los ocupantes fueron hallados en forma diseminada, por lo que obligó a sectorizar el área en 7 partes y efectuar la recolección de acuerdo a cada ubicación. Los indicios preliminares del impacto de la aeronave se establecieron así: La aeronave se impacto con rumbo al norte; la operación de los dos motores en el momento del impacto era normal; el primer impacto fue en el plano derecho lo que ocasionó un ascenso súbito del plano izquierdo, quedando finalmente la aeronave invertida con destrozos en sus dos terceras partes frontales; la aeronave fue localizada 25 millas náuticas al oeste de la trayectoria inicial. Una vez terminadas las labores de rescate las condiciones atmosféricas no permitieron la evacuación del equipo, lo que obligó a establecer un campamento para pasar la noche.

(...)

Una vez terminadas las labores de rescate los restos de los ocupantes quedaron bajo la custodia de la Fiscalía General de la Nación, quienes iniciaron las labores de reconocimiento e identificación de cada uno de los miembros a bordo del FAC 5530. (...)” -Fls. 86 y 87 Cdn. 2° Pruebas-

2.10 Informe No. 02560 relacionado con el rescate de la aeronave desaparecido, suscrito por el Brigadier General, Ángel Mario Calle Durán, con fecha del 22 de abril de 1999, en el que se describió lo siguiente:

“El equipo de búsqueda y rescate se conformó con una comisión de la Inspección General, al mando del Señor Mayor Vargas Jorge, el equipo SAR de Apiay y tres integrantes de la Defensa Civil. El miércoles, 31 de marzo de 1999 se concentró todo el personal en CACOM-2, donde recibieron instrucciones precisas de operación y de seguridad para realizar la misión por parte del Comandante de la Unidad. La comisión procedió en un Breifing (sic) detallado de la misión con las entidades involucradas, asignando responsabilidades

y verificando el equipo disponible. El 1° de abril a las 05:30, se procedió con el primer vuelo transportando el personal de seguridad FAC y de la Defensa Civil, también se llevó el material logístico, como carpas, agua, camillas y alimentos. El segundo vuelo transportó al Comandante de la misión de rescate, el Oficial de Seguridad Aérea del CACOM-2 y dos personas de CTI iniciando la investigación del accidente. Al llegar al sitio se hizo una filmación general del sector, al igual que la toma de fotografías para tener una idea de la magnitud del accidente y lo difícil del acceso para el rescate. Se prosiguió al sitio donde posiblemente fue el primer lugar de impacto, para analizar que parte del avión había golpeado primero contra la montaña donde concluimos que el impacto fue primero con el [ilegible] izquierdo comprometiendo parte de ese plano y por debajo ya que el piso del avión quedó totalmente desprendido y el [ilegible] del tren principal izquierdo estaba completamente doblado por el golpe al igual que la llanta estallada. Posteriormente, empezamos al ascenso encontrando todo tipo de restos; partes del motor, instrumentos, la hélice que estaba torcida hacia atrás y hacia los lados, demostrando que el motor venía con potencia. A unos 150 metros del primer impacto se encontró la cabina con algunos trozos de flexiglass (sic), sillas y algunos instrumentos. A unos 30 metros encontramos los restos más grandes, el tabaco invertido por el efecto del primer impacto y se evidencia que con la fuerza que traía la aeronave más el impulso del motor del otro lado, enrolló el avión. El fuselaje tenía el piso desprendido sin los planos y la cabina, también el empenaje estaba doblado. En la parte de atrás de los restos se encontró el ELT y detrás del empenaje, en el suelo se encontraron las palancas de los motores, indicando la posición que tenían en el vuelo, además, los restos del radar meteorológico, en la posición de WARNING ALERT, 20 millas y la cabeza en neutro (...). En el filo de la montaña se encontró el tren principal izquierdo golpeado y algunos instrumentos que fueron traídos como evidencia (flujometro, indicador de combustible). Aproximadamente a unos 200 metros del lugar donde quedó el tabaco, se encontró un tren en buen estado parece ser el derecho, pero ningún vestigio del motor, sólo una pala y parte de la cubierta del tanque de combustible. El avión quedó con rumbo Norte, existiendo la posibilidad que el piloto ya había sospechado que estaba lateral Saravena por el tiempo que llevaba de vuelo, pero como estaba volando IFR no tenía otra forma de chequearlo. Se cree que la velocidad del avión era aproximadamente de 130 nudos indicados a una altura de 12.500 pies al momento del impacto. Se encontraron restos esparcidos en aproximadamente unos 400 metros cuadrados, esto nos da a entender que el golpe fue bastante fuerte, algunos relojes estaban sin pulso, los restos humanos y de la cabina de mando se hallaban muy esparcidos. A las 17:00 horas después de haber complementado todo el rescate e identificación de los restos, se procedió a armar el campamento, porque las condiciones meteorológicas no eran favorables; a las 17:50 al Black Hawk logró llegar al sitio y evacuó a seis miembros del SAR, quedando en la montaña tres miembros que pernoctaron y al otro día a primera hora se recogieron con todo el equipo logístico. Ese mismo día todo el grupo procedió para la Base Aérea de Apiay y efectuaron los trabajos de levantamiento de los cuerpos.” Fls. 105 y 106 Cdno. 2° Pruebas-

2.11 Actas de levantamiento Nos. 120 a 126 de los restos óseos, elementos y pertenencias hallados en el Cerro Azul jurisdicción de Tame (Arauca), pertenecientes a la tripulación y demás ocupantes del avión Cessna 412 con matrícula FAC 5530, accidentado el 26 de septiembre de 1987. – Fls. 122 a 157 Cdno. Tribunal-

2.12 Tipificación molecular de ADN rendido por la investigadora judicial, Martha Roa Bohórquez, perteneciente al Laboratorio de Genética Forense de la Fiscalía General de la Nación en el que se determinó que dos de las osamentas encontradas eran pertenecientes a dos de los tripulantes del avión accidentado. En oficio remitido, el jefe de la División de Criminalística de la Fiscalía advierte que, en razón de estas pruebas, se concluye que los demás materiales óseos sin identificar, pertenecían al resto de la tripulación. –Fls. 157 a 163 Cdno. Tribunal-

3. De los hechos probados y el título de imputación

De los anteriores medios probatorios, se da por acreditado que el 26 de septiembre de 1987, la aeronave Cessna 412 con matrícula FAC 5530 fue programada para ejecutar una operación militar en la ruta Carimagua-Saravena, con un total de 2 personas en tripulación y 6 pasajeros. Sólo pasado 11 años, exactamente el 31 de marzo de 1999, se encontró la aeronave y los restos óseos de sus ocupantes, entre los que estaban los del Suboficial Manzanares Gómez.

De acuerdo a las pretensiones de la parte actora, la entidad demandada debe responder por la muerte del citado suboficial, considerando que perdió la vida en desarrollo de una operación militar en una aeronave, situación a la que debe aplicársele el régimen de falla presunta del servicio. De manera adicional, sostuvieron que el avión no tenía las suficientes herramientas como radioayudas y que el accidente se produjo por las condiciones meteorológicas al momento de la operación. A su turno, la entidad demandada enfatizó en que no debía responder comoquiera que, no estaba probada la falla en el servicio, régimen que considera aplicable al caso concreto, además insistió en el argumento del riesgo propio del servicio.

La conducción de aeronaves, al igual que la manipulación de armas de fuego, el manejo de energía eléctrica o la utilización de vehículos automotores, es considerada una actividad peligrosa, de manera que, en los eventos en que se

solicita la reparación de un daño, al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue lo que lo causó, y por su parte a la entidad demandada, para exonerarse de responsabilidad debe demostrar la existencia de una causal de fuerza mayor, hecho de la víctima o el hecho de un tercero. Lo anterior, siempre que las pruebas obrantes en el plenario no evidencien una falla en la prestación del servicio, pues bajo este supuesto, el juez tendrá que declararla⁷.

Con relación al régimen de imputación aplicable, es menester aclarar que, si bien con anterioridad, la jurisprudencia de esta Corporación manejaba los eventos que implicaban el ejercicio de actividades peligrosas bajo el sistema de falla presunta, lo cierto es que en la actualidad se ha adoptado otro criterio en cuanto al título de imputación jurídica, pues en estos eventos opera un régimen de responsabilidad objetivo, lo que implica, de un lado, que el demandante sólo tiene que probar la existencia del daño antijurídico y que el mismo se originó en el ejercicio de la actividad peligrosa a cargo de la entidad demandada; en esa medida, resulta irrelevante que se pruebe por el demandado que obró con diligencia y cuidado, en razón a que sólo se podrá exonerar de responsabilidad probando la existencia de una causa extraña, como la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero.

En este sentido ha sido reiterada la jurisprudencia⁸ en señalar que en los eventos en los que el daño es producido por el ejercicio de actividades peligrosas, el régimen aplicable es objetivo, porque el factor de imputación se deriva de la realización directa de una actividad que entraña peligro, de tal manera que en esos supuestos basta que la parte demandante acredite, primero, la existencia del daño antijurídico, y segundo, que el mismo se ha generado como consecuencia de dicha actividad. En ese orden, es menester señalar que la responsabilidad se estructura bajo el hecho cierto de que la actividad peligrosa hubiere sido ejercida por cuenta de la entidad demandada.

A su vez, a efectos de determinar la responsabilidad de los daños causados en esta clase de situaciones, es preciso identificar quién ejerce la guarda material

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007 Rad. 20.008 C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Rad 16.180 C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁸ En este sentido. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 19007 C.P. Enrique Gil Botero; Sentencia del 9 de junio de 2010. Rad.18719 C.P. Mauricio Fajardo.

sobre la actividad o la cosa peligrosa⁹, puesto que tal circunstancia establece las directrices del título de imputación bajo el que debe analizarse el supuesto.

En el caso *sub examine* se tiene que la parte demandante afirma que la aeronave siniestrada no contaba con un sistema de radioayuda eficiente y, de manera adicional, que las condiciones meteorológicas bajo las cuales se realizó el operativo militar eran las causas del accidente aéreo, lo cual comportaría, en principio, una falla en el servicio por parte de la entidad demandada, sin embargo, analizado el proceso se advierte que si bien está probado el daño antijurídico, estas afirmaciones carecen totalmente de prueba, siendo sólo simples suposiciones que no permiten una imputación bajo este régimen.

De otro lado, se evidencia con claridad que quien estaba al mando de la aeronave siniestrada era una persona diferente al Suboficial Manzanares Gómez, ya que él hacía parte del grupo de oficiales que estaban siendo trasladados hacia Saravena con el fin de relevar a otros uniformados que se encontraban desempeñando un operativo militar en una zona de orden público, de allí que, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado deberá gobernarse con fundamento en un régimen objetivo por actividad peligrosa.

Es menester destacar que, en los casos de daños ocasionados por la materialización de los riesgos propios de la actividad peligrosa, en la que sufre un menoscabo quien no tiene la guarda material sobre una actividad, la reparación debe ser adoptada bajo el régimen de responsabilidad objetivo, cuando no está probada la falla en el servicio. Con relación a este punto se ha señalado:

“Quien maneja un arma, conduce un vehículo, etc, no podrá invocar después el ejercicio de la actividad peligrosa para reclamar del Estado

⁹ “En este supuesto, todos los sujetos asumen el carácter de guardianes, ejercitando el poder de gobierno y dirección de la cosa o sirviéndose de ella en conjunto. La pluralidad de guardianes puede presentarse de diferente modo; es factible que existan dos guardianes que de manera compartida se sirvan de la cosa y la tengan a su cuidado, ejercitando sobre ella el poder autónomo de gobierno, control y dirección; así, por ejemplo, cuando dos personas reciben un inmueble en comodato, actúan de manera conjunta como guardianes pues se sirven de ella y la tienen a su cuidado.

“En otras oportunidades, en cambio, la pluralidad de guardianes puede presentarse de distinta manera, pues es uno de los sujetos el que se sirve de la cosa, aunque sin tener circunstancialmente sobre la cosa un poder de hecho autónomo que se traduzca en aquellas facultades de dirección, control y cuidado, y otro, distinto de aquél, es quien tiene estas prerrogativas aunque sin servirse de la cosa. Tal lo que sucede, por ejemplo, en el supuesto del contrato de depósito, al que hemos hecho referencia en el punto anterior.” PIZARRO, Ramón Daniel “Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de la Cosa”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1983, Pág. 405.

la indemnización por el daño que sufra como consecuencia del uso del arma, de la conducción del automotor, etc, en tanto es él mismo, precisamente, quien está llamado a actuar de manera prudente y diligente en el ejercicio de la actividad peligrosa que se le recomienda.

“De tal manera, el servidor público de la fuerza pública que manipula un arma y se lesiona, no podrá acudir a este régimen de responsabilidad para obtener la indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado; **por el contrario, si el afectado es un tercero, quedará relevado de probar la falla del servicio y la administración sólo se exonerará si acredita que el hecho se produjo por culpa exclusiva de la víctima, por el hecho de un tercero ajeno al servicio, exclusivo y diferente, o por fuerza mayor**^{10,11} [Resalta la Sala]

En perspectiva analógica, de lo anterior se infiere que el régimen de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional resulta aplicable al funcionario de las fuerzas militares que resulte lesionado o muerto en una actividad aérea, cuando ésta le ha sido asignada para el cumplimiento de sus funciones y el pilotaje no sea ejercido por la misma víctima, o lo que es lo mismo, cuando no tenga la guarda material de la actividad.

En efecto, en estos supuestos la responsabilidad está fundamentada no en el desequilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas –tal y como ocurre en el título jurídico del daño especial– ni en el desconocimiento de la carga obligacional de la administración pública –falla del servicio– sino en la concreción o materialización de un riesgo de naturaleza excepcional que asociado al ejercicio de una actividad o instrumento peligroso tiene una alta probabilidad de irrogar daños que no se encuentran en la obligación de soportar. En ese orden de ideas, en este tipo de escenarios en los que un agente estatal no asume directa y voluntariamente la actividad peligrosa (V.gr. manejo o conducción de aeronaves), no se le puede señalar que haya sido un riesgo asumido por la víctima, de allí que sea preciso resarcir el daño causado.

En ese orden, se hace imperativo derivar responsabilidad del ente demandado, pues no obran en el proceso medios suasorios que evidencien una causal impeditiva de imputación y desde luego excluyente de responsabilidad, toda vez que las pruebas son concluyentes en señalar que el Suboficial Técnico Tercero Jhon Manzanares Gómez, en desarrollo de una actividad propia del servicio

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 2000. Rad. 13.184. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 17632. C.P. Ruth Stella Correa Palacios.

constitutiva de una actividad peligrosa, sufrió un accidente aéreo del que sobrevino su muerte, cuando no era él quien tenía la guarda material de la nave.

Finalmente, se advierte que contrario a lo expresado por el Ministerio Público en los alegatos de conclusión en la primera instancia, en los eventos en que un funcionario sufre un daño como consecuencia de esta clase de actividades, la entidad estatal a la cual se encuentra vinculado el servidor, ve comprometida su responsabilidad patrimonial, más allá de las obligaciones derivadas de esa relación laboral, las cuales se cubren con la indemnización *a fort fait* a que tiene derecho en virtud de esa vinculación.

Expuesto lo anterior, habrá lugar a confirmar la sentencia recurrida y a analizar la solicitud de la parte demandante referente a la negativa del perjuicio moral en favor de los hermanos del oficial fallecido y el aumento de la suma reconocida por este concepto a favor de los padres, esposa e hija.

4. De los perjuicios

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada¹² ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes que hayan acreditado el parentesco o un vínculo afectivo con el occiso.

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

¹² 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.

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 grado¹³.

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 C¹⁴– 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 persona¹⁵.

Así las cosas, comoquiera que en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción sufrida por: Maria Esperanza Rodríguez; Sara Johana Manzanares; Hermógenes Manzanares; Licenia Gómez; Henry, Doris, Lindon, William y Luz Mery Manzanares Gómez, en consecuencia, respecto de éstos habrá lugar a decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta, la prueba de la consanguinidad entre éstos y la víctima¹⁶, la naturaleza del perjuicio, la intensidad y la gravedad del mismo¹⁷, razón por la cual se asignarán los porcentajes, para cada uno de los demandantes, en los valores que se indican a continuación:

MARIA ESPERANZA RODRÍGUEZ	100 SMMLV
---------------------------	-----------

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

¹⁴ 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.

¹⁵ **Sobre la improcedencia de la aplicación del *test de proporcionalidad* en la tasación de los perjuicios morales**, véase: Sentencia del 5 de julio de 2012, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21.928; Sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 24.260; Sentencia del 24 de abril de 2013, exp. 26.195; Sentencia del 8 de mayo de 2013, exp. 26.754, entre otras.

¹⁶ Registros civiles de nacimiento obrante a folios 53 del cuaderno del Tribunal; 24 y 25, 35 a 40 del cuaderno 2 de pruebas.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 23 de agosto de 2012. Rad. 24.392. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

ARENAS	
SARA JOHANA MANZANARES RODRÍGUEZ	100 SMMLV
HERMÓGENES MANZANARES	100 SMMLV
LICENIA GÓMEZ RODRÍGUEZ	100 SMMLV
HENRY MANZANARES GÓMEZ	50 SMMLV
DORIS MANZANARES GÓMEZ	50 SMMLV
LINDON MANZANARES GÓMEZ	50 SMMLV
WILLIAM MANZANARES GÓMEZ	50 SMMLV
LUZ MERY MANZANARES GÓMEZ	50 SMMLV
LUCERO GÓMEZ	50 SMMLV

No obstante, con relación a los demandantes: José Enrique Gómez, Miriam y Magdalena Manzanares Gómez, habrá lugar a negar las pretensiones por ausencia de prueba idónea que permita establecer alguna relación de parentesco entre estos y la víctima, Jhon Manzanares Gómez.

Se tiene por establecido que la legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones formuladas.

A folios 60 y 61 del cuaderno del Tribunal obran dos declaraciones extra juicio en la que se afirma el parentesco existente entre los demandantes y el fallecido, no obstante, el presente documento carece de pertinencia para acreditar el vínculo familiar y la consecuente legitimación material en la causa de: José Enrique Gómez, Miriam y Magdalena Manzanares Gómez. De allí que se negarán por ausencia de prueba relacionada con su interés en el presente litigio.

4.2 Daño material. Respecto del lucro cesante reconocido a favor de María Esperanza Rodríguez Arenas y Sara Johana Manzanares Rodríguez, se advierte que la fórmula utilizada para la liquidación fue errónea, toda vez que se hizo una única operación para la obtención de los valores; además, la suma que se tuvo en cuenta como salario base de liquidación no es correcta puesto que las cifras utilizadas para tal fin fueron los índices correspondientes al día del accidente y de la fecha en que se encontró la aeronave siniestrada, siendo lo correcto utilizar los correspondientes a: (i) la fecha en que la entidad demandada dejó de cancelar

salario a la familia de la víctima, esto es, septiembre de 1989, lo cual quedó consignado en el documento allegado para acreditar el sueldo devengado por el oficial; y (ii) la sentencia de instancia.

Siguiendo los parámetros anteriores, se procederá a realizar la liquidación del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante a favor María Esperanza Rodríguez Arenas y Sara Johana Manzanares Rodríguez, por estar debidamente acreditado su parentesco con el fallecido, se reconocerá lo solicitado a partir del 26 de septiembre de 1989¹⁸.

Ahora bien, acreditado el salario base de la liquidación, esto es, la suma percibida a título de contraprestación por la actividad ejercida¹⁹, se procederá a realizar la respectiva liquidación, teniendo como base el salario actualizado, \$1'171.765,96, valor adicionado en un 25%, que corresponde a las prestaciones sociales, y a la suma obtenida se le descuenta otro 25% por concepto de gastos personales de la víctima, lo que da un resultado de \$878.824,47. Así, la renta actualizada se dividirá en atención a que la compañera permanente y el hijo serían los beneficiarios.

4.2.1 Liquidación de Sara Johana Manzanares Rodríguez:

La indemnización a que tiene derecho Sara Johana, en calidad de hija de la víctima, comprende dos períodos, uno vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha en que la entidad demandada dejó de pagarle a la víctima salario, hasta la fecha de la sentencia, para un total de 284 meses.

En lo que respecta al lucro cesante futuro, no se entrará a liquidar, comoquiera que a la fecha de la presente sentencia la joven ha cumplido los 25 años, lo cual tuvo ocurrencia el 11 de marzo de los cursantes, y viene soportado en registro civil de nacimiento que obra a folio 59 del expediente.

¹⁸ En el documento obrante a folio 118 del cuaderno No. 3 de pruebas, la entidad demandada acredita que el fallecido devengó hasta el mes de septiembre de 1989, esto es, dos años después de su desaparecimiento, por lo que, para la liquidación se tendrá en cuenta esta última fecha.

¹⁹ En la liquidación de las prestaciones sociales realizada por las Fuerzas Aéreas consta que el último salario total devengado por el Suboficial Jhon Manzanares Gómez era de \$82.687,50 pesos (Fl. 118 Cdno. 3° Pruebas).

Debida o consolidada:

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

$$S = \$439.412 \frac{(1+0.004867)^{284} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$ 268'182.457,00}$$

4.2.2 Liquidación de María Esperanza Rodríguez Arenas:

En calidad de esposa de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende dos períodos, uno vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha en que su esposo dejó de devengar hasta la actual, para un total de 284 meses, y el otro, futuro, que corre a partir de la fecha de esta sentencia hasta el fin de la vida probable, para un total de 332 meses. De lo anterior resulta:

Debida o consolidada:

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

$$S = \$439.412 \frac{(1+0.004867)^{284} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$ 268'182.457,35}$$

Futura o anticipada:

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

$$S = \$439.412 \frac{(1+0.004867)^{332} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{332}}$$

$$\mathbf{S = \$70'893.216,00}$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura, se obtiene un total de \$339'075.637,3 correspondiente al lucro cesante para la señora Ana Yolanda Rivera Castañeda.

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

FALLA:

MODIFÍCASE parcialmente la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, en su lugar se decide:

Primero. Declárase administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana por los perjuicios causados a los demandantes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, se le condena a pagar las siguientes sumas de dinero:

Por concepto de daño moral:

MARIA ESPERANZA RODRÍGUEZ ARENAS	100 SMMLV
SARA JOHANA MANZANARES RODRÍGUEZ	100 SMMLV
HERMÓGENES MANZANARES	100 SMMLV
LICENIA GÓMEZ RODRÍGUEZ	100 SMMLV
HENRY MANZANARES GÓMEZ	50 SMMLV
DORIS MANZANARES GÓMEZ	50 SMMLV
LINDON MANZANARES GÓMEZ	50 SMMLV
WILLIAM MANZANARES GÓMEZ	50 SMMLV
LUZ MERY MANZANARES GÓMEZ	50 SMMLV
LUCERO GOMEZ	50 SMMLV

Por concepto de perjuicios materiales:

Para María Esperanza Rodríguez Arenas la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y

NUEVE MILLONES SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS
(\$339'075.637,3)

Para Sara Johana Manzanares Rodríguez la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y
OCHO MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL CUATROSIENTOS
CINCUENTA Y SIETE (\$268'182.457,00)

Segundo. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Tercero. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos
en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto. En firme este fallo **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su
cumplimiento y expídanse a la parte demandante las copias auténticas con las
constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

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

Radicación número: 07001-23-31-000-2001-01356-01(25712)

Actor: HERMOGENES MANZANARES

**Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - FUERZA AEREA
COLOMBIANA**

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala de Sub-sección C en la sentencia del 13 de junio de 2013, me permito aclarar voto en relación con la tasación de los perjuicios morales, pues estimo que la misma carece de motivación.

La motivación de las decisiones judiciales: un imperativo constitucional, convencional y de legitimación democrática.

1. En el fallo objeto de aclaración, se sostiene que:

“... En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno

de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes que hayan acreditado el parentesco o un vínculo afectivo con el occiso.

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

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

Así las cosas, como quiera que en el sub judice la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción sufrida por: María Esperanza Rodríguez; Sara Johana Manzanares; Hermógenes Manzanares; Licenia Gómez; Henry, Doris, Lindon, William y Luz Mery Manzanares Gómez, en consecuencia, respecto de éstos habrá lugar a decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta , la prueba de la consanguinidad entre éstos y la víctima, la naturaleza del perjuicio, la intensidad y la gravedad del mismo, razón por la cual se asignarán los porcentajes, para cada uno de los demandantes, en los valores que se indican a continuación:"

A mi juicio, esta manera de determinar el *quantum* del perjuicio moral carece de motivación alguna, pues se omite cualquier referencia a la intensidad y gravedad del perjuicio en relación con cada uno de los demandantes, elementos éstos que la misma providencia había reconocido como necesarios a tener en cuenta, a fin de evitar que el arbitrio judicial deviniera en arbitrariedad.

A efectos de sustentar esta aclaración, presento a continuación las siguientes consideraciones.

2 La motivación de las decisiones judiciales no sólo obra por mandato constitucional (artículos 29 y 230), sino también con fundamento en el control convencional²⁰ (material) al que está llamado el juez contencioso administrativo y que se impone en virtud del artículo 93 de la Carta Política, y de los artículos 1.1, 8, 25 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3 La motivación de las decisiones judiciales no se limita sólo a garantizar la eficacia de la tutela judicial efectiva²¹ en cabeza de toda víctima, sino que permite materializar el derecho constitucional fundamental al debido proceso de toda

²⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013 (en imprenta): “En cuanto al control de convencionalidad ejercido por los jueces y tribunales nacionales, si bien desde hace décadas se venía realizando en muchas jurisdicciones nacionales, fue luego de la conceptualización efectuada por el juez García Ramírez, y a partir de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, que el término se acuñó en la jurisprudencia para identificar el control que ejercen dichos jueces cuando, frente a normas nacionales que deban aplicar a casos concretos de los cuales conozcan, dan prelación a las previsiones de la Convención Americana cuando aquellas normas nacionales le sean contrarias”.

²¹ “BUJOSA VADELL y RODRÍGUEZ GARCÍA explican que el derecho a la obtención de tutela judicial efectiva entendido como derecho a una resolución fundada en Derecho, implica una función doble en el examen de esta garantía por los órganos jurisdiccionales, porque, de un lado, como acto de racionalidad en el ejercicio del poder permite conocer las reflexiones que fundamentan el fallo; y, de otro, facilita el acto control (sic) de aquella racionalidad fundada en Derecho (sic) por parte de los tribunales”. BUJOSA VADELL, L.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N, “Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional”, en ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p.146.

entidad demandada, sin que pueda exponerse a ninguno de los sujetos procesales a construcciones pretorianas ajenas al razonamiento debido, so pretexto de amparar un desmedido arbitrio judicial²², que como toda herramienta de discrecionalidad no es absoluta y se limita, especialmente, a los mandatos constitucionales, convencionales y de protección eficaz de los derechos en los dos extremos de la litis. La premisa final, pues, se encamina a considerar a la motivación como garantía constitucional propiamente y como herramienta para alcanzar la legitimidad democrática²³ de la que debe estar provista toda decisión judicial.

²² “no cabe duda de que (sic) la garantía de motivación judicial es un poderoso instrumento que cualitativamente sirve como criterio efectivo de control de la discrecionalidad judicial (...) a menudo se ha confundido el plano conceptual de la discrecionalidad con la arbitrariedad, pechando la discrecionalidad también con la carga peyorativa que acompaña desde antiguo a la arbitrariedad. Así, como señala NIETO, mientras que la idea de discrecionalidad evoca el viejo arbitrio de los jueces y, por ello, nos lleva a un juicio ponderado conforme a diversos criterios que sirven de reglas para la toma de decisión judicial la arbitrariedad sería, por el contrario, sinónima de aquel viejo aforismo del *sic volo sic tubeo*, que ayunando de razones confía únicamente la decisión judicial al gobierno de la voluntad” (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., p.160.

²³ “Conforme al principio de legitimación democrática se articula constitucionalmente la sumisión del juez a la ley. PÉREZ ROYO subraya que frente al estudio tradicional del Poder Judicial, el cual parte del principio de independencia, debiera ponerse más bien el acento en el principio de legitimación democrática de dicho poder (...) Mal se concilia, pues, la afirmación de la legitimación democrática con la realidad del Poder Judicial, que no se sujeta directamente a la voluntad de los ciudadanos. Y, sin embargo, esto no quiere decir que no exista un mecanismo efectivo de sujeción a dicha voluntad: la estrecha vinculación del juez a las leyes, las cuales sí encuentran una efectiva justificación en el principio de legitimación democrática (...) ¿Y cómo se garantiza la efectiva sujeción de los jueces a la ley? A través, sin duda, de la exigencia de motivación (...) Por tanto, puede entenderse fácilmente que de los diversos principios que conforman el Poder Judicial, a saber: independencia, imparcialidad, responsabilidad, exclusividad y unidad jurisdiccional, la sujeción al principio de legitimación democrática a través de la referencia motivada de los hechos en relación a unos fundamentos jurídicos que encuentren acomodo visible en nuestro sistema normativo, es el principio determinante y fuente de todos los demás, erigiéndose en un poderoso instrumento de integración del Derecho (...) Así las cosas, y reconociendo la importancia que

4 La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. En la doctrina más reciente se afirma que la “garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la prohibición de la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de jurisdicción, ofrece a estos a cambio la acción, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia del Derecho²⁴, y ofrece la acción a través del proceso, del processus iudicii, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo

tiene una necesaria sujeción del juez a la ley, como garantía visible de vinculación de éste a través de sus decisiones al principio de legalidad democrática, dicha sujeción debe entenderse en sus justos términos y no como un férreo vínculo asfixiante que acaso encierre a los jueces en los estrechos márgenes del Derecho (sic) legislado, limitándose su actividad a mera labor mecanicista de subsunción en la aplicación de las leyes, sin levantar el vuelo de la jurisprudencia fuera de lo que la doctrina ha venido denominando como legalismo judicial, actitud por otra parte que no sirve para explicar realmente lo que sucede con el Derecho (sic) y su aplicación, constriñéndose ésta a una reflexión miope que gira en torno a la aplicación de las leyes formales, como si las mismas fuesen el Derecho (sic) en su conjunto. Se trata, en suma, de aquello que NIETO denuncia como las falacias del paradigma jurídico tradicional, cuya concepción, que durante el siglo XIX parecía inexpugnable, hoy sigue arrastrándose como tópico por buena parte de la doctrina a sabiendas de las profundas insuficiencias teóricas que encierra, sin que logre afirmarse plenamente un nuevo modelo superador del paradigma anterior”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.140, 141 y 144.

²⁴ “Muy bien expresa este pensamiento el gran procesalista Piero CALAMANDREI, cuando dice que el individuo, privado por el Estado del poder de hacerse justicia a sí mismo tiene, en contrapartida, la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado, porque al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del Derecho, convierta la obligación en sujeción, entendiéndose así la acción como iure conditio de la jurisdicción. Vid. CALAMANDREI, O., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol.I, trad., esp., SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1962, pp.221 y ss”.

fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al giudizio>²⁵, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero coram proprio iudice y, luego, coram partibus, cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propio Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho”²⁶

5 Como puede extraerse, la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”²⁷.

6 La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado “a su propio derecho” no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda²⁸.

7 Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa. Como en un ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe hacerlo en esta ocasión, ya que este

²⁵ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en RDProc., 1949, pp.165 y ss.

²⁶ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

²⁷ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.139.

²⁸ PÉREZ ROYO; Javier. Curso de derecho constitucional. 11^a ed, Madrid, 2007, p.760.

autor entiende “que el concepto de motivación suficiente se refiere al conjunto de elementos necesariamente presentes en la decisión judicial para que ésta sea válida, mientras que la motivación completa se distinguiría del concepto anterior por referirse ante todo a la corrección de la decisión y no sólo a la validez de la misma. Es decir, al conjunto de elementos que hacen que una decisión válidamente elegida sea también racionalmente correcta”²⁹. Desde la perspectiva procesal la “motivación completa alude a una justificación plena de la *facti* como en aquellos otros que integran la *quaestio iuris*. Por el contrario, la motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”³⁰.

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

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

²⁹ ASIS ROIG, Rafael de. El juez y la motivación en el Derecho. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

³⁰ “Estamos, en este último caso, ante un concepto jurídicamente indeterminado, que no responde a ningún apriorismo y su formulación exige analizar cada caso en concreto”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.164.

cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior³¹ (subrayado fuera de texto).

Dicho sentido, siguiendo a la jurisprudencia constitucional, debe tener en cuenta, además, que en un “estado democrático de derecho, en tanto garantía ciudadana, la obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional. La necesidad de justificar las decisiones judiciales, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber, garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia”³² (subrayado fuera de texto). Lo que implica, que la motivación, más allá del debate dicotómico entre suficiente y completa, se exige como garantía de materialidad del ejercicio del debido proceso, “barrera a la arbitrariedad judicial”, plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

10 De acuerdo con Taruffo la “motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuación plena al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla”³³, lo que implica que el “principio de completitud de la motivación garantiza que la cognición judicial se ha desarrollado atendiendo a la ineludible exigencia de juzgar conforme a lo alegado por las partes, que delimitan

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

³² Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

³³ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova, 1975, pp.450 ss.

el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium³⁴. Por eso, bien puede compartirse que la exigencia de completitud de la motivación sea regla general, modulándose su validez en cada caso concreto a tenor de la vieja máxima exceptio firmat regulam in contrario in casibus non exceptis³⁵.

11 Con fundamento en lo anterior, la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a los bienes muebles o inmuebles que resulten afectados; 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodología para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el “quantum” indemnizatorio.

12 Con fundamento en los anteriores argumentos es que me aparto de la decisión de la Sala, ya que no motivó suficiente y razonadamente la decisión de tasar los perjuicios morales en el caso concreto, siendo necesario exponer las líneas generales de la motivación que de existir para reconocer y tasar los perjuicios morales, y su aplicación al caso en concreto.

2. Líneas generales para la motivación de la decisión judicial que reconoce y tasa los perjuicios morales en un caso en concreto.

13 El reconocimiento y tasación de los perjuicios morales no puede realizarse como una simple operación de inferencia lógica (esto es, servirse sólo de las presunciones judiciales³⁶), sino que debe estar en concordancia con la debida,

³⁴ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del proceso>, en Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1986, p.433.

³⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.169.

³⁶ “Como sostiene GASCÓN ABELLÁN, entendemos que la presunción judicial no es un medio de prueba *stricto sensu* sino un procedimiento probatorio de naturaleza indiciaria y, por ello, fundado en la inferencia que el juez realiza tomando como premisas de su razonamiento un hecho o conjunto de hechos probados (indicios) y una máxima de experiencia. Los indicios y la máxima de experiencia permiten formar la

razonada y completa motivación, y que debe encaminarse, como lo argumenta la Corte Constitucional en su sentencia T-736 de 2012, a que el operador judicial realice “un análisis de las condiciones fácticas de cada uno de los demandantes para soportar la grave aflicción a ellos ocasionada” (subrayado y negrilla fuera de texto), a presentar los “argumentos fundados que permitieran considerar que el precedente del Consejo de Estado sobre la tasación de perjuicios morales no era aplicable a ellos, por ser contrarios a la Carta Política, existir diferencias fácticas entre el precedente y los casos analizados, o considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera, en aras de la protección de los derechos fundamentales”.

14 Es sustancial resaltar que la afirmación como precedente horizontal de la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expedientes 13232-15646) no puede convertirse en regla de petrificación jurisprudencial³⁷, ya que en la mencionada

convicción judicial sobre un hecho desconocido, susceptible de conocimiento sólo si la inferencia entre los indicios y la máxima de la experiencia se ha realizado de forma correcta. Tradicionalmente, la doctrina jurisprudencial ha evidenciado su preferencia por las pruebas directas o históricas frente a las pruebas indirectas o fundamentadas en *praesumptionis hominis seu iudicis*, alegando el mayor grado de certeza sobre la existencia de los hechos que ofrece la prueba directa frente a la indirecta (...) En todo caso, al igual que en las pruebas directas o históricas, lo más importante es que la prueba indiciaria arroge un resultado probatorio correctamente inferido que permita fundamentar la convicción judicial (...) En este ámbito, acaso como en ningún otro del fenómeno de la valoración probatoria, campa a sus anchas el arbitrio judicial. De ahí la necesidad de control efectivo de la racionalidad judicial indiciaria a través de la garantía de motivación (...) la prueba indiciaria, acaso como en ningún otro lugar de la probática, es el campo por excelencia de las inferencias hipotéticas, cuya corrección lógica es *conditio sine qua non* para su estimación como elemento probatorio por el tribunal. Así las cosas sólo cuando exista certeza moral sobre los enunciados factuales contruidos en función de inferencias impecables, fundamentalmente abductivas, el razonamiento indiciario podrá integrar lícitamente la motivación *coram proprio iudice*, satisfaciendo la lógica propia del “contexto de descubrimiento” que conduciría posteriormente al “contexto de justificación” expresado en la motivación *coram partibus*”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.344, 345, 347 y 348.

³⁷ “Ahora bien, si nos ponemos en la posición del juez que debe resolver un determinado caso concreto, nos damos cuenta de que pueden existir muchas clases de precedentes. El juez puede estar obligado simplemente a tener en cuenta la decisión anterior como parte del material en el que puede basar su decisión en el caso presente; o por el contrario, puede estar obligado a resolver el

sentencia de la Corte Constitucional (T-736 de 2012) expresamente se considera que el operador judicial, más aún una Sub-sección de la Sección Tercera del propio Consejo de Estado, puede apartarse del (equivocadamente concebido) precedente si **existen diferencias fácticas entre este y el caso en concreto objeto de decisión por la Sala**, o si en determinado evento la decisión de reconocer, tasar y liquidar los perjuicios morales debe hacerse de manera diferente para proteger los derechos fundamentales de la víctima.

15 En la construcción de esa motivación debe distinguirse entre el reconocimiento que de los perjuicios morales procede y la tasación de los mismos, como pasa a exponerse *in extenso*.

3. Alcance conceptual del perjuicio moral.

16 Antes de reconocerlo es necesario exponer, en unas breves líneas, el alcance conceptual del perjuicio moral. De acuerdo con Baudry-Lacantiniere y Barde se trata de todo “perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo”, que “comprende: la desconsideración que significa para la persona atacada el resultado del ataque, el dolor causado por la pérdida de una persona querida, los

caso de la misma manera en que fue decidido el caso anterior salvo que tenga razones válidas para no hacerlo. O puede incluso estar obligado a resolverlo de la misma manera en que se decidió el caso anterior, a pesar de tener buenas razones para no hacerlo”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W., *El precedente en el derecho inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.24. “El precedente, conforme lo anterior, se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema del common law, como una fuente formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la mismas – *ratio decidendi* –, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad- *stare decisis* –, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica. La doctrina del precedente en este sentido se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la predica según la cual, los fallos anteriores, por lo menos una parte de los mismos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al derecho de creación judicial, a partir de una profunda aceptación a la individualidad y personalidad judicial, previo el agotamiento de las reglas que el sistema ha desarrollado para estos efectos, que en líneas generales y en relación con una visión formal del mismo, se resumen en la concurrencia de dos claros elementos configurativos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. La *ratio decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares (...) la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento de la *ratio decidendi*, “... depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación” (subrayado fuera de texto). SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*, Ponencia: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010.

sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son, a veces, la consecuencia del hecho dañoso”³⁸.

En clave filosófica el perjuicio moral puede encontrar fundamento en lo expuesto por Rudolph von Ihering según el cual la “jurisprudencia romana llegó en esto (daño moral) a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que lo proteja el derecho”³⁹.

17 Se trata de un perjuicio que “no está circunscrito a los casos de sufrimiento generado por las lesiones físicas o la muerte. Su campo es tan amplio que basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda. El

³⁸ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2ª ed, T.III, París, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1905, pp.1099 y 1100. Para Carbonnier el “daño moral es el que no produce detrimento patrimonial alguno”. CARBONIER, Jean, *Droit Civil*, París, PUF, 1978, p.84. En tanto que Von Thur considera que los daños morales son “los quebrantos y dolores físicos o de orden moral que se le producen al hombre cuando ilícitamente se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus personales intereses”. THUR, A. Von, *Tratado de las obligaciones*, T.I, Reus, Madrid, 1934, p.88. “B. WINDSCHEID dice, de forma muy categórica, que en caso de lesión de un hombre libre, además del resarcimiento del interés patrimonial, se podía reclamar la llamada indemnización del dolor o dinero del dolor (Schmerzengeld). Según el autor citado, la máxima recogida de una llamada “*Constitutio carolina*” se fundaba en la práctica y había encontrado un punto de apoyo en una ordenanza judicial, donde se decía que el juez que había aplicado tortura a algún sospechoso, pero sin indicios suficientes, estaba obligado a resarcirle convenientemente por el desdoro, por los dolores, por los gastos y por los daños. WINDSCHEID recuerda que en parecido sentido habían decidido la cuestión en Alemania los tribunales de Oldenburgo, Munich, Kassel, Jena y Rostock. Según WINDSCHEID, la indemnización del dinero del dolor no se otorgaba a título de pena, sino de resarcimiento y respondía, en este sentido, al esquema de una *utilis actio legis aquiliae*. DIÉZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, T.V, 1ª ed, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2011, pp.356 y 347.

³⁹ Citado en MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. Délictuelle et contractuelle*, T.I, 4ème ed, Librairie du Recueil Sirey, París, 1947, p.321.

daño es entonces el dolor, la congoja, el sufrimiento y la aflicción compensables con una suma de dinero o mediante otra forma decidida por el juez”⁴⁰.

18 El reconocimiento y tasación de los perjuicios en la actualidad ha dejado de lado el cuestionamiento planteado en la teoría clásica de la responsabilidad extracontractual, en la que se preguntaba: “Cómo los jueces fijarán la suma a pagar a la víctima? Sobre cuáles elementos se basarían? El quantum de los daños-intereses debe mensurarse conforme con el perjuicio sufrido; pero, como este es extra-pecuniario, el daño moral no es susceptible de evaluación. Entonces, necesariamente, los jueces tendrán en cuenta la importancia de la culpa cometida: a mayor culpa resulta un más grave perjuicio, más elevada será la cifra de los daños-intereses”⁴¹.

⁴⁰ “El fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 para el derecho colombiano (Corte Suprema de justicia, Sala Civil, 21 de julio de 1922. M.P. Tancredo Nannetti), y el fallo Letisserand (Consejo de Estado francés, 24 de noviembre de 1961), son los fallos de principio que según la doctrina, reconocen por primera vez de manera explícita la indemnización del perjuicio moral. En efecto, el fallo colombiano citado, al resolver un caso de perjuicio causado a un viudo por la extracción ilícita de la fosa de los restos de su mujer, considera que “al demandante Villaveces, por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil” (...) A su turno, el fallo Letisserand, al considerar que “el dolor moral que resulta para esta última (la madre) de la desaparición prematura de su hijo es por sí mismo indemnizable”, revolucionó la concepción del Consejo de Estado francés que negaba dicha reparación al apoyarse sobre la célebre frase <las lágrimas no se monedean>”. HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.233.

⁴¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. Délictuelle et contractuelle*, T.I, ob., cit., p.328. “La tradición de la indemnizabilidad de un daño moral fue tempranamente recibida en el Derecho (sic) francés. Entre las más antiguas sentencias se suelen citar la de 13 de febrero de 1923, que consideró como daño moral el dolor experimentado por los hijos de la víctima de un accidente mortal, que es suficiente, según dicha sentencia, a falta de cualquier otro perjuicio de carácter material, para que sea admisible la acción de indemnización de daños y perjuicios”. DIÉZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil*

19 Después de aportar unos mínimos criterios conceptuales del perjuicio moral, se debe estudiar cómo se estructura la motivación para su reconocimiento y tasación.

4. La estructuración de la motivación para el reconocimiento y tasación de los perjuicios morales.

4.1. El reconocimiento de los perjuicios morales. Prueba del parentesco, reglas de la experiencia y presunción de aflicción.

20 La premisa es, en mi criterio, que la sentencia de la Sala no estructuró ninguna motivación para reconocer y tasar los perjuicios morales, sino que acoge de manera irreflexiva y mecánica su existencia, tasando sin tener en cuenta un mínimo razonamiento y motivación.

21 En ese sentido, la reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012⁴² señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por la entidad demandada, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

22 Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas (por muerte o lesiones) se produce como consecuencia de los daños antijurídicos derivados de hechos como los ocurridos el 26 de septiembre de 1987, en los que resultó muerto Jhonny Manzanares Gómez; no puede reducir su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que comprende la consideración, el respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes

extracontractual, ob., cit., p.347.

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

que se ven vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

23 Como premisa, se tiene la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la afectación a su lugar de vivienda o habitación. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que se produce entre la esfera moral de cada individuo y la eficacia de los derechos humanos a este reconocidos.

Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación integral consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la *restitutio in integrum*, que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴³.

Precisamente, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de mayo de 2007, relativa a la masacre de la “Rochela”, se sostuvo “que en el ámbito interno no se dispuso una indemnización por el sufrimiento propio de las víctimas fallecidas, por lo que corresponde determinar la indemnización pertinente”. Se trata, por lo tanto, de reconocer que con ocasión de la afectación de la lesión a la vida, a la integridad personal, o al ejercicio de la libertad, por ejemplo, de las víctimas y sus familiares se produjo, como se puede constatar con los medios probatorios que obran en el expediente (en especial la prueba testimonial), toda una serie de padecimientos, sufrimientos y temores que se reflejan en lo más íntimo y personal de cada uno, ponderado en función a su posterior tasación y liquidación, que de no reconocerse, para este tipo de casos específicamente y con la mayor cantidad de medios probatorios permita arrojar la certeza, o inducir con certeza la existencia de tales perjuicios en cabeza de todos y cada uno de los actores, podría socavar el derecho a la reparación integral reconocido constitucional y legalmente.

24 La fundamentación anterior trasladada al caso concreto, y como parte de la motivación, exige la constatación y acreditación debida y legalmente del parentesco, para lo que procede el examen de los registros civiles (de nacimiento,

⁴³ PINTO, Mónica. “La réparation dans le système interaméricain des droits de l’homme. A propos de l’arrêt Aloeboetoe”, en *Annuaire Français de Droit International*. T.XLII, 1996, pp.733 a 747.

de matrimonio y, en dado caso, de las partidas de bautismo⁴⁴), de manera que pueda reconocerse los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares.

25 Dicho reconocimiento se encuentra acompañado, en el raciocinio del juez contencioso administrativo, por la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, la vulneración del honor, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia⁴⁵ como espacio básico de toda sociedad⁴⁶ (el segundo criterio

⁴⁴ En aplicación de la Ley 92 de 1938 y del Decreto 1260 de 1970 (artículos 105 y 106).

⁴⁵ "Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992¹ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: "En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. "Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que "se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y

deberes". (Subrayas fuera de texto). "La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: "En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: "1°. Los descendientes legítimos; "2°. Los ascendientes legítimos; "3°. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; "4°. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1°. , 2°. y 3°; "5°. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1°. , 2°. , y 4°; "6°. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; "7°. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. "Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos". "También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3° ibídem, que reza: "La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución." "La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. "Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. "Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales

y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”⁴⁶(Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

⁴⁶ “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que “[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirla. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho

interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección

con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- cómo estaba conformada la familia?; - qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres – hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?), y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental⁴⁷.

integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación, [5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos". Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

⁴⁷ "Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que

26 Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que el reconocimiento de la existencia de los perjuicios morales con base en las reglas de la experiencia lleva a presumir que en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos, debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, pero teniendo en cuenta también su desdoblamiento en el libre desarrollo de la personalidad y en la participación de todo individuo como miembro de una familia, espacio básico de toda sociedad⁴⁸. Y se afirma que debe tratarse de parientes inmediatos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política⁴⁹.

familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que "familia" es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término "familia" dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección". Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

⁴⁸ Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, expedientes: 32651 y 18569.

⁴⁹ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: "En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta

27 Para el caso concreto obran pruebas acerca del parentesco para su reconocimiento inicial, por lo que la Sala encuentra que cabe reconocerlos.

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

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

4.2. La indiscutible motivación para la tasación de los perjuicios morales.

30 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012⁵⁰, sostiene claramente que el **“Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso”** (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

A lo que se agregó, en la misma sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que **“teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares**

Política. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727.

⁵⁰ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

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

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

32 La unificación sostenida en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 exige, además, que la Sub-sección advierta la necesidad de estudiar, analizar y leer juiciosamente la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expediente 13232-15646), para extraer los argumentos que pueden servir de sustento al sentido correcto de la tasación de los perjuicios morales, en concordancia con la sentencia de 23 de agosto de 2012 (sin olvidar que en la misma, la Sala Plena de la Sección Tercera resolvió un caso en materia de accidente de tránsito):

a) El planteamiento inicial de la Sección Tercera es que demostradas “las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante (...) que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte” (subrayado fuera de texto); b) “puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora” (subrayado fuera de texto); c) luego, bastaría “entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes” (subrayado fuera de texto); d) de acuerdo con la sentencia de 21 de julio de 1922, de la Corte Suprema de Justicia, el quantum indemnizatorio del perjuicio moral cabe “fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedan desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapa a la acción de las leyes (...)podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta dos mil pesos” (subrayado fuera de texto); e) a su vez, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la sentencia de 27 de septiembre de 1974 consideró que “teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido en una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad” (subrayado fuera de texto), de tal manera que “cuando el perjuicio pudiera ser de grado inferior, por cualquier causa, como cuando es más lejano el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, debía fijarse una suma prudencialmente menor” (subrayado fuera de texto); f) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta 2001 argumentó que “las sumas fijadas no tienen el carácter de topes obligatorios para los falladores de las instancias, dado que a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil; constituyen, simplemente, una guía para los jueces inferiores, que deben ceñirse a su prudente juicio, al tasar los perjuicios morales” (subrayado fuera de texto); g) de acuerdo con la Aclaración de Voto de Fernando Hinestrosa a la sentencia del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1982: “Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en

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

33 De los anteriores argumentos no cabe la menor duda que la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 ha venido siendo deformada, de tal manera que en la actualidad sólo interesa citar aquellos apartes en los que el sustento del arbitrio judicium (arbitrium judicis) aparece descontextualizado de todo el elemento argumentativo completo que utilizó la Sala en dicha providencia, lo que plantea una seria preocupación no sólo frente al respeto del principio de igualdad, sino del debido proceso y del efectivo acceso a la administración de justicia.

34 Cabe resaltar que la sentencia de 6 de septiembre de 2001 establece como obligación del juez contencioso administrativo la necesidad de motivar razonada, proporcional y ponderadamente la tasación de los perjuicios morales, sin fijar

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

35 Por este motivo, es necesario que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, atienda la observación coincidente de esta Sala, de las aclaraciones de voto y de los usuarios que plantean tutelas con argumentos similares, de examinar el alcance que se le ha dado a la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expedientes 13232-15646), y de su ajuste a la más reciente jurisprudencia constitucional e interamericana de derechos humanos, en aras de preservar las garantías fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la reparación integral. Lo anterior, y dando continuidad a la argumentación de la mencionada sentencia, para que se entienda que “la afirmación de la independencia del juez implica la asunción, por parte de éste, de una responsabilidad mayor. Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran

profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables"
(subrayado fuera de texto).

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

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

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

Ahora bien, en la sentencia T-464 de 9 de junio de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, la Corte Constitucional consideró: a) “ante tal valoración, no se haya justificado por qué el incremento de los perjuicios causados se estimó en el máximo que ha definido la jurisprudencia⁵¹. De hecho, la Sala

⁵¹ La Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo del 6 de septiembre de 2001 argumentó lo siguiente: “Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos

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

Finalmente, en la más reciente sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (acción de tutela del ICFES contra las sentencias del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca) la Corte Constitucional planteó la siguiente argumentación que debe observar el juez contencioso administrativa, desde la perspectiva de las garantías a la igualdad y al debido proceso: a) de acuerdo con la jurisprudencia “sobre perjuicios morales del Consejo de Estado, para que haya lugar a la reparación (i) basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. En segundo lugar se indica que (ii) corresponde al juez ‘tasar discrecionalmente’ la cuantía de su reparación”⁵²; b) a su vez, dicha jurisprudencia “da tres elementos de juicio para poder esclarecer qué implica el término “discrecionalmente” a saber: (1) la manera como el criterio fue aplicado al caso concreto; (2) los criterios que añade el Consejo de Estado y, finalmente (3) la cita al pie de página que fundamenta la posición de la sentencia”⁵³; c) los “criterios

legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción”. (negrilla fuera de texto original).

⁵² Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁵³ “En el caso concreto considera la Sala que no hay lugar a condenar a la Nación por los perjuicios morales reclamados por el actor porque las molestias aducidas no alcanzan la

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 mismos⁵⁴; d) “el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995”⁵⁵; e) la “jurisprudencia del Consejo

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

⁵⁴ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁵⁵ “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.

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 contratiempo⁵⁶. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales⁵⁷. Pueden probar también

En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades. Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. [...]". Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)]. Se dijo al respecto: "a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon."

⁵⁷ 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 Reinél 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

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 considerados⁵⁸; f) “cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no *ex ante* y de forma general”; y, g) “no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad,

C. 2). || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes transcrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

⁵⁸ 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 iguales⁵⁹. 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 discriminatorias”.

37 Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la Sala no puede llamarse a lecturas parciales, acomodadas y dirigidas a justificar forzosamente el arbitrio judicium (arbitrio judicis), sino a ejercer con plena objetividad la labor de análisis que demanda el respeto por las garantías constitucionales que merecen respeto según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En ese sentido, considero después de un estudio y análisis objetivo e imparcial de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de

⁵⁹ 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”.

Casación Civil, de 18 de septiembre de 2009 (expediente 20001-3103-005-2005-00406-01, caso de muerte por electrocución), que en sede de la jurisdicción civil ordinaria, la tasación y liquidación de los perjuicios morales atiende a los siguientes criterios: a) la “cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e incommensurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retrotraible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*” (subrayado fuera de texto); b) de acuerdo con la dilatada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de 10 de marzo de 1994; de 5 de mayo de 1999 –expediente 4978-; de 25 de noviembre de 1999 –expediente 3382-; de 13 de diciembre de 2002 –expediente 7692-; y, de 15 de octubre de 2004 –expediente 6199-), “es dable establecer su quantum a través del llamado *arbitrium iudicis*, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada” (subrayado fuera de texto); c) “admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del

impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeat* se remite a la valoración del juez” (subrayado fuera de texto); d) para la valoración del quantum (tasación y liquidación) de los perjuicios morales fija una serie de criterios: “estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador” (subrayado fuera de texto); e) contrario a la regla general que propone la Sala dar continuidad, la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada considera que la valoración del quantum “es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción” (subrayado fuera de texto), esto es, que debe atender a cada caso y no como resultado de la aplicación de reglas generales que si se convierten en “tabla de punto” o, en criterio objetivo encubierto; f) “se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos” (subrayado fuera de texto); y, finalmente, g) “en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador” (subrayado fuera de texto).

38 En tanto que estudiada objetiva e imparcialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considero relevante destacar los siguientes criterios para la tasación y liquidación de los perjuicios morales: a) “a Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad⁶⁰, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, en la que se consideró para tasar el perjuicio moral el impactó que causó

inferioridad⁶¹, inseguridad, frustración, e impotencia^{62”63}; b) en “Mack Chang v. Guatemala, por ejemplo, la Corte ponderó las graves circunstancias del caso, así como el agudo sufrimiento de la víctima y sus familiares”⁶⁴; c) en el caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, la Corte consideró que “es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el desconocimiento de lo sucedido a un hijo o hermano, máxime cuando se ve agravado por la impotencia ante la falta de las autoridades estatales de emprender una investigación diligente sobre lo sucedido”⁶⁵; finalmente, en los caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, y Aleboetoe contra Suriname, la Corte se apoyó en pruebas psicológicas para poder liquidar el perjuicio moral.

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

“(…) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos”⁶⁶.

en la familia la desaparición de la víctima.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, se consideró también la frustración e impotencia como factores a tener en cuenta en la tasación del perjuicio moral, consecuencia de la abstención de las autoridades de investigar los hechos.

⁶³ ROJAS BAEZ, Julio José. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, en [www.corteidh.org.cr/tablas/R22050.pdf].

⁶⁴ “(…) resulta evidente que [la víctima] experimentó dolores corporales y sufrimiento antes de su muerte, lo que se vio agravado por el ambiente de hostigamiento que vivía en esa época”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Mack Chang contra Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005.

⁶⁶ “(…) a la teoría de la argumentación le compete poner de manifiesto que las cosas de los jueces no son ni tan claras ni tan oscuras, que, entre el noble sueño y la pesadilla, en términos de HART, cabe el camino intermedio de una posible racionalidad argumentativa, de un concepto débil, pero no inútil, de racionalidad. Ni es la práctica del derecho conocimiento puro, sin margen para la discrecionalidad judicial, ni es, por necesidad, extrema la discrecionalidad, transmutada en arbitrariedad irremediable. Los jueces deciden

2. Estos argumentos han de tener tres propiedades que podemos denominar formales: no deben contener inferencias erróneas, no deben ser incompletos, en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explicitadas, y han de ser pertinentes, es decir, tienen que versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar⁶⁷.

3. Estos argumentos debe ser convincentes o, si se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por cualquier observador imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica. Este requisito plantea la necesidad de que, mínimo, dichos argumentos sean admisibles, y que lo sean por estar anclados en o ser reconducibles a algún valor esencial y definitorio del sistema jurídico propio de un Estado constitucional de derecho⁶⁸.

porque valoran, pero esas valoraciones son susceptibles de análisis y calificación en términos de su mayor o menor razonabilidad: en términos de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que en la motivación de las sentencias vengan justificadas". GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.52.

⁶⁷ "Las teorías de la argumentación jurídica acostumbra a diferenciar la justificación externa y la justificación interna de las decisiones. La justificación externa se refiere a la razonabilidad o aceptabilidad de las premisas, a las razones que amparan la elección de las premisas de las que la decisión se deriva. La justificación interna alude a la corrección de tal derivación, a la validez, lógica en mano, de la inferencia mediante la que de aquellas premisas se saca la resolución a modo de conclusión (...) La decisión final, la que se contiene en el fallo de la sentencia, es el producto lógicamente resultante de una serie de decisiones previas, las decisiones que configuran las premisas, que les dan su contenido. Esas previas decisiones son propiamente tales, lo que quiere decir que encierran la opción entre distintas alternativas posibles. Y por ser, así, decisiones, elecciones que el juez, hace, han de estar justificadas. La justificación externa es justificación de la elección de las premisas. Son las premisas las que sostienen directamente el fallo, pues éste, por así decir, se justifica solo, en cuanto que es o pretende ser mera conclusión inferida con necesidad lógica de esas premisas. Aquí viene ahora a cuento lo que podríamos denominar la regla de exhaustividad de la argumentación, regla argumentativa que se puede enunciar así: toda afirmación relevante para la configuración de una premisa de la decisión final y cuyo contenido no sea perfectamente evidente debe estar basada en razones explícitas, tantas y tan convincentes como sea posible. En otros términos, el razonamiento judicial mostrado en la motivación no debe ser entimemático en nada que no sea evidente, no puede haber premisas o subpremisas ocultas" (subrayado fuera de texto). GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., p.63.

⁶⁸ De manera crítica se argumenta: "En su estado actual, la llamada teoría de la argumentación jurídica tiene dos

La satisfacción de esas exigencias es condición de que la decisión judicial merezca el calificativo de racional conforme a los parámetros mínimos de la teoría de la argumentación. Con ello se comprueba que la racionalidad argumentativa de una sentencia no depende del contenido del fallo, sino de la adecuada justificación de sus premisas⁶⁹ (subrayado fuera de texto).

40 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”⁷⁰.

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

⁶⁹ “Podría añadirse un cuarto requisito: que ni las premisas empleadas y justificadas ni el fallo vulneren los contenidos de las normas jurídicas, al menos en lo que tales contenidos sean claros. Esta exigencia se desdobla, a su vez, en dos: a. que los elementos con que el juez compone su razonamiento decisorio no rebasen los límites marcados por las normas procesales; b. que el fallo no contradiga el derecho sustantivo”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., p.49.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente 1995-10351.

41 Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles). Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia⁷¹ como si se tratara de variables unívocas y uniformes⁷², sino que debe considerarse las circunstancias de cada caso en concreto, las singularidades de los sujetos, de los grupos familiares y la aplicación de los anteriores criterios. Sin embargo, una vez definidos los criterios o referentes objetivos (como lo señala la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 23492), cabe determinar el “quantum” indemnizatorio, para lo que cada juez en el ejercicio de su razonado arbitrio puede emplear el método, o metodología, que permita una ponderada dosificación, siendo para este caso procedente la aplicación de la metodología del “test de proporcionalidad”, como expresión de la debida continuidad de las sentencias de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 y de 23 de agosto de 2012.

En ese sentido dejo planteado mi aclaración o salvamento de voto,

⁷¹

⁷² “¿Es posible, o mejor dicho, tiene sentido definir o analizar lo que llamamos <sentimientos> en toda su generalidad? Al fin y al cabo, nunca nos encontramos ante el <sentimiento> ni en nuestra existencia cotidiana ni en las actividades y objetivaciones que se elevan por encima de la vida diaria. Nos vemos confrontados a una diversidad de sentimientos cuyas funciones concretas no parecen tener nada en común. El sentimiento de ser descubierto, de gozar del sol, de hambre, de desprecio por algo o alguien, todos esos sentimientos juegan en mi vida papeles tan distintos que hacen por lo menos dudoso el que tenga derecho metodológicamente a empezar mi análisis antropológico partiendo del <sentimiento general>”. HELLER, Ágnes. Teoría de los sentimientos. 1ª reimp. México, Coyoacán, 2004, p.15.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA