

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - No configuración / TASACIÓN DE PERJUICIOS MORALES / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS A HERMANOS - No procede / CONSENTIMIENTO PARA LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

En concepto de la Sala, el Tribunal no incurrió en ninguno de los defectos mencionados, por las siguientes razones: En cuanto al defecto sustantivo, a juicio de la Sala, el Tribunal sí tuvo en cuenta las normas que regulan el tema de la donación de órganos (Ley 73 de 1988), y aplicó de esta los artículos que eran pertinentes para declarar la responsabilidad administrativa contra las entidades demandadas. (...) Para la Sala, la aplicación de la norma resulta acertada en la medida que ha sido el legislador quien ha dispuesto que solo pueden expresar el consentimiento los hermanos mayores de edad atendiendo el orden establecido. Por tanto, la afirmación del Tribunal sobre que respecto de ellos no hay daño (derivado de no haberles informado sobre la donación de órganos y no solicitarles su consentimiento) es adecuada en la medida que la ley así lo preceptuó. En cuanto al defecto fáctico, la Sala advierte que tampoco se encuentra configurado, pues está visto que en su decisión el Tribunal sí valoró los registros civiles y aunque reconoció que (J Y N) eran hermanos del fallecido, aclaró que tal condición por sí sola no les daba derecho a la indemnización reclamada, en la medida que para ello se requería la existencia de un daño, que, como se explicó, respecto de los hermanos no se causó.(...) [L]a jurisprudencia de esta Corporación en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. (...) En la decisión acusada, el Tribunal tomó la decisión de disminuir a 20 SMMLV los perjuicios morales a los accionantes (padres) porque encontró que el perjuicio solo se acreditó respecto de la imposibilidad de ejercer el derecho de oposición a la donación por parte de ellos. (...) En ese orden de ideas, para el Tribunal no resultaba razonable que el monto de la indemnización fuera exactamente el mismo que concede el Consejo de Estado para casos de grave aflicción o muerte. Para la Sala, tal postura resulta razonable, adecuada y debidamente motivada bajo un criterio de equidad, sin que su análisis constituya un desconocimiento del precedente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-05080-00(AC)

Actor: JOSÉ LUIS COLMENARES FRANCO Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C

Procede la Sala a decidir el recurso de amparo interpuesto por el señor José Luis Colmenares Franco y sus familiares contra la sentencia del 23 de septiembre de 2018, ejecutoriada con el auto de 10 de octubre de 2019 que declaró improcedente la adición, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección C.

La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado es la competente para conocer del asunto por ser el superior jerárquico del Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015, y 1983 de 2017 y en el Acuerdo No. 377 de 2018 de la Sala Plena de esta Corporación.

I. ANTECEDENTES

A. Solicitud de amparo

1.- El señor José Luis Colmenares y sus familiares, invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, libre expresión, igualdad e información y acceso a la administración de justicia, interpusieron acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección C, para que se ordenara a la autoridad judicial proferir una nueva decisión en la que se mantuviera el reconocimiento de los perjuicios fijados de 40 SMMLV¹ y el derecho indemnizatorio reconocido a los hermanos en la primera instancia dentro del proceso de reparación directa.

2.- Como pretensiones presentaron las siguientes:

«PRIMERA: tutelar los derechos fundamentales del debido proceso, derecho de defensa, de igualdad de las partes ante la ley, la información, acceso a la administración de justicia, reparación integral, derecho a la libre expresión, derechos jurídicos constitucionalmente amparados, de los señores José Luis y Natalia Colmenares Franco, Luz Daissy Franco Cardona, Luis Eduardo Colmenares como demandantes victimizados en Proceso de REPARACIÓN DIRECTA como medio de control, que en recurso de APELACIÓN le correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera –Subsección C bajo el No. 1100-13-33.17-19-2011-00283-00.

SEGUNDO: ORDENAR a los Magistrados integrantes de la Sala de decisión encabezada por el MP. Fernando Irequi Camelo, SUSPENDA los efectos de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2018, que modificó, en los numerales 3, 4 y 5, del fallo emitido por el Juzgado 19 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá de fecha 27 de agosto de 2015 obrante en el referido expediente, y que atendiendo a la solicitud que hicieran los demandantes respecto a la reforma y adición de la sentencia el 23 de septiembre de 2018, el magistrado ponente rechazó de plano la solicitud por las razones antes referidas, quedando ejecutoriada el día 10 de octubre de 2019 con la flagrante y fehaciente vulneración de los derechos fundamentales de los victimizados accionantes en la presente acción.

¹ Salario mínimo mensual legal vigente.

TERCERA: SE REVOQUE la sentencia de segunda instancia proferida el 23 de agosto de 2018, por la Sección Tercera-Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia del Magistrado Ponente Dr. Fernando Iregui Camelo, para que en su defecto:

A.- Se reajuste la tasación ordenada en primera instancia, por el daño antijurídico que ACRECENTÓ EL DOLOR Y SUFRIMIENTO que estaba padeciendo el núcleo familiar por la muerte de su fallecido, al monto que en su arbitrio judis el Honorable Consejo de Estado considere en lo posible que tienen derecho los accionantes.

B.- O se CONFIRME EN SU INTEGRIDAD, la sentencia proferida por el Juzgado 19 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá –el 27 de agosto de 2015, que tazó a favor de los miembros del núcleo familiar una compensación económica consistente en 140 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes distribuidos así: 40 smmlv para cada uno de los progenitores del fallecido y 30 smmlv para cada uno de los hermanos, como indemnización por el daño extra patrimonial infringido a los demandantes.

CUARTA: Se declare patrimonialmente responsable a los entes demandados y condenados»

B. Hechos

Los accionantes basaron sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

3.- Presentaron acción de reparación directa contra el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Banco de ojos –Cobacol- y Banco de Huesos y Tejidos –Cosme y Damián-. En primera instancia, el *Juzgado Diecinueve Administrativo de Descongestión de Bogotá* declaró administrativamente responsables a las demandadas por el daño causado con la ablación de los órganos del hijo y hermano de los accionantes sin que hubiera mediado el consentimiento previo para tal fin, ni se hubiera probado la presunción legal de donación. El Juzgado ordenó el pago de perjuicios morales a favor de los padres en 40 SMMLV y para los hermanos en 30 SMMLV.

4.- Las accionadas apelaron la decisión y el *Tribunal Administrativo de Cundinamarca* revocó el reconocimiento de perjuicios morales otorgado a los hermanos y modificó el reconocimiento de perjuicios de 40 a 20 SMMLV para los padres, cuyo pago debía ser asumido en la siguiente proporción: 70% del valor a cargo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 15% a cargo de la Fundación Cosme y Damián y el 15% restante a cargo de Cobacol.

5.- La sentencia fue notificada a las partes por edicto el 13 de septiembre de 2018, y dentro del término de ejecutoria José Colmenares y sus familiares solicitaron la adición de la sentencia para que se reconociera el perjuicio moral a los hermanos, petición que se resolvió el 10 de octubre de 2019 como improcedente.

6.- En el transcurso del trámite de adición, José Colmenares y sus familiares interpusieron acción de tutela contra el Tribunal, que fue conocida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, quien declaró improcedente la solicitud por subsidiariedad, pues aún no se había resultado la adición.

C. Fundamentos de la vulneración

7.- Luego de exponer las razones de la muerte del menor, los hechos mencionados en el proceso de reparación directa y de señalar cuáles fueron los tejidos que extrajo el Banco de órganos con autorización del médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses sin que se hubiera configurado la presunción legal de donación, los accionantes afirmaron que los salarios reconocidos por el Tribunal no correspondían a lo establecido por la jurisprudencia que ha aceptado que, por el hecho de acreditarse el parentesco, los familiares tienen derecho a que se les reconozcan perjuicios morales, y sin embargo, el Tribunal consideró que los hermanos no tenían este derecho.

8.- Sostuvieron que en la providencia concurren los defectos de indebida motivación o sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente jurisprudencial, que basaron en las siguientes afirmaciones:

8.1.- **Indebida motivación o sustantivo:** el Tribunal sustentó la negativa del reconocimiento de perjuicios morales para los hermanos en el artículo 5 de la Ley 73 de 1988, cuando debió aplicar lo dispuesto en el artículo 2 ibídem, que establece el deber legal de informar oportunamente a los deudos sus derechos en relación con la disposición del cadáver. Al tener los hermanos del fallecido la condición de deudos, ellos tenían derecho a que se les reconocieran los perjuicios morales por la ablación de los órganos de su familiar.

8.2.- **Fáctico:** en el proceso de reparación directa, la calidad de hermanos se probó con el registro civil. Sin embargo, el Tribunal «*hizo un falso juicio*» al señalar que quienes debían otorgar el consentimiento para la donación de órganos no eran los hermanos sino los padres, de modo que la omisión del consentimiento informado se predicaba solo en relación con los padres.

8.2.1.- En concepto del Tribunal, los hermanos del fallecido no tenían derecho al reconocimiento de perjuicios morales porque eran menores de edad, y no se probó que hubieran sufrido un daño por la ablación practicada a su familiar por el Banco de Huesos; esta decisión resulta equivocada, en opinión de los accionantes, en la medida que el perjuicio se prueba solo con el parentesco.

8.2.2.- Según los accionantes, el Tribunal confundió el concepto de víctima directa merecedora de una indemnización por el perjuicio causado y la persona que debió otorgar el consentimiento para la donación de órganos. Qué los hermanos no tuvieran la capacidad para otorgar el consentimiento, no los excluía de la existencia de un perjuicio, máxime si estaba probado en el proceso ordinario que el dolor de la muerte se incrementó al haber recibido el cuerpo de su hermano incompleto.

8.3.- **Desconocimiento del precedente:** la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sostenido que para tener derecho al reconocimiento de perjuicios morales solo basta con que se acredite el parentesco. Las reglas de la experiencia hacen presumir que el sufrimiento del pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conformaron su núcleo familiar. Ahora bien, dentro del proceso de reparación directa se probó el vínculo familiar luego había lugar a la indemnización a favor de los hermanos.

9.- Finalmente, alegaron la violación directa de la Constitución basados en que la modificación que hizo el Tribunal sobre los perjuicios de 40 a 20 SMMLV fue subjetiva y caprichosa. El Tribunal no tuvo en cuenta la omisión y el perjuicio que se les causó. Incluso, adujeron que el reconocimiento de perjuicios de la primera

instancia fue inferior al de 100 SMMLV, diferente al que ha fijado la jurisprudencia de esta Corporación.

D. Oposiciones e intervenciones

10.- Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera, Subsección C

10.1.- Sostuvo que los accionantes pretendían usar la acción de tutela como un último recurso para obtener una decisión distinta, lo que la hacía improcedente y por lo tanto, debía rechazarse. Agregó que no se presentaron defectos claros contra sentencia judicial.

10.2.- En concepto del Tribunal, la tutela estaba dirigida a que se estudiara el monto de la indemnización y a los beneficiarios de la condena, aspectos que fueron suficientemente motivados en la sentencia; allí se hizo un análisis legal y probatorio, teniendo en cuenta la relación entre el daño antijurídico y lo probado, lo cual dio como resultado que se negaran las pretensiones para los hermanos.

10.3.- En la sentencia se consideró *«que el daño probado era aquel circunscrito al ejercicio del derecho de oposición a la extracción de órganos, con fines de custodia, conservación y culto del cadáver del fallecido, puesto que no podía hablarse de otro tipo de afectación que tuviera el carácter de personal frente a los demandantes»*, y se explicó que la presunción de legitimación en la causa por parentesco con la víctima directa no impide que dadas las circunstancias específicas del caso y las pruebas aportadas, se concluya que un pariente no fue afectado con el daño cuya reparación se exige, de modo que no existe una regla que restrinja al juez en su análisis interpretativo.

10.4.- Los hermanos del fallecido advirtieron los hechos plasmados en la demanda después del entierro de su familiar y no probaron el menoscabo o lesión con la ablación practicada a su pariente. Por ello, el Tribunal negó los perjuicios solicitados. Además, la obligación de dar el consentimiento informado se predicó en relación con los padres del fallecido y no con los hermanos, los primeros como representantes legales de aquel, y no en relación con los segundos porque para la fecha de la muerte eran menores de edad, razón por la cual no podían oponerse a la donación.

10.5.- En cuanto a la decisión de disminución de la condena, aclaró que esta determinación se adoptó porque no se acreditó que los padres y los hermanos pertenecieran a un credo o comunidad religiosa, o que tuvieran una convicción filosófica o sociológica, o que pertenecieran a una comunidad étnica con creencias o doctrinas arraigadas que consagraran una prohibición o restricción respecto a la donación de órganos o de la intangibilidad del cuerpo después de la muerte que les produjera un conflicto emocional superlativo, más allá del dolor intenso –que es normal- que produce la pérdida de un hijo.

10.6.- La reparación y el perjuicio no se concedieron por la muerte del menor, sino por la afectación que sufrieron los padres a quienes no se les surtió el trámite adecuado del consentimiento informado para la donación de los componentes anatómicos de su hijo. Así, el perjuicio se reconoció por la connotación, frustración y dolor por la impotencia ante un hecho cumplido, cuyo derecho legítimo de impedirlo les fue negado.

En ese sentido, resultaban proporcionales los 20 SMMLV que se reconocieron a cada uno de los padres por el daño sufrido.

11.- Corporación Banco de Ojos de Colombia –Cobanco-

11.1.- Sostuvo que la tutela es un mecanismo preferente y expedito para la protección de derechos fundamentales. Que como el accionante no presentó una verdadera vulneración de estos derechos sino una inconformidad en lo desfavorable de la sentencia, el juez constitucional debía rechazarla por improcedente.

11.2.- En cuanto a los fundamentos planteados en la acción, sostuvo que en la decisión no se incurrió en ninguno de ellos. Que no compartía la decisión del Tribunal, no por lo expuesto por los accionantes, *«sino porque considera que existen yerros en los fallos de primera y segunda instancia, por la aplicación indebida de la norma porque no era predicable al del derecho de información para expresar el consentimiento informado, sino por el contrario, a la aplicación de las condiciones para que exista la presunción legal de donación de órganos, que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del joven Colmenares»*.

11.3.- Los accionantes manifestaron su dolor por la forma en que les fue entregado el cuerpo; sin embargo, esta manifestación no coincidía con lo indicado en las pruebas del proceso y los argumentos expuestos en la demanda ordinaria, pues ellos tuvieron conocimiento de la extracción de los órganos mucho tiempo después de que el cuerpo fue entregado y enterrado. En adición a lo anterior, no había prueba dentro del proceso que indicara que el cadáver se entregó de manera degradante o deshonrosa, por el contrario, esto se hizo en condiciones de dignidad y buen trato.

12.- Fundación Cosme y Damián - Banco de Huesos y Tejidos

12.1.- Solicitó que se declarara la improcedencia de la tutela y la temeridad porque por los mismos hechos los accionantes ya habían interpuesto otra acción de tutela que en su momento fue declarada improcedente.

12.2.- En cuanto a los reparos, sostuvo que los accionantes pretendían el amparo de unos derechos sin raigambre constitucional, sino de contenido económico y patrimonial, cuya protección no era posible lograr a través de la acción de tutela. Por otra parte, la disminución de los perjuicios y la negativa de indemnización para los hermanos fue el resultado del análisis de cada una de las situaciones que se discutieron en el proceso ordinario, sin que ahora pudiera hacerse lo mismo, menos aun si no existe ningún hecho que constituya una vulneración de derechos fundamentales.

12.3.- Por último, refirió que no es cierto que la decisión del Tribunal estuviera indebidamente motivada; sí se motivó y se explicó porqué los hermanos no tenían derecho al perjuicio solicitado y que para el caso de los padres era necesario disminuir la condena.

II. CONSIDERACIONES

13.- La Sala considera necesario abordar dos temas antes de analizar los reparos de los accionantes, lo dicho por las partes y la decisión del juez en relación con el derecho vulnerado, a saber: a) la procedencia de la tutela contra la providencia judicial cuestionada; y b) la existencia de una acción de tutela por los mismos hechos que fue declarada improcedente.

A. Requisitos de procedibilidad de la acción

14.- La Sala observa que en el presente caso se encuentran satisfechos los requisitos generales que habilitan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, así:

14.1.- El asunto es de relevancia constitucional, toda vez que la *litis* se dirige a la posible vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los accionantes.

14.1.2.- Si bien la accionada y los terceros interesados sostienen que lo pretendido por los accionantes no tiene una afectación de derechos fundamentales, y lo que intentan es convertir la acción en una instancia adicional, tal postura no encuentra fundamento, porque al revisar la sentencia cuestionada y al observar que el litigio gira alrededor de unos presuntos defectos tales como que no se valoraron las pruebas obrantes en el proceso, la aplicación de normas que no corresponden al caso y desconocimiento del precedente judicial sobre la liquidación de perjuicios, al punto que se negó el derecho a los hermanos con desconocimiento de la presunción por parentesco, considera la Sala que el asunto sí tiene relevancia constitucional y debe darse respuesta a estos reproches.

14.2.- Por otra parte, la acción de tutela se dirige contra una sentencia de segunda instancia contra la que no procede ningún recurso ordinario o extraordinario, por lo que la Sala encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad.

14.3.- El requisito de inmediatez se cumplió, toda vez que la sentencia acusada se profirió el 23 de septiembre de 2018, quedó ejecutoriada el 10 de octubre de 2019 con el auto que negó la adición de la sentencia y la tutela se interpuso el 3 de diciembre de 2019, lo que indica que fue presentada dentro del plazo razonable fijado por la jurisprudencia (6 meses) para ello.

14.4.- Se determinaron de manera clara, detallada y comprensible los hechos que aparentemente generaron la vulneración a los derechos fundamentales invocados, así como el derecho afectado.

14.5.- La acción de tutela se dirige contra una sentencia de segunda instancia proferida dentro de un proceso de reparación directa y no contra una sentencia proferida en el trámite de una tutela.

B. La existencia de una acción de tutela por los mismos hechos que fue declarada improcedente

15.- Los terceros interesados y los mismos accionantes afirman que por los mismos hechos interpusieron una tutela. Los primeros sostienen que como sobre este asunto ya hubo un pronunciamiento declarando su improcedencia, la decisión debe darse en el mismo sentido, esto es, declarándose la improcedencia y la temeridad de la acción. Por el contrario, los accionantes aseguran que no existe una decisión de fondo, por lo que el juez constitucional debe decidir las cuestiones planteadas.

15.1- En efecto la Sala encuentra que sobre estos hechos los accionantes interpusieron una acción de tutela², declarada improcedente por la Sección Segunda de esta Corporación mediante sentencia del 7 de diciembre de 2018,

² Fols 89-102.

porque aún no se había resuelto por el juez ordinario la solicitud de adición contra la sentencia.

Esto significa que el juez constitucional no se ha pronunciado sobre los defectos propuestos por los accionantes; al no existir una decisión de fondo sobre el asunto, no se configura la temeridad y tampoco hay lugar a conceder la improcedencia solicitada, sino que resulta adecuado entrar a decidir los fundamentos propuestos por los demandantes.

C. Defectos alegados contra la sentencia

16.- En primer lugar se hace necesario señalar que no se entrarán a verificar las circunstancias que dieron lugar a la declaratoria de responsabilidad, esto es si existió o no falla del servicio u omisión de las entidades demandadas en el procedimiento de informar sobre el consentimiento para la donación de órganos, o si la ablación de los órganos que practicaron el Banco de Ojos –Cobacol- y el Banco de Huesos y Tejidos –Cosme y Damián- al familiar de los accionantes se ajustó o no a los procedimientos legales sobre la materia, pues sobre esto los accionantes no plantearon ningún argumento de inconformidad.

17.- En segundo término, los defectos alegados están dirigidos contra el tema indemnizatorio. Los accionantes consideran que los hermanos sí tenían derecho al reconocimiento de perjuicios morales y que había lugar a ellos por el vínculo familiar, lo cual se probó con el registro civil de nacimiento. Por otra parte, señalaron que la disminución de los perjuicios reconocidos es arbitraria y subjetiva.

18.- En ese sentido, la eventual violación del derecho al debido proceso constitucional de los accionantes se basa en tres argumentos: (i) un defecto sustantivo, al haber desconocido las normas legales que establecen que se debe informar a los familiares sobre la donación de órganos para que expresen su consentimiento, y, como existió tal omisión, para los hermanos también se produjo una afectación; (ii) un defecto fáctico, al haber determinado, pese a existir prueba del vínculo familiar y del dolor causado por la extracción de los órganos, que los hermanos no tenían derecho al reconocimiento de perjuicios morales y, (iii) se alega que se incurrió en un desconocimiento de la jurisprudencia Contencioso Administrativa aplicable, según la cual los perjuicios morales deben reconocerse en una proporción ya establecida, esto es, 100 SMMLV para los padres y 50 SMMLV para los hermanos.

19.- En concepto de la Sala, el Tribunal no incurrió en ninguno de los defectos mencionados, por las siguientes razones:

19.1.- En cuanto al defecto sustantivo, a juicio de la Sala, el Tribunal sí tuvo en cuenta las normas que regulan el tema de la donación de órganos (Ley 73 de 1988), y aplicó de esta los artículos que eran pertinentes para declarar la responsabilidad administrativa contra las entidades demandadas. Se expuso en la sentencia acusada que *«el daño está representado en la afectación, no solo del derecho de los familiares a manifestar su voluntad u oposición frente a la donación de órganos del cadáver de su familiar fallecido, sino del derecho de custodia, conservación y culto del cadáver, y es personal, porque no se trata del derecho del fallecido, sino del derecho de los parientes que le sobreviven»*.

Y aun *«cuando los Bancos realizaron los videos de los llamados a los familiares, esto no bastaba para agotar las posibilidades de información a que tenían*

derecho, por lo que al no cumplirse el plazo para que presentaran la oposición y no verificar de manera idónea y suficiente que no se hallaban presentes, lo cual imposibilitaba tener su consentimiento, los Bancos no estaban habilitados para solicitar la autorización de extracción y debieron abstenerse de practicarla con fundamento en una autorización obtenida sin garantía del derecho de oposición.»

19.2.- Como dichas entidades no cumplieron con el deber legal de informar sobre el consentimiento en debida forma, el Tribunal declaró su responsabilidad por no haber informado y obtenido el consentimiento para la ablación de órganos que se practicó al familiar y por no garantizar a los familiares el derecho de oponerse a ella; no obstante, consideró que para efectos del reconocimiento de la indemnización de perjuicios en relación con los hermanos, condición que fue valorada, como para el momento de los hechos ellos eran menores de edad «no se advertía que se les haya causado un daño, pues no estaban facultados legalmente para decidir sobre la donación de órganos del cadáver de su pariente, por lo que no se afectó su derecho a la libertad».

Esto en razón a que el artículo 5 de la Ley 73 de 1988 preceptúa un orden en relación con los deudos de una persona fallecida que deban expresar el consentimiento y en el numeral 4 refiere a los hermanos mayores de edad.

19.3.- Si bien los accionantes sostienen que el Tribunal no debió aplicar ese artículo sino el artículo 2 ibídem que dispone, que «Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido». Los accionantes reiteran que son deudos quienes acrediten la condición de familiares, y como esta se acreditó en relación con los hermanos mediante los registros civiles, ellos también debían expresar el consentimiento.

19.4.- Según los accionantes, a los hermanos también se les causó un daño porque no se les permitió dar su consentimiento ni estuvieron en condición de oponerse a la extracción de órganos del cadáver de su hermano.

19.5.- Para la Sala, la aplicación de la norma resulta acertada en la medida que ha sido el legislador quien ha dispuesto que solo pueden expresar el consentimiento los hermanos mayores de edad atendiendo el orden establecido. Por tanto, la afirmación del Tribunal sobre que respecto de ellos no hay daño (derivado de no haberles informado sobre la donación de órganos y no solicitarles su consentimiento) es adecuada en la medida que la ley así lo preceptuó.

20.- En cuanto al defecto fáctico, la Sala advierte que tampoco se encuentra configurado, pues está visto que en su decisión el Tribunal sí valoró los registros civiles y aunque reconoció que Jhonatan y Natalia Colmenares eran hermanos del fallecido, aclaró que tal condición por sí sola no les daba derecho a la indemnización reclamada, en la medida que para ello se requería la existencia de un daño, que, como se explicó, respecto de los hermanos no se causó.

20.1.- Distinto es el caso del daño por la extracción de los órganos del cadáver. Si bien por dicha extracción que pudo haber causado un perjuicio moral a los hermanos, dicho perjuicio debía probarse. Según la decisión objeto de revisión, las pruebas que se allegaron y se practicaron en el proceso demostraron únicamente

que no se informó sobre el consentimiento para la extracción de órganos a los deudos del fallecido y se aplicó la presunción legal de donación sin haberse agotado el trámite del consentimiento informado. De modo que, si no se aportó prueba sobre el perjuicio causado por la extracción, que en ningún modo puede inferirse del simple parentesco, el Tribunal no podía concederlo.

20.2.- Valga aclarar que la presunción del parentesco que refieren los accionantes es la aplicada para el reconocimiento del daño moral y así lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación³. Sin embargo, esto no significa que los jueces no puedan apartarse de ella de manera razonada y justificada como ocurrió en la providencia objeto de revisión. Adicionalmente, para el Tribunal no se probó el daño en relación con los hechos frente a la omisión de solicitarles el consentimiento informado, análisis que no se discute en esta decisión.

21.- En relación con el desconocimiento del precedente, los accionantes citan apartes de sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación en las que se ha dicho que el monto indemnizatorio puede tasarse en 100 SMMLV y que la procedencia del reconocimiento del perjuicio puede derivarse del vínculo familiar. De esa manera, a su juicio, la disminución de los perjuicios en la decisión acusada por parte del Tribunal, desconoce esa regla.

21.1.- Para la Sala, la jurisprudencia de esta Corporación en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros⁴ vinculantes para los jueces administrativos. Sin embargo, para la tasación de los perjuicios morales deben seguir la libertad probatoria y utilizar su prudente arbitrio en el marco de la equidad y la reparación integral. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 SMMLV, se 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, con base en el análisis de casos previos y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado.

21.2.- 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 plasma 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.

21.3.- En la decisión acusada, el Tribunal tomó la decisión de disminuir a 20 SMMLV los perjuicios morales a los accionantes (padres) porque encontró que el perjuicio solo se acreditó respecto de la imposibilidad de ejercer el derecho de oposición a la donación por parte de ellos. No se probó *«la pertenencia a un credo o comunidad religiosa, o una convicción filosófica o sociológica, a una comunidad étnica con creencias o doctrinas arraigadas a que consagraran una prohibición o restricción respecto a la donación de órganos o de la intangibilidad del cuerpo después de la muerte que les produjera a los familiares del menor Colmenares un conflicto emocional superlativo, más allá del dolor intenso –que es normal- que produce la pérdida del hijo»*.

Agregó, *«en este caso no se repara la muerte del menor, sino la afectación del derecho de sus padres a optar por no donar sus componentes anatómicos, lo*

³ Así por ejemplo en la jurisprudencia unificada se dijo que “con la prueba del parentesco o del registro civil de matrimonio se infiere la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes cercanos”, ver las sentencias del 1° de marzo de 2006. Expediente 15440 y 28 de agosto de 2014, rad. 36.149.

⁴ Ver sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, rad. 36.149.

cual, como se explicó, demuestra la existencia del daño. Así, en ejercicio del arbitrio iudicis, es posible tasar de forma abstracta los perjuicios morales causados a los familiares al realizar la ablación del cadáver de su ser querido sin que pudiera oponerse, pues tal dolor es connatural el sentimiento de frustración e impotencia ante un hecho cumplido, cuyo derecho legítimo de impedirlo les fue negado. Con todo, se requiere probar la magnitud de la consecuencia en el fuero interno del afectado, que permita una cuantificación del perjuicio (...) pero resulta desproporcionado asignar un monto correspondiente al 40% de los que se reconoce cuando el daño es la muerte del ser querido, sin mayores elementos de juicio, sobre todo cuando se revisa en perspectiva, como es natural, que la muerte es el daño mayor a que está expuesta la persona».

21.4.- En ese orden de ideas, para el Tribunal no resultaba razonable que el monto de la indemnización fuera exactamente el mismo que concede el Consejo de Estado para casos de grave aflicción o muerte. Para la Sala, tal postura resulta razonable, adecuada y debidamente motivada bajo un criterio de equidad, sin que su análisis constituya un desconocimiento del precedente.

22.- Finalmente, tampoco existe una violación directa de la Constitución con la disminución de la tasación de los perjuicios, dado que se cumplió con carga argumentativa para adoptar la decisión, y de ninguna manera la decisión fue subjetiva ni caprichosa, como lo afirmaron los accionantes. Por el contrario consultó los criterios de equidad y razonabilidad.

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

RESUELVE

PRIMERO. NIÉGUESE el amparo de los derechos fundamentales invocados por los accionantes contra la sentencia del 23 de agosto de 2018 y auto del 10 de octubre de 2019, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección C.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.

TERCERO. Sino fuere impugnada, ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

ALBERTO MONTAÑA PLATA

RAMIRO PAZOS GUERRERO