PERJUICIOS MORALES - Unificación jurisprudencial. Necesidad de motivación de reconocimiento indemnizatorio y su tasación

Como se puede ver, plantea el recurso dos aspectos que merecen examinarse con cuidado: la necesidad de motivarse el reconocimiento indemnizatorio por perjuicios morales y su tasación, de una parte, y –de otra- el deber de atemperarse de manera consistente a los lineamientos jurisprudenciales en esta materia, so pena de incurrir en prácticas discriminatorias. Procederá la Sala a examinar estos dos aspectos planteados por la parte actora en su impugnación. (…) 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 demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso. Por esta razón, 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.

NOTA DE RELATORIA: Sobre este tema ver, Corte Constitucional, sentencia T 212 de 2012

PERJUICIOS MORALES - Aplicación de presunciones de parentesco. Criterio jurisprudencial de Altas Cortes / PERJUICIOS MORALES - Presunción de parentesco. Principio de arbitrio judicis

Ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso. (…) Idénticos parámetros jurisprudenciales maneja actualmente la Corte Suprema de Justicia que ha entendido que la valoración de este tipo de perjuicios corresponde al juez, quien podrá declarar su existencia con base en la prueba indiciaria, en la cual, el parentesco resulta ser un elemento que permite deducir y tener por demostrado el afecto derivado de las relaciones familiares. (…) Sobre la utilización de este medio probatorio de las presunciones para la tasación del daño moral, la Corte Constitucional ha considerado que tal criterio decantado por las Altas Cortes tiene la connotación de precedente jurisprudencial obligatorio para los jueces de menor jerarquía y, en consecuencia, ha ordenado su aplicación en los casos en los cuales se verifique que no han sido acogidos los lineamientos de tales precedentes sin que exista justificación para hacerlo. Así lo ha expresado:
Así las cosas, en esta oportunidad, la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan. (...) Ahora bien, no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium judicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la 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, y bajo esa concepción han de entenderse los lineamientos que la jurisprudencia ha llegado a decantar que en ese punto –el del quantum- obra como referente.

NOTA DE RELATORIA: Sobre este tema se puede consultar: Corte Constitucional. Sentencia T 934 de 2009. Consejo de Estado, Sala Plena del 5 de noviembre de 1997, exp. S 259

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a padres, hermanos y abuelos de fallecido

La jurisprudencia de la Sección ha entendido que las reglas de la experiencia ponen de presente que normalmente sufren dolor moral los padres, hijos, hermanos, abuelos, con la pérdida de un ser querido, razón por la cual es posible presumir su causación con la sola acreditación de la relación de parentesco. Al respecto dijo la Sala en Sentencia del 9 de junio de 2010. (…) En este punto ha de resaltarse que no acoge la Sala la manera como el a quo dispuso la tasación indemnizatoria, pues, como bien advierten los impugnantes, ninguna razón ofreció para apartarse de los lineamientos generales que la jurisprudencia para eventos como el que hoy conoce esta Sala ha entregado a la comunidad jurídica, circunstancia que impone que deban ajustarse sus valores a esos lineamientos por no existir en el proceso circunstancias demostradas que permitan introducir las reducciones que dieron lugar a la protesta de los demandantes afectados. (…) La Sala procederá al ajuste de patrón de la condena impuesta por el Tribunal por dicho concepto (…) al estar debidamente acreditado en el expediente la relación de parentesco existente entre los padres y hermanos con el fallecido, relación que hace presumir la intensidad del dolor moral que sufrieron con la muerte de su hijo y hermano, máxime si se tiene en cuenta las circunstancias en que dicha muerte se produjo –momentos de terror- en que la naturaleza misma del hecho que la generó es comprensible que produzca en las personas mayor grado de ansiedad, confusión, dolor y repudio de lo acontecido. (…) y de conformidad con las reglas de la experiencia y convivencia humanas, entiende que es dable presumir el dolor que los abuelos sienten con la muerte de un nieto, afección que, por lo demás, refieren los testigos que depusieron dentro de este proceso contencioso (…) Por todas estas razones se modificará la sentencia impugnada y se procederá a reconocer a cada uno de los abuelos demandantes el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales, cuantía indemnizatoria a la que se llega por entender, (…) que resulta razonable asumir que entre los miembros de la célula primaria de la sociedad –como es la familia, según señala la propia Constitución-, existen lazos de cariño, de fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, y la ruptura injusta de esos lazos genera desazón, angustia y sentimientos de frustración que, en tratándose de los abuelos pueden calificarse como profundos y desgarradores.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver, fallos: 18 de mayo de 2000, exp. 12053; 15 de junio de 2000, exp. 11688; y 9 junio de 2010, exp. 18677. Sobre el tema del Reconocimiento de los perjuicios morales de los abuelos, ver sentencia del 6 de agosto de 1992, exp. 6901

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Atentado terrorista en la población de Puerto Rico, Caquetá / CONFLICTO ARMADO - Muerte de civil por atentado terrorista. Cargas explosivas en la estación de policía y en los despachos judiciales de Puerto Rico, Caquetá / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Título de imputación. Falla en el

Servicio de seguridad del Estado / FALLA DEL SERVICIO - De seguridad del Estado. Muerte de civil por atentado terrorista / FALLA DEL SERVICIO - Deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto / FALLA DEL SERVICIO - Responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado. Rompimiento de las cargas públicas que normalmente debía soportar la sociedad civil

Ciertamente se acreditó en el proceso que en el municipio se habían presentado con anterioridad otros dos atentados con artefactos explosivos en contra de entidades públicas en el mes de octubre del año inmediatamente anterior, vale decir cinco meses atrás, y otros más en el departamento, pero esa sola circunstancia en modo alguno permite a la Sala deducir la configuración de una conducta omisiva o descuidada y por ello reprochable en cabeza de la demandada, dada la especial naturaleza de ese tipo de ataques que son de suyo sorpresivos y pocas veces predecibles, debiéndose resaltar que en este caso nada distinto a esa mera circunstancia se probó en el proceso, pues, por el contrario, lo que sí está demostrado en las presentes actuaciones es que dado el alto grado de presencia subversiva en la zona, la demandada desplegaba actividades de control y vigilancia permanentes sobre los distintos sectores de la población, no empero lo cual los ataques llegaban a producirse por efecto mismo de la naturaleza y dimensión del conflicto armado que no por haber permanecido con manifestaciones recurrentes por más de cincuenta años pueda significar que ocurra como expresión de una falla en el servicio de seguridad del estado. (...) De todo lo anterior ha de seguirse que la responsabilidad del Estado en este caso se fundamenta en el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto, quienes se vieron sometidas al rompimiento de las cargas públicas que normalmente debían asumir, circunstancia de desequilibrio que se concretó en la muerte de un miembro de su núcleo familiar, (…) razones -todas estas- que llevan a entender que no resultan de recibo los planteamientos de la demandada en este punto enderezados a obtener la revocación de la sentencia en tanto determinó su responsabilidad, por lo que ha de procederse, a continuación, al estudio del recurso formulado por la parte actora.

NOTA DE RELATORIA: En lo que se refiere al derecho de daños y a la teoría del daño especial ver fallo de 19 de abril de 2012, exp. 21515

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a Hijo Póstumo del fallecido

Emerge con claridad la relación filial que existiría entre HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO y HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA de no haberse producido el deceso de este último, en las condiciones atrás anotadas. Por lo anterior, resulta claro que el menor ARIAS LOZANO fue privado del derecho de tener una figura paterna que velara por él, y cercenadas las manifestaciones de amor, afecto y compañía que de ella pudieren provenir. Por tanto, su carencia desde el momento del nacimiento, como ocurrió con HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO, lleva a que se produzca en el menor una afectación emocional que desde el vientre de su madre sentirá y que, sin duda, repercutirá en su formación. (…) principalmente en sus etapas de infancia y adolescencia cuando al desarrollarse como ser humano, note día tras día la ausencia de una figura paterna a quien ni siquiera tuvo la oportunidad de conocer, con las correspondientes afectaciones emocionales y psicológicas que dicha situación conlleva. (…) Por lo anterior la Sala reconocerá al menor HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema ve providencia de 15 de agosto de 2002, exp. 14357

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. Reconocimiento a ciudadano fallecido por atentado terrorista

Precisada como está la calidad de damnificado del menor HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO dentro del presente proceso, la Sala considera que resulta razonable que también tenga derecho a que se le reconozca indemnización por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, como en efecto se decretará.

PERJUICIOS MATERIALES - Indemnización debida o consolidada. Indemnización futura o anticipada

Se hace necesario liquidar nuevamente el perjuicio material causado de manera que se distribuya equitativamente entre LINABEL ARIAS LOZANO y HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO, para lo cual se tomara como salario base de liquidación, el mínimo legal mensual que rige para el año 2.012, es decir $566.700. De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a liquidar las indemnizaciones debida y futura.

COSTAS - No condena

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 177

NOTA DE RELATORIA: Decisión adoptada por la Sala Plena de la Sección Tercera con aclaración de voto de los consejeros Stella Conto Díaz del Castillo, Danilo Rojas Betancourth, Jaime Orlando Santofimio Gamboa; con salvamento de voto del consejero Mauricio Fajardo Gómez. Y con ausencia de la consejera Olga Mélida Valle de De la Hoz

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012).

Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392)

Actor: HUGO GIRALDO HERRERA Y OTROS

Demandado: NACION - RAMA JUDICIAL Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada - Rama Judicial - en contra de la Sentencia proferida el 9 de diciembre de 2.002 por el Tribunal Administrativo del Caquetá, por medio de la cual se hicieron las siguientes declaraciones:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la responsabilidad administrativa y patrimonial de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - RAMA JUDICIAL por los perjuicios de todo orden que se causaron a los demandantes con ocasión de la muerte de su compañero, hermano e hijo ALEXANDER GIRALDO BUENDIA.*
>
> ***"SEGUNDO: CONDENAR*** *a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - RAMA JUDICIAL a pagar por partes iguales y en forma solidaria, las siguientes sumas de dinero, a favor y por los conceptos que se detallan a continuación:*
>
> *A) Por concepto de perjuicios morales, para cada uno de los padres del occiso HUGO GIRALDO HERRERA y MARIA EMILIA BUENDIA, el equivalente en pesos de ochenta (80) salarios mínimos, legales mensuales; para la compañera permanente LINABEL ARIAS LOZANO, el equivalente en pesos de cien (100) salarios mínimos, legales mensuales y para cada uno de los hermanos: AMIDABAD ROA BUENDIA, GLORIA PATRICIA Y OSCAR FERNANDO GIRALDO BUENDIA, LUS ERNESTO y MARIA GISELA GIRALDO SALAZAR, el equivalente en pesos de treinta (30)salarios mínimos, legales mensuales. El salario mínimo legal es el vigente al tiempo en que se efectúe su pago*
>
> *B) Por concepto de lucro cesante causado y futuro a favor de la compañera LINABEL ARIAS LOZANO, la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS VEINTISEIS MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO PESOS ($75.926.144) moneda corriente.*
>
> ***"TERCERO: DENEGAR*** *las demás pretensiones de la demanda."*

1. ANTECEDENTES

1. La demanda

Los señores **HUGO GIRALDO HERRERA; MARIA EMILIA BUENDIA CICERI,** actuando en nombre propio y en representación del menor **AMIDABAD ROA BUENDIA; GLORIA PATRICIA GIRALDO BUENDIA, OSCAR FERNANDO GIRALDO BUENDIA, LUIS ERNESTO GIRALDO SALAZAR, MARIA GISELA GIRALDO SALAZAR; LUIS BENIGNO BUENDIA SANTANILLA, VIRGINIA CICERI; HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA; ISABEL HERRERA RODRIGUEZ** y **LINABEL ARIAS LOZANO,** quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor **HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO,** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa instaurada en contra de la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA** - **POLICIA**

NACIONAL- y **RAMA JUDICIAL**, solicitaron se las declare patrimonialmente responsables por todos los perjuicios de orden moral y material que les fueron irrogados con ocasión de muerte de **HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA**, ocurrida el día 29 de marzo de 1.998 en la población de Puerto Rico (Caquetá), al ser alcanzado por las esquirlas de artefactos explosivos, dirigidos contra la sede de los despachos judiciales y la Estación de Policía de dicha localidad.

Consecuentemente, solicitaron que se las condene a pagar a su favor indemnización:

Por concepto de perjuicios morales la cantidad de 2.000 gramos de oro para cada uno de los padres, compañera permanente e hijo póstumo del fallecido y, para cada uno de los hermanos y abuelos del fallecido, la cantidad de 500 gramos de oro.

Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro, la suma que resulte a favor de LINABEL ARIAS LOZANSO, en su calidad de compañera permanente, y de HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO, en su calidad de hijo póstumo de HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA, teniendo en cuenta para su liquidación la suma de $250.000 que éste percibía al momento de su fallecimiento, más un 25% por prestaciones sociales o, en su defecto, con base en el salario mínimo legal mensual vigente para la fecha del deceso.

Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la suma de $1.098.000 a favor de HUGO GIRALDO HERRERA, padre del fallecido, correspondiente a los gastos funerarios que asumió para atender el sepelio de su hijo.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones expusieron los que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

- El señor HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA laboraba en la empresa de transportes del Huila "Coomotor", con sede en la población de Puerto Rico (Departamento del Caquetá), desempeñando la labor de "despachador", por la cual percibía un ingreso mensual promedio de $250.000.

- El día 29 de marzo de 1.998, aproximadamente a las 8:00 p.m., después de haber terminado HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA su trabajo y en momentos en que se encontraba en la esquina de la carrera 5ª con calle 5ª de la citada población, detonaron , con breves intervalos de tiempo, dos cargas de material explosivo, colocadas por el grupo irregular de las FARC, las cuales fueron dirigidas contra las instalaciones de los despachos judiciales y de la Estación de Policía, ubicadas, respectivamente, en la calle 4ª con carrera 5ª esquina y calle 4ª con carrera 6ª esquina, siendo alcanzado por las esquirlas producto de las explosiones, causándole la muerte.

- Durante el segundo semestre de 1.997 y primer semestre de 1.998, se desató una ola de violencia protagonizada por miembros del grupo subversivo de las FARC, la cual azotó al Departamento del Caquetá y, en especial, a los Municipios de San Vicente del Caguán y Puerto Rico, grupo irregular que, mediante volantes y comunicados, además de amenazas de muerte para quienes ejercieran el derecho al voto y sirvieran de jurados de votación, hizo saber al pueblo caqueteño su intención de no permitir la realización de las elecciones para Congreso y Presidencia de la República.

- El 14 de octubre de 1.997 –en el mismo municipio- el grupo irregular activó una carga explosiva contra una patrulla militar, en momentos en que atravesaba una caño, falleciendo un menor de edad; el 22 de octubre del mismo año, colocaron un artefacto explosivo en el casco urbano de la población de Puerto Rico, dirigido contra la sede de la Fiscalía Seccional, destruyéndola totalmente y el 12 de mayo de 1.998 accionaron otra carga explosiva contra la sede de la Registraduría Municipal.

Por todas las anteriores circunstancias afirmó la demanda que los ataques de la guerrilla se dirigieron entonces contra toda clase de organismos del Estado y con el propósito de desestabilizar las instituciones y el orden público.

- Asegura la demanda que la muerte de HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDÍA produjo en su núcleo familiar un impacto emocional y sicológico muy grande.

- Considera la demanda que el daño sufrido por los demandantes resulta antijurídico, pues no tienen por qué soportarlo

La demanda fue presentada el 30 de noviembre de 1.999[1] y admitida por el Tribunal Administrativo del Caquetá mediante Auto del 3 de febrero de 2.000[2] que se notificó en legal forma al Ministerio Público al día siguiente[3]; a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional el 21 de febrero del mismo año[4] y a la Rama Judicial, por conducto del Director Seccional de Administración Judicial, el 15 de febrero de 2.000[5].

2. Trámite en primera instancia

La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional dio contestación al libelo para oponerse a las pretensiones[6]. Propuso como el “hecho de un tercero” y señaló que HUGO ALEXANDER GIRALDO fue una víctima más de las conductas antijurídicas de los subversivos, quienes han sembrado los caminos y valles de la patria de víctimas inocentes, sin que sea posible predicar que el Estado sea responsable por no tener al pie de cada ciudadano un agente del orden que cuide de su vida o de sus bienes.

Adujo que desde un punto de vista teórico y manejando ideales, podría decirse que es una meta que debería alcanzar el Estado Social de Derecho o el Estado Bienestar, lo cual no es posible por las limitaciones económicas que tiene el país. En apoyo de su planteamiento, se remitió a Sentencia proferida por esta Corporación con fecha 18 de abril de 1.996, en la que se analizó la responsabilidad del Estado por actos terroristas.

La Nación - Rama Judicial -, por su parte, al contestar la demanda[7], igualmente se opuso a las pretensiones de los accionantes por considerar que no existe responsabilidad del Estado en este caso. Señaló que para que una persona pública pueda considerarse responsable de un hecho, debe haber actuado y, en esa actuación, producir un daño o perjuicio, debiendo existir nexo causal entre una

---

[1] Folio 51 vto. cuaderno principal
[2] Folio 53 cuaderno principal
[3] Folio 54 vto. cuaderno principal
[4] Folio 55 cuaderno principal
[5] Folio 56 cuaderno principal
[6] Folio 62 cuaderno principal
[7] Folio 68 cuaderno principal

y otra. Formuló como excepción la de falta de legitimación en la causa por activa con relación al menor HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA, en consideración a que en el registro civil no aparecen los datos de la madre , de donde concluyó que tal documento no llena los requisitos exigidos por el Decreto 1260 de 1.970.

El Tribunal, mediante Auto del 25 de agosto de 2.000 abrió el proceso a pruebas[8], ordenó la práctica de las pedidas por la parte accionante, al igual que dispuso tener como tales los documentos aportados por la Nación-Rama Judicial, señalando, además, que la Nación-Policía Nacional no contestó la demanda, pues quien lo hizo carecía de personería adjetiva, conforme precisó en auto del 25 de abril de 2.000.

Concluido el período probatorio, el Tribunal convocó a las partes a una audiencia de conciliación que se declaró fracasada al manifestar los representantes de las entidades demandadas que los respectivos Comités de Conciliación no autorizaron presentar fórmula de arreglo alguna, cumplido lo cual dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y el Ministerio Público conceptuara de fondo, cosa que hicieron la parte actora[9] y la Nación-Ministerio de Defensa - Policía Nacional[10], para reafirmar sus planteamientos.

El Ministerio Público rindió concepto para solicitar se declarara responsable en forma solidaria a las entidades demandadas, bajo la teoría del riesgo excepcional. Manifestó que existen eventos en los que la imputabilidad al Estado surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que se expone a un grupo particular de ciudadanos a un peligro como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata - agrega - de la existencia de una acción u omisión reprochables de las autoridades, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge de la realización de un riesgo excepcional creado por la administración en cumplimiento de sus funciones.

3. La Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Caquetá, mediante sentencia proferida el 9 de diciembre de 2.002, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda[11]. Declaró administrativamente responsables a las entidades demandadas de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte de HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDÍA y, en consecuencia, las condenó a pagar en forma solidaria los valores ya descritos al inicio de esta providencia.

Para arrimar a tal conclusión, razonó de la manera siguiente:

> *"4.2.2. La imputabilidad*
>
> *"Los demandantes imputan al ente demandado la responsabilidad del daño antijurídico bajo el régimen del daño especial por la ruptura de las cargas frente al común de los ciudadanos, ante la acción desestabilizadora del Estado originada en el accionar de los grupos subversivos y por eso se procede ahora a su análisis.*
> *(…)*

[8] Folio 106 cuaderno principal
[9] Folio 147 cuaderno principal
[10] Folio 160 cuaderno principal
[11] Folio 175 cuaderno principal

"Desde la anterior perspectiva estima la Corporación que al estar demostrado que el señor HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDÍA falleció como ocasión de un atentado terrorista realizado el 29 de marzo de 1.998, cuya autoría no corresponde a ninguno de los órganos demandados sino que se atribuye por las autoridades investigadoras y de seguridad a miembros de las FARC, es decir a un tercero, al no darse una conducta legítima de la administración productora o causante del daño de naturaleza especial y anormal que reclaman los demandantes, dicho régimen de responsabilidad no es predicable para el caso de autos pues ese atentado es ajeno a la actuación de la administración, quien fue una víctima del mismo.

"No obstante, al amparo del principio IURA NOVIT CURIA estima la Sala que la atribución del daño antijurídico al patrimonio estatal, debe analizarse bajo el régimen objetivo del riesgo (excepcional) pues como lo señalan (…) desde el 14 de octubre de 1.997 se venían presentando acciones terroristas en la población de Puerto Rico en contra de agencias estatales, en esa fecha, en contra de una patrulla militar; luego el 22 de octubre de 1.997 en contra de la Fiscalía Seccional y Local, el 29 de marzo de 1.998 en contra de la estación de policía y despachos judiciales y el 25 de mayo de 1.998 en contra de la Registraduría Municipal del Estado Civil; todos los cuales según los informes de inteligencia adelantados por el CTI señalan a las FARC como sus autoras (…); de manera que la acción de los violentos no se cernía sobre la población civil sino contra las dependencias estatales que ejercían su presencia en la zona y ello creó un riesgo para los circunvecinos de las sedes de tales oficinas".

4. El recurso de apelación

La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional[12] y la parte demandante[13], interpusieron en forma oportuna recurso de apelación contra la providencia de primera instancia.

4.1. De La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional

La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional no está de acuerdo con el fallo de primera instancia pues no acepta que las instituciones legalmente constituidas y que encarnan la autoridad y la justicia, puedan considerarse un riesgo para la sociedad y, por ello, deban retirarse de determinados sitios a fin de evitar atentados terroristas.

Agregó a lo anterior que la Policía Nacional había tomado las medidas de seguridad preventivas conforme a los medios de que se disponía.

4.2. De la parte demandante

La inconformidad de la parte demandante con la sentencia de primera instancia la hizo radicar en la tasación del monto de los perjuicios morales reconocidos a los padres y hermanos del occiso que considera vulnera el principio de igualdad y califica de discriminatoria en tanto con ella el a quo dejó de lado sin razón que así lo justificara, los lineamientos jurisprudenciales sobre la materia.

De otra parte, expresó su protesta la parte actora con relación a la decisión adoptada por el a quo respecto de los abuelos de la víctima, pues, advierte, su

---

[12] Folio 189 cuaderno principal
[13] Folio 196 cuaderno principal

pretensión resarcitoria tuvo como fundamento –además de la condición de terceros civilmente damnificados, su parentesco que en el proceso se demostró debidamente, circunstancia que, en su criterio, permitía presumir el dolor moral por la muerte de su nieto.

Por último, precisó la parte actora, también, como otro aspecto de disconformidad con la decisión de primera instancia, la negativa al reconocimiento indemnizatorio a favor del hijo póstumo, pues considera que la interpretación que soportó la decisión es en extremo "exegética" ya que no tuvo en cuenta que resultaba un contrasentido exigir el reconocimiento del menor por parte de su padre ya fallecido y adujo que la madre del menor, por ausencia de una adecuada asesoría, no obtuvo que los padres de la víctima aceptaran de manera explícita que el menor llevara los apellidos de su padre, circunstancia que –asegura-no significa que se opongan a ello. En cuanto a este punto de discrepancia concluyó el recurso de la manera que sigue:

> *"Esta omisión en el campo de la práctica pro (sic) vencimiento del término de un mes para que sea válida la filiación de un hijo póstumo, no quiere decir ni significa que el menor HUGO AEXANDER ARIAS LOZANO, no sea hijo del ahora occiso HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA, y a fe de ello que todos los familiares del extinto, incluso el menor, concurren en un solo mandatario para el ejercicio de la acción contenciosa administrativa en cuestión. Y si la exégesis va hasta el extremo de que solo la legitimación en causa se funda en el registro civil en que se acredite el parentesco de hijo o consanguíneo en el primer grado en línea descendente, estaríamos en el exabrupto de exigir al menor demandante, que previamente incoara un proceso de filiación y obtuviera sentencia favorable, con el riesgo de que en la práctica judicial primero le caducara su derecho a demandar a través de la acción contenciosa administrativa la reparación del daño que le aflige".*

Por último, cuestionó la parte recurrente el salario que fue tomado como base para la liquidación de los perjuicios materiales reconocidos.

5. El trámite de segunda instancia

Los recursos planteados en los términos expuestos, fueron admitidos por auto del 27 de marzo de 2.003[14] y, mediante proveído del 2 de mayo de 2.003[15] se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal que transcurrió en silencio.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, dado que la pretensión mayor

---

[14] Folio 214 cuaderno principal
[15] Folio 216 cuaderno principal

correspondiente a perjuicios morales se estimó en la suma de $29.196.000 para la fecha de presentación de la demanda, y la cuantía exigida para que el proceso de reparación directa en el año de 1.999 tuviera vocación de doble instancia era de $18.850.000[16].

2. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados - decía la norma en la época de presentación de la demanda[17] - a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se demanda se origina en los daños sufridos por los demandantes con ocasión del fallecimiento de HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA, ocurrida el 29 de marzo de 1.998 en la población de Puerto Rico (Caquetá), al ser alcanzado por las esquirlas de artefactos explosivos colocados por un grupo al margen de la ley contra la Estación de Policía y las instalaciones de los despachos judiciales ubicados en dicha localidad, y como quiera que la demanda se interpuso el 30 de noviembre de 1.999[18], resulta evidente que la acción se propuso dentro del término previsto por la ley.

3. Lo probado en el proceso.

Del conjunto del material probatorio aportado al expediente, la Sala considera que resultan demostrados los siguientes **hechos**:

-Que el señor HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA murió el día 29 de marzo de 1998 como consecuencia de una “HERIDA POR ARTEFACTO EXPLOSIVO”, según indica el registro civil de defunción[19].

- Que el día 29 de marzo de 1998, detonaron dos cargas explosivas ubicadas en los alrededores de la Estación de Policía y de los despachos judiciales de Puerto Rico (Caquetá), las cuales, presuntamente, habrían sido instaladas por un grupo guerrillero. Tales explosiones afectaron tanto las instalaciones atacadas como inmuebles aledaños y causaron la muerte del señor HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA. Así, en efecto, fue consignado el hecho en el informe rendido por el Comandante de la Estación de policía, SS CARLOS ENRIQUE CHAVEZ PATIÑO, quien expresó:

> *“Marzo 31 de 1998…*
> *Comedidamente me permito informar a ese despacho, los hechos presentados el día 290398, a las 20.15 horas aproximadamente, donde un (1) artefacto explosivo hizo explosión a los alrededores de esta Unidad Policial, un segundo (2) hizo explosión en los Despachos Judiciales, aproximadamente 10 kilos, al parecer a control remoto, causando daños materiales (vidrios y techo), ocasionados por la onda explosiva, dichos daños evaluados en Dos Millones de Pesos ($2.000.000) aproximadamente a las instalaciones y casas aledañas, misma forma causándole la muerte al señor HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA, C.C. 96.360.736 de Puerto Rico,*

[16] Decreto 597 de 1988.
[17] Decreto 2304 de 7 de octubre de 1989, artículo 23.
[18] Folio 51 vto. Cuaderno principal
[19] Fl 12 Cdno de pruebas.

residente en la Cra 5ª No 4-69 Barrio El Comercio, 21 años de edad, natural de Belén de los Andaquíes, bachiller, casado, administrador de la agencia de encomiendas COOMOTOR HUILA, quien se encontraba cerca del lugar de los hechos, posteriormente corrió y cayó muerto en la Calle 5ª con Cra 5ª, frente a la discoteca, "La Terraza", el antes mencionado presente una ruptura del miocardio, a consecuencia de una esquirla que le fue sustraída del cuerpo. Mencionado artefacto por la forma de su radio de acción (Daños causados), al parecer iba dirigido a la patrulla policial; agresores Milicias Bolivarianas de las FARC".

- Que 5 meses antes, el 22 de octubre de 1.997 se habían producido en la misma localidad un atentado con artefactos explosivos en contra de las instalaciones de la fiscalía (folio 8 cuaderno de pruebas).

-Que en la misma fecha (22 de octubre de 1.997) se produjo un ataque con explosivos en las instalaciones de la Décima Segunda Brigada del Ejército con sede en Florencia, Caquetá (Folio 12, ídem).

-Que el 14 de octubre de 1997 también se había presentado un ataque mediante explosivos a una patrulla militar[20].

-Que el 25 de mayo de 1.998 otro artefacto explotó en las instalaciones de la Registraduría del Estado Civil de Puerto Rico (Caquetá)[21]

Así las cosas, los elementos probatorios atrás referenciados permiten a la Sección tener por debidamente establecido en el proceso que el día 29 de marzo de 1998, se produjeron, como señala la demanda, dos atentados con artefactos explosivos contra de la Estación de Policía y las instalaciones de los despachos judiciales del municipio de Puerto Rico y que, en medio de tales hechos resultó muerto el señor HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA al ser alcanzado por una esquirla.

4. Responsabilidad del Estado con ocasión de los atentados terroristas dirigidos directamente contra sus instituciones. Reiteración de jurisprudencia.

Teniendo en cuenta que la apelación de la parte demandada se dirige a cuestionar el título de imputación adoptado por el Tribunal a quo para resolver el presente asunto, riesgo excepcional, debe la Sala empezar por hacer claridad en cuanto a tal aspecto hace.

Esta Sala, en sentencia de 19 de abril pasado[22], unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su

---

[20] De conformidad con lo señalado en los documentos obrantes a folios 7-14 del cuaderno de pruebas suscritos por la Dirección Seccional del C.T.I de la Fiscalía General de la Nación. En estos documentos también se señala que posteriormente al atentado que hoy se analiza, el 25 de mayo de 1998, se atacó con explosivos, la sede de la Registraduría Municipal.

[21] Folio 10, cuaderno de pruebas.

[22] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012. Cons Ponente. Hernán Andrade Rincón. Exp 21515.

consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación. Por ello se concluyó en la mencionada sentencia de la siguiente forma:

> "*En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia*"[23]

5. El título de imputación en el caso concreto.

Según viene de verse, se tiene debidamente establecido que la muerte de HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA se produjo como consecuencia de los ataques terroristas dirigidos en contra de la Estación de Policía de Puerto Rico, Caquetá, y de los despachos judiciales de esa misma localidad el día 29 de marzo de 1.998, hecho que se enmarca en el conflicto armado que ha venido soportando el país de tiempo atrás.

Ahora bien, no obra en el expediente prueba alguna que permita entender que la demandada hubiera tenido conocimiento de la inminencia del ataque a que se contraen los hechos de la demanda y que, a pesar de ello, no hubiese tomado medidas para prevenirlo, así como tampoco se demostró la ocurrencia de alguna conducta reprochable en su actuar.

Ciertamente se acreditó en el proceso que en el municipio se habían presentado con anterioridad otros dos atentados con artefactos explosivos en contra de entidades públicas en el mes de octubre del año inmediatamente anterior, vale decir cinco meses atrás, y otros más en el departamento, pero esa sola circunstancia en modo alguno permite a la Sala deducir la configuración de una conducta omisiva o descuidada y por ello reprochable en cabeza de la demandada, dada la especial naturaleza de ese tipo de ataques que son de suyo sorpresivos y pocas veces predecibles, debiéndose resaltar que en este caso nada distinto a esa mera circunstancia se probó en el proceso, pues, por el contrario, lo que sí está demostrado en las presentes actuaciones es que dado el alto grado de presencia subversiva en la zona, la demandada desplegaba actividades de control y vigilancia permanentes sobre los distintos sectores de la población, no empero lo cual los ataques llegaban a producirse por efecto mismo de la naturaleza y dimensión del conflicto armado que no por haber permanecido con manifestaciones recurrentes por más de cincuenta años pueda significar que ocurra como expresión de una falla en el servicio de seguridad del estado.

Por eso mismo, según pone de presente el material probatorio allegado al expediente, tiene que convenirse en que el daño sufrido por la parte actora ocurrió en el marco y por causa del conflicto armado interno, razón por la cual la Sala considera que se debe llegar a idéntica conclusión que a la que se llegó en la ocasión atrás reseñada, vale decir, a la determinación de la responsabilidad en cabeza de la demandada a título de **daño especial**, por las mismas razones allí señaladas y que, en la parte pertinente, ahora la Sala se permite retener en esta providencia. Se razonó entonces así[24]:

---

[23] Ídem.
[24] Ídem.

"Como sea que los hechos que dieron lugar al daño por el cual hoy se reclama ocurrieron en el marco del conflicto armado interno[25] y resulta evidente que es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas…

"…Ahora, en cuanto al título de imputación como herramienta de motivación que debe ser aplicado para dar respuesta al caso concreto, la Sala considera que, en aras de materializar el valor justicia[26], la responsabilidad del Estado en este caso se ha comprometido a título de daño especial, por entenderse que no hay conducta alguna que pueda reprochársele a entidad demandada, quien actuó dentro del marco de sus posibilidades, así como tampoco se puede reprochar la conducta de la actora, quien se presenta como habitante del pequeño poblado de Silvia, víctima indirecta de un ataque dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil y que, en tales circunstancias le causó un perjuicio en un bien inmueble de su propiedad, trayendo para ella un rompimiento de las cargas públicas que debe ser indemnizado…

"…En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado".

De todo lo anterior ha de seguirse que la responsabilidad del Estado en este caso se fundamenta en el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto, quienes se vieron sometidas al rompimiento de las cargas públicas que normalmente debían asumir, circunstancia de desequilibrio que se concretó en la muerte de un miembro de su núcleo familiar, el señor HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA, razones -todas estas- que llevan a entender que no resultan de recibo los planteamientos de la demandada en este punto enderezados a obtener la revocación de la sentencia en tanto determinó su responsabilidad, por

---

[25] En lo que concierne a la definición de Conflicto Armado Interno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Tablada" – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997, lo definió de la siguiente manera.
"En contraste con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. …. Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados".

[26] *De lo anterior se desprende, entonces, que el título jurídico más correcto para determinar la responsabilidad de reparar un daño será aquel que pase el análisis como el más justo. Pero ¿Qué es lo justo?. Es bien sabido que el tema es particularmente álgido en nuestros días y admite muchos enfoques de escuelas del pensamiento jurídico. No obstante si partimos de la aceptación de que la justicia es dar a cada uno lo suyo según la celebérrima sentencia de Ulpiano podemos explorar una respuesta. En efecto, esta definición, permite comprender lo que es la injusticia, que contrario a reconocer el Derecho, implica desconocerlo, lesionarlo, negarlo.*

lo que ha de procederse, a continuación, al estudio del recurso formulado por la parte actora.

5. La impugnación de la parte actora.

Como atrás se dejó advertido, protestó la parte actora frente a los siguientes aspectos de la decisión:

- La tasación de la indemnización reconocida por el a quo, en particular frente a lo reconocido a favor de los padres y hermanos de la víctima.
- La negativa de reconocimiento de ese mismo tipo de indemnización a favor de los abuelos de la víctima y de su hijo póstumo; y,
- Por el salario que se tuvo en cuenta al momento de liquidar la indemnización de perjuicios materiales a favor de la compañera permanente de la víctima.

En cuanto al primer aspecto de disconformidad hace, señaló el recurso, como se dejó indicado, que la providencia *"resulta discriminatoria", "pues pretermitiendo inconsultamente reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado reduce la condena en veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, al igual que también para cada uno de los hermanos del fallecido HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA, mientras que para la compañera permanente de éste, señora LINABEL ARIAS LOZANO, acoge la pauta jurisprudencial de condena en los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes".*

Y agregó la parte recurrente:

> *"No se entiende cómo se llega a una reducción de la condena en detrimento de los intereses de los padres y hermanos del fallecido, ni se explica en manera alguna en el texto de la sentencia, para por el contrario acogerse la pauta jurisprudencial en su plenitud para la compañera permanente demandante. Sin existir razón para tan odiosa discriminación, la sentencia en este punto debe ser modificada, sobre el supuesto de la presunción de dolor que dimana para los demandantes afectados, partiendo de la condición acreditada que tienen de padres y hermanos del occiso"*

Como se puede ver, plantea el recurso dos aspectos que merecen examinarse con cuidado: la necesidad de motivarse el reconocimiento indemnizatorio por perjuicios morales y su tasación, de una parte, y –de otra- el deber de atemperarse de manera consistente a los lineamientos jurisprudenciales en esta materia, so pena de incurrir en prácticas discriminatorias. Procederá la Sala a examinar estos dos aspectos planteados por la parte actora en su impugnación.

5.1 Perjuicios morales. Necesidad de motivación al reconocerlos. Aplicación de las presunciones por parentesco.

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 demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso. Por esta razón, 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[27].

[27] Corte constitucional Sentencia T-212 de 2012. "la libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basado en emociones

Sin contrariar el principio que se deja visto, pero teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimientos que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia se corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación[28] que es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso.

Idénticos parámetros jurisprudenciales maneja actualmente la Corte Suprema de Justicia[29] que ha entendido que la valoración de este tipo de perjuicios corresponde al juez, quien podrá declarar su existencia con base en la prueba indiciaria, en la cual, el parentesco resulta ser un elemento que permite deducir y tener por demostrado el afecto derivado de las relaciones familiares[30].

Sobre la utilización de este medio probatorio de las presunciones para la tasación del daño moral, la Corte Constitucional ha considerado que tal criterio decantado por las Altas Cortes tiene la connotación de precedente jurisprudencial obligatorio para los jueces de menor jerarquía y, en consecuencia, ha ordenado su aplicación en los casos en los cuales se verifique que no han sido acogidos los lineamientos de tales precedentes sin que exista justificación para hacerlo[31]. Así lo ha expresado:

> *6.4. La comentada presunción se basa en las "reglas de la experiencia" que permiten presumir "que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la*

---

o pálpitos. Como se indicó, por el contrario, demanda un mayor cuidado en el juez al momento de hacer públicas las razones de su decisión".

[28] El tema de los perjuicios morales ha sido de una constante evolución en la jurisdicción contenciosa. Es así como en sentencia de la Sala Plena del 5 de noviembre de 1997, expediente S-259 se estimó la posibilidad de presumirlos tratándose de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores, pero que debía probarse respecto de los demás familiares. Posteriormente en sentencia del 17 de julio de 1992, la Sección Tercera consagró en favor de todos los hermanos, menores y mayores, la presunción del perjuicio moral. Y por último la Sección ha precisado que la presunción del daño moral operaba respecto de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, precisando que si no se demostraba el parentesco y la legitimación se sustentaba en la condición de damnificado del demandante. éste tenía la carga de demostrarlo.

[29] Al igual que el Consejo de Estado, la Corte Suprema en un primer momento histórico negó la posibilidad de presumir los perjuicios morales, al considerar que su causación debía estar debidamente acreditada dentro del proceso. Sólo a partir del año 1997, rectificó su postura jurisprudencial en el sentido de aceptar la prueba indiciaria y, con ella, la presunción por parentesco, como sustento de una condena por perjuicios morales.

[30] Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de agosto de 1997, M.P. DR. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO S. Oportunidad en la cual explicó: "si bien es cierto que no basta con invocar sin más la existencia de un agravio moral, también es verdad que **no…se exige una prueba irrefragable de su real ocurrencia, prueba esta del todo imposible por la naturaleza de esta clase de daños,** pero que a pesar de esta circunstancia, bien puede deducírsela de signos exteriores cuya verificación la ley difiere al discreto arbitrio judicial, luego corresponde por norma general al prudente juicio de los sentenciadores, en cada caso, reconocerlo como daño indemnizable, atendiendo al hecho generador de responsabilidad y a las circunstancias particulares que rodean dicho caso que, a su vez, han de suministrar las bases de cálculo adecuadas para fijar el monto de la satisfacción pecuniaria debido por este concepto para efectos de la indemnización de perjuicios no patrimoniales por la pérdida de una persona allegada, al demostrar el cercano parentesco entre el actor y esta última, se acredita sin duda la existencia de una relación que en guarda del postulado de razonabilidad en las inferencias jurisdiccionales, permite construir la presunción del daño moral o afectivo, que por lo mismo puede ser desvirtuada por la parte interesada."[30]

[31] Corte Constitucional. Sentencia T-934 de 2009 mediante la cual se revoco la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 15 de agosto de 2008, al considerar que dicha decisión iba en contravía del precedente jurisprudencial de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad"[32]*. En este sentido se ha señalado que "es lo corriente que los padres, los hijos y los hermanos se amen entre sí, y por lo tanto, que sufran los unos con la desaparición de los otros"*[33]*.*

6.5. En este orden de ideas, el parentesco "puede constituir indicio suficiente de la existencia, entre los miembros de una misma familia, de una relación de afecto profunda y, por lo tanto, del sufrimiento intenso que experimentan los unos con la desaparición o el padecimiento de los otros"[34]*. Así, en el caso de los hermanos de la víctima, la presunción elaborada para efectos de demostrar el perjuicio moral, se funda "en un hecho probado", cual es "la relación de parentesco", pues a partir de ella y "con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso"*[35]*.*

6.6. Como consecuencia de la tesis acogida, reiteradamente la Sección Tercera ha estimado que "bastan, entonces, las pruebas del estado civil aportadas al proceso, para que esta sala considere demostrado, indiciariamente, el daño moral reclamado por los demandantes"*[36], de modo que la condición de hermano de la víctima queda "debidamente acreditada" por los registros civiles*[37]*** que permiten establecer el parentesco y dar por probado el perjuicio moral*[38]***.**

Así las cosas, en esta oportunidad, la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan.

Ahora bien, no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium judicis,* ha utilizado como

---

[32] Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de junio de 2008. Radicación No. 52001-23-31-000-1996-07347-01 (15625). Actor Guillermo Garcés Bagui y otros. C. P. Enrique Gil Botero.

[33] Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2001. Radicación No. 52001-23-31-000-1995-6703-01 (13086). Actor Jorge Alfredo Caicedo Cortés. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

[34] Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Radicación No. 85001-23-31-000-1995-00121-01 (14808). Actor Maria Elina Garzón y otros. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

[35] Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2001. Radicación No. 52001-23-31-000-1995-6703-01 (13086). Actor Jorge Alfredo Caicedo Cortés. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

[36] Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 14 de agosto de 2008. Radicación No. 47001-23-31-000-1995-03986-01 (16413). Actor Judith Monterrosa y otros. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

[37] Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Radicación No. 85001-23-31-000-1995-00121-01 (14808). Actor María Elina Garzón y otros. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

[38] Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008. Radicación No. 52001-23-31-000-1996-08167 (16483). C. P. Enrique Gil Botero.

criterios o referentes objetivos para su cuantificación la 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, y bajo esa concepción han de entenderse los lineamientos que la jurisprudencia ha llegado a decantar que en ese punto –el del quantum- obra como referente.

5.1. Perjuicios morales para los padres, hermanos y abuelos del fallecido.

La Sentencia que se examina reconoció por concepto de perjuicios morales a los padres de la víctima el equivalente en pesos a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales y a los hermanos treinta (30). Señala la parte apelante que la condena así impuesta, además de discriminatoria, va en contra de los reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado.

Como atrás se indicó, la jurisprudencia de la Sección ha entendido que las reglas de la experiencia ponen de presente que normalmente sufren dolor moral los padres, hijos, hermanos, abuelos, con la pérdida de un ser querido, razón por la cual es posible presumir su causación con la sola acreditación de la relación de parentesco. Al respecto dijo la Sala en Sentencia del 9 de junio de 2.010[39]:

> *"Acerca de los daños causados por la muerte de una persona, resulta necesario precisar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que tanto los padres como los hermanos del occiso sufrieron un perjuicio de orden moral, derivado del homicidio de su hijo y hermano. En efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos haya fallecido o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política[40] y de las máximas de la experiencia, es posible inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda.*
>
> *"En efecto, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando se produce la muerte de un ser querido; asimismo, la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza y gravedad de la aflicción y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso".*

En este punto ha de resaltarse que no acoge la Sala la manera como el a quo dispuso la tasación indemnizatoria, pues, como bien advierten los impugnantes,

---

[39] CONSEJO DE ESTADO, Secc. Tercera. Sent. 9 junio de 2.010, Rad. 18677, Consejero: Mauricio Fajardo G.
Sobre el mismo tema se pueden ver, entre otras, la Sentencia del 18 de mayo de 2.000, Rad. 12053 y Sentencia del 15 de junio de 2.000, Rad. 11688.

[40] "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables".

ninguna razón ofreció para apartarse de los lineamientos generales que la jurisprudencia para eventos como el que hoy conoce esta Sala ha entregado a la comunidad jurídica, circunstancia que impone que deban ajustarse sus valores a esos lineamientos por no existir en el proceso circunstancias demostradas que permitan introducir las reducciones que dieron lugar a la protesta de los demandantes afectados.

Como quiera que en la demanda se solicitó el reconocimiento de 1.000 gramos de oro para cada uno de los padres de la víctima y de 500 gramos de oro para cada uno de los hermanos de ésta, y que teniendo en cuenta lo dispuesto por la Sala en la Sentencia del 6 de septiembre de 2001[41], al haberse dejado de un lado 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 conforme a la valoración que de dicho perjuicio haga el juzgador en cada caso según su prudente juicio, sugiriendo a partir de entonces la imposición de condenas por sumas de dinero equivalentes en salarios mínimos legales mensuales, se vino a entender que en el caso de afecciones que permiten entender se producen en su mayor intensidad, el monto indemnizatorio sería equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, como puede ser en el evento de la muerte de un padre o un hijo, como es en este evento lo que acontece.

Bajo ese criterio, la Sala procederá al ajuste de patrón de la condena impuesta por el Tribunal por dicho concepto para, en consecuencia, reconocer a los padres del fallecido la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales y a los hermanos la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales, al estar debidamente acreditado en el expediente la relación de parentesco existente entre los padres y hermanos con el fallecido, relación que hace presumir la intensidad del dolor moral que sufrieron con la muerte de su hijo y hermano, máxime si se tiene en cuenta las circunstancias en que dicha muerte se produjo –momentos de terror- en que la naturaleza misma del hecho que la generó es comprensible que produzca en las personas mayor grado de ansiedad, confusión, dolor y repudio de lo acontecido. Esta conclusión que, por lo demás encuentra respaldo en el dicho de quienes declararon en el curso del proceso para destacar esa circunstancia, amén de haber puesto de relieve las condiciones de afecto y unidad familiar que entre ellos reinaba y la congoja y amargura que reflejaron los demandantes con la muerte de HUGO ALEXANDER GIRALDO[42].

En cuanto hace a la aspiración resarcitoria de los abuelos del fallecido, señores **LUIS BENIGNO BUENDIA SANTANILLA, VIRGINIA CICERI** e **ISABEL HERRERA RODRIGUEZ**, a quienes el Tribunal negó cualquier reconocimiento indemnizatorio por perjuicios morales, *"por cuanto no son parientes de grado próximo y tampoco se acreditó que convivieran bajo el mismo techo con el finado, ni que tuvieran un trato y relación permanente o periódico (sic) que permitiera determinar la existencia de dicho daño"(sft),* la Sala, contrario a lo expresado por el Tribunal, y habida cuenta que aparece acreditada la relación de parentesco –y de carácter próximo- entre el fallecido y los abuelos demandantes, bajo esa condición, y de conformidad con las reglas de la experiencia y convivencia humanas, entiende que es dable presumir el dolor que los abuelos sienten con la muerte de un nieto, afección que, por lo demás, refieren los testigos que depusieron dentro de este proceso contencioso[43].

---

[41] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646. M.P. Alier E. Hernández Henríquez.
[42] Fls 32-40 Cdno de pruebas
[43] Fls 32-40 Cdno de pruebas.

Que no le asiste razón al Tribunal a quo en este punto lo tiene averiguado la jurisprudencia de esta Sección de tiempo atrás, y –precisamente- desde aquel momento en que produjo un viraje de su postura en lo que habría de ser a partir de entonces una verdad aceptada de manera pacífica y es el aspecto referido a la presunción de dolor moral que extendió a los hermanos de la víctima.
En efecto, en sentencia proferida el 17 de julio de 1.992, atrás citada, esta Sección, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, discurrió sobre el particular de la manera que sigue:

> *"Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón [hay] 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."(S.f.t.)*

Pocos meses después del anterior pronunciamiento, esta Sección precisó lo correspondiente a los perjuicios morales para el caso de los abuelos, providencia en la que indicó que estos se encontraban dentro del grado de consanguinidad que permite presumir su causación y, además, explicó que en ciertas ocasiones, dados los especiales vínculos de afecto que surgen entre aquellos con sus nietos, puedan ser indemnizados en proporción mayor a la de los hermanos. Sobre el tema, en sentencia del 6 de agosto de 1992, expediente 6901, ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, la Sala se pronunció así:

> *"En efecto, dada nuestra organización familiar y cultural en donde los vínculos afectivos entre abuelos y nietos superan en ocasiones los normalmente existentes entre padres e hijos, se impone al apreciar cuantitativamente el perjuicio moral de los abuelos por el daño inferido a sus nietos, establecer un nivel más alto y ponderado que el utilizado para la tasación del monto indemnizatorio en favor de los hermanos".*
>
> *Por lo anterior, la Sala reconocerá a la señora Stella Botero Suárez la cantidad de 800 gramos oro, por concepto de los perjuicios morales recibidos, tanto por la muerte de su nieto Luis Humberto Agudelo o Botero, como por las graves lesiones de su nieta María del Pilar Moncada Agudelo."*[44]

Por todas estas razones se modificará la sentencia impugnada y se procederá a reconocer a cada uno de los abuelos demandantes el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales, cuantía indemnizatoria a la que se llega por entender, como lo hizo la Sala en la providencia que acaba de citarse, que resulta razonable asumir que entre los miembros de la célula primaria de la sociedad –como es la familia, según señala la propia Constitución-, existen lazos de cariño, de fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, y la ruptura injusta de esos lazos genera desazón, angustia y sentimientos de frustración que, en tratándose de los abuelos pueden calificarse como profundos y desgarradores.

5.2. Perjuicio moral a favor del hijo póstumo del fallecido.

---

[44] Sentencia del 28 de septiembre de 2000 – Sección Tercera, Exp. 11755

La parte actora, - como se indicó - igualmente expresa su reproche al fallo de primera instancia por haber negado el reconocimiento de perjuicios morales para el hijo póstumo de HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA, so pretexto –entiende- de no haberse demostrado su legitimación por activa, teniendo en cuenta que en el registro civil de nacimiento no aparece el nombre del occiso como padre del menor, aspecto éste que el apelante considera de orden meramente formal, toda vez que estaba demostrado que su madre, LINABEL ARIAS LOZANO, era la compañera permanente de HUGO ALEXANDER GIRALDO y que cuando éste falleció, ella se encontraba en estado de embarazo. Sostiene, además, que si bien no fue posible adelantar dentro del mes siguiente al nacimiento del menor el proceso de filiación, como lo contempla el Decreto 1265 de 1.970, cosa que ocurrió por no haber sido asesorada la madre en forma debida, omisión no le quita el carácter de hijo de HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDÍA, no empero lo cual solicitó que se tuviera al menor como tercero damnificado.

Sobre el reconocimiento de perjuicios al hijo póstumo del fallecido, la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la posibilidad de hacerlo, previa demostración de tal condición. Así, en Sentencia del 11 de noviembre de 2.002, dispuso[45]:

> *"Se advierte que aunque la menor Carmen Margarita Suárez Valerio aún no había nacido cuando falleció el señor Arturo Miguel, la Sala ha reconocido a favor del hijo póstumo el derecho al pago de los perjuicios tanto morales como materiales que sufre con la pérdida de sus padres. No obstante, la Sala aclara en esta oportunidad que en el caso del hijo póstumo* ***si bien es posible que se repare el perjuicio moral,*** *es indudable que el daño que principalmente sufre es la alteración de las condiciones de existencia. En efecto, si el perjuicio moral es el dolor, la aflicción o tristeza producidos por el hecho dañino, es claro que tales sentimientos no fueron experimentados por quien aún no había nacido cuando éste se produjo.* ***Lo que en realidad afecta a quien pierde a uno de sus padres antes de nacer es el apoyo, el afecto y la compañía, que habría recibido de éste"***(N.f.t)***.***

En el presente caso se observa, ciertamente, que obra en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento del citado menor[46], en el cual figura LINABEL ARIAS LOZANO como madre, sin que aparezca consignado el nombre del padre.

No obstante lo anterior que en verdad llevaría a entender –por disposición de la ley- que no se encuentra probada la condición de hijo de la víctima, observa la Sala que en el expediente existen elementos probatorios que permiten tener por acreditada la calidad de damnificado de HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO. En efecto, se tiene demostrado que el menor nació el 19 de octubre de 1.998[47], es decir a los 6 meses y 20 días de ocurrido el fallecimiento de HUGO ALEXANDER

---

[45] CONSEJO DE ESTADO, Secc. 3a. Sentencia del 15 de agosto de 2.002, Rad. 14357, Consejero: Ricardo Hoyos D

Sobre el mismo tema pueden consultarse la siguientes providencias: i) Sentencia del 16 de noviembre de 1.989, Rad. 5606, Consejero: Gustavo DeGreiff, ii) Sentencia del 10 de agosto de 2.000, Rad. 11519, Consejera: María Helena Giraldo, iii) Sent. 11 noviembre de 2.002, Rad. 13818. Consejera: María Helena Giraldo.), iv) Auto del 25 de enero de 2.007, Rad. 26889, Consejero: Mauricio Fajardo G.; v) Sentencia del 15 de junio de 2.000, Rad. 11645, Consejero: Alier E. Hernández; vi) Sentencia del 18 de enero de 2.012, Rad. 21146, Consejero: Jaime Orlando Santofimio G.

[46] Folio 21 cuaderno principal

[47] Folio 21 cuaderno principal

GIRALDO BUENDIA. De igual forma, aparece acreditado que GIRALDO BUENDIA para la época de su muerte estaba haciendo vida marital con LINABEL ARIAS LOZANO, quien, además, se encontraba en estado de embarazo, conforme lo testifican LUIS OLIMPO NARVAEZ MENESES, LEONEL PARRA RAMÓN, JUAN CARLOS LONDOÑO FORERO, HECTOR ACOSTA MAJARREZ, ALBA LUZ RODRIGUEZ TORRES, FABIO HENRY BASTIDAS ORTIZ y CARLOS ALBERTO RUIZ OVIEDO[48].

De tales probanzas, emerge con claridad la relación filial que existiría entre HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO y HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA de no haberse producido el deceso de este último, en las condiciones atrás anotadas. Por lo anterior, resulta claro que el menor ARIAS LOZANO fue privado del derecho de tener una figura paterna que velara por él, y cercenadas las manifestaciones de amor, afecto y compañía que de ella pudieren provenir. Por tanto, su carencia desde el momento del nacimiento, como ocurrió con HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO, lleva a que se produzca en el menor una afectación emocional que desde el vientre de su madre sentirá y que, sin duda, repercutirá en su formación.

Y es que la muerte del señor HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA conllevó inherentemente un debilitamiento de la institución familiar que él había contribuido a formar y, en particular, frente al menor HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO se traduce en un perjuicio que subyacerá en su desarrollo futuro, principalmente en sus etapas de infancia y adolescencia cuando al desarrollarse como ser humano, note día tras día la ausencia de una figura paterna a quien ni siquiera tuvo la oportunidad de conocer, con las correspondientes afectaciones emocionales y psicológicas que dicha situación conlleva[49].

Por lo anterior la Sala reconocerá al menor HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales.

3.2.3. Perjuicios materiales para HUGO ALEXANDER ARIAS

Finalmente, plantea el apelante que el menor HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO debe ser beneficiario de los perjuicios materiales reconocidos por el Tribunal y, por consiguiente, compartir la indemnización con su madre, como se pidió en la demanda.

Precisada como está la calidad de damnificado del menor HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO dentro del presente proceso, la Sala considera que resulta razonable que también tenga derecho a que se le reconozca indemnización por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, como en efecto se decretará.

3.2.4. Liquidación de perjuicios materiales

Se hace necesario liquidar nuevamente el perjuicio material causado de manera que se distribuya equitativamente entre LINABEL ARIAS LOZANO y HUGO

---

[48] Folio 32-40 cuaderno de pruebas

[49] CONSEJO DE ESTADO, Secc. 3a. Sentencia del 15 de agosto de 2.002, Rad. 14357, Consejero: Ricardo Hoyos D "…el resarcimiento de esa especie de daño no encuentra su único fundamento en el solo dolor que el acto perjudicial pueda inferir, sino que se basa también en el interés que el afectado tiene en la conservación de la vida familiar "como instrumento de sostenimiento moral, como fuente de socorro y de afecto espiritual, que la muerte ha transformado en soledad y desasistencia", como con galanura lo expresa el tratadista italiano Adriano de Cupís".

ALEXANDER ARIAS LOZANO, para lo cual se tomara como salario base de liquidación, el mínimo legal mensual que rige para el año 2.012, es decir $566.700.

Sumando 25% prestaciones y restando 25% gastos propios.

566.700 + 141675 (25%) = 708.375
708.375 - 177093 (25%) = 531.282

Ra = 531.282

Este valor se dividirá en dos partes iguales, esto es, en $ 265.641 cada una. La primera parte se tendrá como base para calcular la indemnización a favor de la compañera permanente y la otra parte para calcular la indemnización a favor del hijo póstumo.

De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a liquidar las indemnizaciones debida y futura, de la siguiente manera:

3.2.4.1. Para LINABEL ARIAS LOZANO

Indemnización debida o consolidada

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

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.
Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a $ 265.641
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho: 29 de marzo de 1.998 hasta la fecha de esta sentencia, esto es 172,9 meses.

$$S= \$\ 265.641 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{172,9} - 1}{0.004867}$$

S= **71.779.489,29**

Indemnización futura o anticipada

Edad a la fecha de los hechos (compañera): 31 años;
Índice tabla mortalidad 46.80 x 12 = 561,6 meses

561,6 meses - 172,9 meses (período anticipado) = 388,7

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a $265.641
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período indemnizable: 388,7

$$S = \$265.641 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{388,7} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{388,7}}$$

S= $ **46.311.521,76**

TOTAL PERJUICIO MATERIAL: $118.091.011,05

3.2.4.2. Para HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO

Indemnización debida o consolidada

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

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.
Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a $ 265.641
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho: 29 de marzo de 1.998 hasta la fecha de esta sentencia, esto es 172,9 meses.

$$S = \$\ 265.641 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{172,9} - 1}{0.004867}$$

S= **71.779.489,29**

Indemnización futura o anticipada

Para la liquidación de la indemnización futura o anticipada que corresponde al periodo comprendido entre el día siguiente de la fecha de esta sentencia y la fecha en que el menor HUGO ALEXANDER cumpla los 25 años de edad, teniendo en cuenta que para la fecha de esta providencia tiene 13 años, 10 meses, de manera que el periodo a indemnizar corresponde a 166 meses.

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

S = Es la indemnización a obtener.
Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a $283.350
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período indemnizable: 166

$$S = \$265.641 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{166} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{166}}$$

S= $ **30.201.427,15**

TOTAL PERJUICIO MATERIAL: $101.980.916,44

3.2.5. Actualización de la condena por concepto de daño emergente, que no fue objeto de recurso.

El Tribunal reconoció al señor HUGO GIRALDO HERRERA la suma de $1.586.265 por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, correspondientes a los gastos fúnebres.

Para la actualización de la condena se tendrá en cuenta el IPC vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia (diciembre de 2.002) y el IPC vigente a la fecha de esta sentencia (julio de 2.012), conforme a la siguiente fórmula:

$$\mathbf{Ra} = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$\mathbf{Ra} = 1.586.265 \times \frac{111.32}{71.40}$$

Ra = **2.473.151,53**

5. No hay lugar a condena en costas

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

MODIFICAR la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2.002 por el Tribunal Administrativo del Caquetá la cual quedará de la siguiente manera:

> ***PRIMERO. DECLARAR*** *administrativamente responsable a la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL por los daños por la parte actora en hechos sucedidos el día 29 de marzo de 1998 en la población de Puerto Rico (Caquetá.)*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL al pago de los siguientes valores:*
>
> ***A)*** *Por concepto de perjuicios morales a favor de* ***HUGO GIRALDO HERRERA, MARIA EMILIA BUENDIA, LINABEL ARIAS LOZANO y HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO****, el equivalente en pesos a* ***CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES para cada uno****; para* ***AMIDABAD ROA BUENDIA, GLORIA PATRICIA GIRALDO BUENDIA, OSCAR FERNANDO GIRALDO BUENDIA, LUIS ERNESTO GIRALDO SALAZAR, MARIA GISELA GIRALDO SALAZAR****, ISABEL HERRERA*

DOMINGUEZ, LUIS BENIGNO BUENDÍA SANTILLANA y VIRGINIA CICERI *el equivalente en pesos a* ***CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES para cada uno****.*

B) *Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a favor de* ***LINABEL ARIAS LOZANO****, la suma de* ***CIENTO DIECIOCHO MILLONES NOVENTA Y UN MIL ONCE PESOS CON CINCO CENTAVOS MCTE. ($118.091.011,05)****; y a favor de* ***HUGO ALEXANDER ARIAS LOZANO****, la suma de* ***CIENTO UN MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL NOVECIENTOS DIECISEIS PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS MCTE. ($101.980.916,44).***

C) *Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, a favor de* ***HUGO GIRALDO HERRERA****, la suma de* ***DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y UN PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS MCTE. ($2.473.151,53).***

TERCERO. NEGAR *las demás pretensiones de la demanda.*

CUARTO. *Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.*

QUINTO: *No hay lugar a condena en costas.*

SEXTO: *Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C.C.A.*

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE, PUBLIQUESE Y DEVUELVASE.

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO **HERNAN ANDRADE RINCON**
PRESIDENTE
Aclaro Voto

MAURICIO FAJARDO GOMEZ **ENRIQUE GIL BOTERO**
Con salvamento de voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**
Aclaró Voto **Aclaró Voto**

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Ausente

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392)

Actor: HUGO GIRALDO HERRERA Y OTROS

Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sección Tercera en la sentencia de 23 de agosto de 2012, me permito aclarar voto en cuanto: a 1) insuficiente motivación para el encuadramiento del caso en el criterio de motivación del daño especial para la imputación de la responsabilidad al Estado; y, 2) La necesidad de profundizar en cuanto a la motivación de los perjuicios morales y el aporte de la metodología del "test de proporcionalidad; 2.1) Motivación encaminada al reconocimiento de los perjuicios morales; 2.2) Indebida consideración del precedente horizontal; 2.3) La motivación razonable y la ponderación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales respeta la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, y atiende a la consideración adecuada y correcta de la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, de 6 de septiembre de 2001 (expediente 13232-15646); 2.4) La motivación razonable y la ponderación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales es una exigencia que la jurisprudencia constitucional hace a la jurisdicción contencioso administrativa; 2.5) La motivación razonable y la ponderación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; 2.6) La motivación razonable y la ponderación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos; 2.7)

La motivación razonable como elemento de argumentación y de sustento adecuado en la tasación de los perjuicios morales; 2.8) La ponderación por medio del test de proporcionalidad como elemento de motivación razonable para la liquidación de los perjuicios morales, dentro del ejercicio del arbitrio judicial.

1) Insuficiente motivación para el encuadramiento del caso en el criterio de motivación del daño especial para la imputación de la responsabilidad al Estado.

El daño especial, como criterio de motivación dentro del régimen de responsabilidad ha sido elaborado a partir de la concepción de la igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados; esto implica considerar i) que las cargas ordinarias o normales que se aplican sobre todos los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al Estado, pero ii) los sacrificios particulares a que se vea abocado un ciudadano a consecuencia de un acción lícita del Estado corresponde a una situación anormal que amerita ser compensada; así las cosas, aquí se prescinde por completo de la noción de actividad riesgosa.

Sobre los elementos que se deben reunir para para la configuración del daño especial la doctrina ha sostenido:

"la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vidas social.
[…]
La especialidad es una condición inherente a la responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas: esta no puede en efecto considerarse como realizada sino cuando un ciudadano administrado puede prevalerse de un tratamiento especialmente desfavorable que le haya impuesto sacrificios particulares"[50].

Se precisa que el principio de "igualdad ante las cargas públicas" tiene unos rasgos que es necesario que la Sección Tercera aborde para unificar y aportar claridad a su debida aplicación por parte de los jueces contencioso administrativos. Dicho principio puede constituir la "expresión de la caridad reparadora que se cultiva; en defecto de los términos utilizados, no manifiesta la igualdad de los individuos (que no puede existir más que a priori), sino la

[50] PAILLET, Michel, La Responsabilidad Administrativa. [Traducción: Jesús María Carrillo] 1° Edición, 2001, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp.219-221.

solidaridad ante las áleas de vida en colectividad"[51]. Con otras palabras, siguiendo a la doctrina, la "igualdad ante las cargas públicas es la traducción directa del deber de solidaridad social ante la mala fortuna del individuo. El principio se manifiesta en la jurisprudencia cuando los intereses de un individuo o de un pequeño grupo de individuos son sacrificados por el interés general"[52].

Expuesto lo anterior, además debe decirse que en la construcción del criterio de motivación de la responsabilidad del daño especial, debe acudirse a los presupuestos que para establecer la responsabilidad se formularon en materia civil para los daños antijurídicos derivados de las relaciones de vecindad (de esenecia francesa). En esencia, "tratándose de la responsabilidad por problemas de vecindad, el daño debe presentar un carácter suplementario, propio a esta responsabilidad y que le dota de originalidad: debe ser anormal en sí mismo, es decir por su alcance, su gravedad, o bien debe proceder de una actividad, de la realización de un trabajo anormal, principalmente por los medios puestos en ejecución. Así pues se compromete la responsabilidad según las hipótesis, bien sea porque el daño es anormal, bien sea porque la actividad de la que procede es anormal"[53]. A lo que se agrega, que si bien "el carácter permanente del daño es esencial, desde el punto de vista de ser una condición necesaria para el reconocimiento de su anromalidad, no es suficiente solamente para dar lugar al derecho a la indemnización; el daño debe además presentar un cierto grado de gravedad que su permanencia no le confiere necesariamente; así un problema anormal, es decir, que excede la medida ordinaria de las obligaciones de vecindad y como tal da lugar al derecho a la indemnización, es aquel que agrega a su permanencia una cierta gravedad"[54].

---

[51] SCHAEGIS, Chrystelle, Progrès scientifique et responsabilité administrative, CNRS, Paris, 1998, p.62.

[52] "Una "carga" es una sujeción querida por el poder público". SCHAEGIS, Chrystelle, Progrès scientifique et responsabilité administrative, ob, cit, p.62.

[53] CHAPUS, René, Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciare, LGDJ, Paris, 1954, p.327.

[54] "En las relaciones entre presonas privadas, la responsabilidad de aquel cuya actividad perjudica a su vecino se justificaría por el principio, ya definido en otras ocasiones, de la correlación entre ventajas y cargas. El maestro Josserand principalmente ha afirmado en los siguientes términos que conviene retomar: "Aquella responsabilidad es de orden objetivo; se explica, no por la indebida dirección imprimida a un derecho, sino por la intensidad misma del daño causado; deriva, no de un delito, sino de un riesgo particular, exorbitante del derecho común, que el propietario o el empresario haya creado, en su propio interés, y sin reciprocidad posible; este riesgo debe realizarse en últimas analizarse, no sobre la cabeza de un tercero, extraño a su creación como a su utilización, sino más bien sobre aquella del hombre que la ha instituido por su propia cuenta, porque le representa beneficios, luego por todo está designada para asumir las incidencias nefastas: *ubi emolumentum, ibi onus esset debet*. Es una cuestión de equilibrio de los derechos y de los intereses contrapuestos que existen". CHAPUS, René, Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciare, ob, cit, p.331.

Ahora bien, proyectado respecto de la actividad (globalmente considerada) desplegada por la administración pública llevó, en su construcción (francesa principalmente), a considerar que en la "responsabilidad por los daños permanentes derivados de trabajos públicos, la regla admitida por el Conseil d'Etat se ata a la noción civilista de "riego-beneficio" (…) la doctrina estima generalmente que conviene justificar esta responsabilidad con base en la idea de "igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas"[55].

Sin duda alguna, en la construcción argumentativa (y probatoria) de la responsabilidad de la administración pública por daño especial debe hacerse especial énfasis en el carácter "anormal y especial" del daño, sin que haya lugar a confundirlo con el daño antijurídico propiamente dicho, sino a identificar dichas características como elementos que deben permitir al juez contencioso administrativo orientar el juicio de imputación (fáctico y jurídico). Precisamente, al momento de juzgar la anormalidad y especialidad el juez contencioso administrativo debe tener en cuenta que "toda vida en sociedad comporta inconvenientes, de los que los menos importantes entre ellos no deberán ser reparados. Así pues la construcción de un puente o de una represa, la construcción de una autopista modifica los hábitos y afecta los intereses. No es que se parta de un cierto "umbral" de molestias o inconvenientes que padecidas por tal o cual categoría de administrados (propietarios vecinos, comerciantes…) aparezcan con tal naturaleza que sean compensadas por los daños-intereses"[56]. En cuanto a la anormalidad del daño, se afirma que es "aquel que excede lo "normal", la media de molestias creadas en toda vida social"[57]. Desde la perspectiva jurisprudencial francesa se extraen elementos del encuadramiento de la "anormalidad" del daño: "la distancia de una propiedad o de una explotación a una autopista, la duración de los trabajos, la intensidad de los ruidos que acompañan su ejecución, la profesión del reclamante y la baja proporción de

[55] "(…) Eisenmmann (…) admite que "se puede seguramente asignar como fundamento inmediato (a la responsabilidad en causa) el hecho según el cual la colectividad es beneficiaria del acto que causa el daño a un particular", estimando que si se quiere encontrar "la justificación a esto último" faltaría invocar "el respeto al principio… de la igual repartición de las cargas públicas entre los individuos miembros de la colectividad considerada". CHAPUS, René, Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciare, ob, cit, pp.338 y 339.

[56] MOREAU, Jacques, La responsabilité administrative, 10ème ed, PUF, Paris, 1986, pp.98 y 99.

[57] "Después del siglo XIX, miles de decisiones del Consejo de Estado precisaron que aplicaba esta formula en los contenciosos de daños por trabajos públicos. El primer grupo de ejemplos retenido aquí concierne a las depreciaciones permanentes provocadas a los propietarios vecinos por la existencia o funcionamiento de obras públicas". MOREAU, Jacques, La responsabilité administrative, ob, cit, p.99

asuntos en los que puede establecerse"[58]. Por lo que hace refercnia a la "especialidad" del daño se considera, en principio, que es una noción más cualitativa que cuantitativa, por lo que el "número de víctimas potenciales, que serían susceptibles de obtener reparación, no es determinante; para el juez administrativo, el criterio esencial es sobre todo la pertenencia de la víctima a un grupo fácilmente indentificable. Especialmente, se debe constatar que en los múltiples casos de aplicación de la responsabilidad sin culpa (armas peligrosas, métodos peligrosos, actos individuales regulares), la víctima es única"[59].

Para el caso concreto, en mi criterio no queda clara la fundamentación para encuadrar el daño antijurídico ocasionado en el criterio de imputación del daño especial, ya que se expresa que "la responsabilidad del Estado en este caso se fundamenta en el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto", con lo que el juicio de imputación parte de una base contraria a la construcción dogmática en la que se asienta el daño especial: no se afirma la iguladad de los individuos (ni en concreto, ni en abstracto), ya que llevaría a que el juez distinga, incluso, entre las propias víctimas del conflicto al considerar "a priori" la situación de igualdad de las mismas. A lo que se agrega, que tales víctimas "se vieron sometidas al rompimiento de las cargas que normalmente debían asumir, circunstancia de desequilibrio que se concretó en la muerte de un miembro de su núcleo familiar", con lo que sólo se estaría determinando la anormalidad del daño, pero no la especialidad, ya que pudo haberse considerado que debido a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos la víctima fue única en la manera de producirse su fallecimiento.
Por todo lo anterior, considero que está la Sección Tercera en tiempo de abordar la delimitación argumentativa y racional de los fundamentos en los que pueda construirse la imputación basada en el criterio del daño especial.

2) La necesidad de profundizar en cuanto a la motivación de los perjuicios morales y el aporte de la metodología del "test de proporcionalidad".

Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas (por muerte o lesiones) produce como consecuencia de los daños antijurídicos perjuicios morales, no puede reducirse su materialidad, a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del

---

[58] MOREAU, Jacques, La responsabilité administrative, ob, cit, p.99.
[59] MOREAU, Jacques, La responsabilité administrative, ob, cit, pp.99 y 100.

respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

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

Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación integral[60] consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la *restitutio in integrum*, que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos[61].

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.

---

[60] "El principio fundamental fundante de la indemnización, principio general de derecho para algunos, es que el daño debe ser reparado en su integralidad. Ya que constituye una garantía para las víctimas, este principio es analizado por algunos autores como respuesta a un imperativo de equidad". SCHAEGIS, Chrystelle, Progrès scientifique et responsabilité administrative, ob, cit, p.232.

[61] 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.

2.1) Motivación encaminada al reconocimiento de los perjuicios morales.

Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, etc, afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia[62] como espacio

[62] "Las reglas de la experiencia, y la práctica científica 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 1992 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 pacifica (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: "1º. Los descendientes legítimos; "2º. Los ascendientes legítimos; "3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; "4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º; "5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º; "6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; "7º. 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 3º 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

básico de toda sociedad[63] (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de

---

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.”(Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586.

[63] “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

familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- cómo estaba conformada la familia?; - qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?), y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental[64].

---

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 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.

[64] "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 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

Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que reconocida la existencia de tales perjuicios, teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad[65]. Y se afirma que se trate de parientes cercanos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política[66].

Esta última argumentación, y **debe llamarse la atención**, en nada se opone a lo considerado por la Sección Tercera en la sentencia de unificación a la que presento aclaración, y especialmente por lo afirmado en la misma cuando expresa 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" (subrayado fuera de texto).

Además, 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

---

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.

[65] Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, expedientes: 32651 y 18569.

[66] 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 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.

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 las entidades demandadas no desvirtuaron en ningún momento el parentesco o las relaciones propias a este, lo que lleva a concretar el reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos, sin perjuicio de lo sostenido por la Sala respecto de aquellos que no se acreditó su legitimación, y aquellos que no acudieron al proceso debidamente representados, y quienes en la demanda no invocaron la calidad de terceros damnificados, lo que impide que haya lugar a modificar la causa petendi.

Ahora bien, acreditado el reconocimiento de los perjuicios morales, se 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.

2.2) Indebida consideración del precedente horizontal.

En la sentencia, la Sección Tercera argumentó en primer lugar la posibilidad de motivar y de atender a sub reglas para la liquidar los perjuicios morales considerando:

"Como quiera que en la demanda se solicitó el reconocimiento de 1.000 gramos de oro para cada uno de los padres de la víctima y de 500 gramos de oro para cada uno de los hermanos de ésta, y que teniendo en cuenta lo dispuesto por la Sala en la Sentencia del 6 de septiembre de 2001, al haberse dejado de un lado 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 conforme a la valoración que de dicho perjuicio haga el juzgador en cada caso según su prudente juicio, sugiriendo a partir de entonces la imposición de condenas por sumas de dinero equivalentes en salarios mínimos legales mensuales, se vino a entender que en el caso de afecciones que permiten entender se producen su mayor intensidad, el monto indemnizatorio, como puede ser en el evento de la muerte de un padre o un hijo, como es en este evento lo que acontece" (subrayado fuera de texto).

La Sección y, especialmente la Sub-sección en su posición mayoritaria ha pretendido afirmar la existencia de un precedente jurisprudencial horizontal constituido por la sentencia de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001.

Sin perjuicio de lo que argumentaré relativo a la necesaria motivación y ponderación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, debo manifestar que me aparto de las anteriores consideraciones por varias razones: en

cuanto al precedente, es absolutamente equivocado conceptualmente el alcance que pretende dar la Sala al "precedente horizontal", lo que lleva a invocar erróneamente que una línea jurisprudencial constituye precedente. Cabe en este sentido señalar que el "**precedente – *precedent* - entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico de influencia anglosajona – *common law* -, o sistema del derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos – *case law* -, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho**[67]"[68].

A lo que cabe agregar, que 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 especifica, 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[69]"[70].

Con fundamento en lo anterior, cabe plantear con certeza que la Sala está incurriendo en esta sentencia (y en otras decisiones) en una seria equivocación en

---

[67] RADBRUCH, Gustav, "El espíritu del derecho inglés", en *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, p. 37 ss. Puede consultarse igualmente, WHITTAKER, Simon, "El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela", en *Revista Chilena de Derecho*, V. 35, No 1, 2008 (el texto original puede verse en: WHITTAKER, Simon, "Precedent in the English Law: A view from the Citadel", en *European Review of Private Law*. No. 5, 2006, pp.705-745); ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, Gipuzkoako Foru Aldundia Diputación Foral de Gipuzkoa, Civitas, Madrid 1995. Vid., WADE, H. R, *Derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

[68] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano", en Ponencia: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010.

[69] ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Ob., cit., p. 31

[70] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano", en Ponencia: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010

el manejo del concepto de precedente, ya que los supuestos fácticos en los que se sustenta la sentencia de la Sala de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 están relacionados con un accidente de tránsito, en tanto que el presente asunto tiene que ver con la muerte violenta de una persona a manos de un grupo paramilitar, lo que implica que **no estamos ante un caso similar o semejante**, ni ante presupuestos similares, ni siquiera, revisada la ratio decidendi, ante una solución jurídica que por las particularidades, singularidades de este caso frente a aquel de accidente tránsito no son asimilables, comparables, ni correspondientes para servir de sustento y de sujeción, como lo señala la Sala, a todo tipo de casos, como el presente.

2.3) La motivación razonable y la ponderación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales respeta la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, y atiende a la consideración adecuada y correcta de la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, de 6 de septiembre de 2001 (expediente 13232-15646).

La Sub-sección C, en su posición minoritaria, 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.

La unificación sostenida en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 exige, además, 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 “<u>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</u>

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 quatum 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).

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

Cabe resaltar que la sentencia de 6 de septiembre de 2001 establece como obligación del juez contencioso administrativo la necesidad de motivar razonada, proporcional y ponderadamente la tasación de los perjuicios morales, sin fijar límite alguno en cuanto al método a utilizar. En ese sentido, y ya valorada correctamente dicha providencia se puede considerar a) la distinción que hace entre reconocer, tasar y liquidar el perjuicio moral; b) ciertos criterios en los que el juez puede apoyarse al momento de tasar y liquidarlo: reglas de la experiencia;

nexo afectivo importante; relación hijo y progenitora; cercanía o lejanía del vínculo de parentesco; circunstancias de las víctimas directas e indirectas frente al padecimiento (por muerte o lesiones); discrecionalidad razonada y fundada en las pruebas allegadas al proceso; debe compararse la situación debatida con otras ya decididas (afirmación jurídicamente correcta del precedente horizontal); analizar los diferentes aspectos que comparativamente determinen cada una de las situaciones, tener en cuenta el "valor real de la indemnización"; y, determinar la intensidad y sufrimiento de gran profundidad "superior a muchos de los pesares imaginables"; c) además, la sentencia de 6 de septiembre de 2001 si bien no fija método o forma de tasar y liquidar el perjuicio moral, señala claramente que "con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto 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.

Por este motivo, encuentro que la Sección Tercera en la presente sentencia de unificación atendió a la observación coincidente de la Sub-sección C en su posición mayoritaria, 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).

En su libro “Cómo deciden los jueces”, RICHARD A. POSNER recoge un “artículo del magistrado HUTCHENSON acerca de la toma de decisiones mediante corazonadas, del cual tomé el epígrafe de la introducción, repetido de forma sorprendente por parte del magistrado Anthony KENNEDY del Tribunal Supremo en una entrevista reciente:

“Sabe, todos nosotros formulamos juicios instintivos. Conocemos a una persona, y nos decimos: “Confío en ella. No confío en esta otra. Esta mujer me parece interesante. Este hombre no me lo parece”. Lo que sea. Uno hace este tipo de juicios rápidos. Así es como nos desenvolvemos en la vida. *Y los jueces hacen lo mismo*. Y creo que nada ha de malo si esto es sólo un punto de arranque. Pero, tras emitir un juicio, uno ha de formular razones que lo fundamentan mediante un enunciado verbal, una fórmula verbal. Y entonces es preciso ver si tiene sentido, si es algo lógico, si es justo, si es en conformidad con el derecho, si lo es en relación con la Constitución, si es conforme con nuestro propio sentido de la ética y de la moral. Y si en alguna fase de este proceso uno piensa que está en un error, uno ha de dar marcha atrás y volver a comenzar desde el principio. Y esto, creo, no es algo que se dé únicamente en el derecho sino que toda persona prudente se comporta de esta manera” (subrayado fuera de texto).

De ahí, pues, que pueda entenderse que en esta oportunidad la Sección Tercera **encuentra ajustada la posición minoritaria de la Sub-sección C, de tal manera que se exige la motivación razonable y la ponderación respectiva para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, sin restringir o negar que cada juez puede emplear la metodología que se corresponda con dicha motivación.**

2.4) La motivación razonable y la ponderación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales es una exigencia que la jurisprudencia constitucional hace a la jurisdicción contencioso administrativa.

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 jurisprudencia[71]. De hecho, la Sala echa de menos que a pesar de que explícitamente se consideró el daño ocasionado por la muerte de un ser querido, estimándolo como más intenso, no se haya justificado por qué la cuantificación de la frustración por no obtener el título de abogado por tres años iguala tal situación"; b) sin "perjuicio del arbitrio citado, para cuantificar el daño el Tribunal se encontraba obligado a atender los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y los criterios adscritos a los conceptos de "reparación integral" y de "equidad" consignados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Como se advirtió, la amplitud de la citada disposición, no constituye carta abierta para que se definan cantidades dinerarias arbitrarias. Por el contrario, es absolutamente necesario atender las particularidades del caso y definir, por lo menos, qué aspectos hacen equiparable el caso con la pérdida definitiva de un ser querido"; y, c) "la ausencia de argumentos que expliquen por qué a la acción de reparación directa invocada (…) le es aplicable el monto máximo del perjuicio moral, llevan a que la Sala considere tal determinación como arbitraria y, por tanto, vulneradora de los derechos a la igualdad y al debido proceso" (subrayado fuera de texto).

---

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

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"[72]; 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"[73]; c) los "criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta "*las condiciones particulares de la víctima*" y (b) tener en cuenta "*la gravedad objetiva de la lesión*". Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos"[74]; 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

---

[72] Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

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

[74] Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

1995”[75]; e) la “jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser *intensa*, no puede ser cualquier tipo de contratiempo[76]. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales[77]. Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados[78]”; f)

---

[75] “Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades. Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. […]”. Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995.

[76] 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 incomodad 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.”

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

[78] 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;

“cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no *ex ante* y de forma general”; y, g) “no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales[79]. 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, desproporcionas o discriminadoras”.

2.5) La motivación razonable y la ponderación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

---

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.”

[79] 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”.

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 forzadamente 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 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 inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no 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 judicis", "tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. "Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada" (subrayado fuera de texto); c) "admitida por esta Corte la reparación

del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeatur* se remite a la valoración del juez" (subrayado fuera de texto); d) para la valoración del quantum (tasación y liquidación) de los perjuicios morales fija una serie de criterios: "estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador" (subrayado fuera de texto); e) contrario a la regla general que propone la Sala dar continuidad, la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada considera que la valoración del quantum "es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción" (subrayado fuera de texto), esto es, que debe atender a cada caso y no como resultado de la aplicación de reglas generales que si se convierten en "tabla de punto" o, en criterio objetivo encubierto; f) "se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite "valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos" (subrayado fuera de texto); y, finalmente, g) "en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador" (subrayado fuera de texto).

2.6) La motivación razonable y la ponderación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos.

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, ansiedad[80], humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad[81], inseguridad, frustración, e impotencia[82"83]; 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"[84]; 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"[85]; 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.

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

"(…) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos[86].

---

[80] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, en la que se consideró para tasar el perjuicio moral el impactó que causó en la familia la desaparición de la víctima.

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

[82] 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.

[83] 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].

[84] "(…) 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.

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

[86] "(…) 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

2. Estos argumentos han de tener tres propiedades que podemos denominar formales: no deben contener inferencias erróneas, no deben ser incompletos, en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explicitadas, y han de ser pertinentes, es decir, tienen que versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar[87].

3. Estos argumentos debe ser convincentes o, si se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por cualquier observador imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica. Este requisito plantea la necesidad de que, como mínimo, dichos argumentos sean admisibles, y que lo sean por estar anclados en o ser reconducibles a algún valor esencial y definitorio del sistema jurídico propio de un Estado constitucional de derecho[88].

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 premisas"[89] (subrayado fuera de texto).

---

no inútil, de racionalidad. Ni es la práctica del derecho conocimiento puro, sin margen para la discrecionalidad judicial, ni es, por necesidad, extrema la discrecionalidad, transmutada en arbitrariedad irremediable. Los jueces deciden porque valoran, pero esas valoraciones son susceptibles de análisis y calificación en términos de su mayor o menor razonabilidad: en términos de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que en la motivación de las sentencias vengan justificadas". GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.52.

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

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

[89] "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

2.7) La motivación razonable como elemento de argumentación y de sustento adecuado en la tasación de los perjuicios morales.

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 Derecho[90], y ofrece la acción a través del proceso, del processus iudicii, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al guidizio>[91], 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"[92]

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

---

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.

[90] "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 jusridicción. *Vid*. CALAMANDREI, O., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol.I, trad., esp., SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1962, pp.221 y ss".

[91] Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizo>, en RDProc., 1949, pp.165 y ss.

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

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"[93].

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 duda[94].

Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa. Como en un ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe hacerlo en esta ocasión, ya que este autor entiende "que el concepto de motivación suficiente se refiere al conjunto de elementos necesariamente presentes en la decisión judicial para que ésta sea válida, mientras que la motivación completa se distinguiría del concepto anterior por referirse ante todo a la corrección de la decisión y no sólo a la validez de la misma. Es decir, al conjunto de elementos que hacen que una decisión válidamente elegida sea también racionalmente correcta"[95]. 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"[96].

En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las sentencias (de las decisiones judiciales) tiene unos criterios fundamentadores reconocibles: a. cuando se invoca la motivación suficiente se está exigiendo del juez (contencioso administrativo, por ejemplo) que tenga en cuenta en la construcción de su decisión los elementos imprescindibles y necesarios para dotar de validez a la misma; b.

---

[93] ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.139.
[94] PÉREZ ROYO; Javier. Curso de derecho constitucional. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.
[95] ASIS ROIG, Rafael de. El juez y la motivación en el Derecho. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.
[96] "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.

cuando se invoca la motivación completa, el juez debe ajustar su decisión a unos mínimos de corrección, y no sólo a la simple validez, que se sustenta en la racionalidad como principio básico; c. la motivación es completa, también, cuando se comprende la justificación de todos los aspectos fácticos y jurídicos integrados en la litis; d. finalmente, la motivación será suficiente, también, cuando el juez realiza un razonamiento justificativo, y no simplemente inductivo, presuntivo o especulativo.

En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales "tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior"[97] (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

[97] Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

la razonabilidad de la providencia"[98] (subrayado fuera de texto). Lo que implica, que la motivación, más allá del debate dicotómico entre suficiente y completa, se exige como garantía de materialidad del ejercicio del debido proceso, "barrera a la arbitrariedad judicial", plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

De acuerdo con Taruffo la "motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuación plena al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla"[99], lo que implica que el "principio de completitud de la motivación garantiza que la cognición judicial se ha desarrollado atendiendo a la ineludible exigencia de juzgar conforme a lo alegado por las partes, que delimitan el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium[100]. Por eso, bien puede compartirse que la exigencia de completitud de la motivación sea regla general, modulándose su validez en cada caso concreto a tenor de la vieja máxima exceptio firmat regulam in contrario in casibus non exceptis"[101].

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

Ahora bien, examinado la fundamentación jurídica en la que cabe sustentar el "test de proporcionalidad" como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, la Sala procede a motivar y delimitar los criterios de dicha tasación y liquidación.

---

[98] Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.
[99] TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova, 1975, pp.450 ss.
[100] FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla strutura e all'oggetto del proceso>, en Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1986, p.433.
[101] ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.169.

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"[102].

Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles). Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del "quantum" indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes[103], 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, 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

---

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

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

“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.

2.8) La ponderación por medio del test de proporcionalidad como elemento de motivación razonable para la liquidación de los perjuicios morales, dentro del ejercicio del arbitrio judicial.

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

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

De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa, ni en tabla de punto al ser aplicable sólo al caso en concreto) la metodología del test

de proporcionalidad[104], que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad[105], el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, teniendo en cuenta los mínimos criterios objetivos empleados para la tasación

---

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

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

(una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (…) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces”[106]), de tal manera que al indemnizar los perjuicios morales como materialización del derecho a la reparación integral, ésta no sea absoluta, sino ponderadamente se corresponda con la afectación en la esfera moral, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la verificación de los criterios objetivos[107], permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible[108], sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden[109] que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral (porque así como la “intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”[110], también cabe afirmarlo del perjuicio moral indemnizable que no puede ser desproporcionado en relación con la afectación que se produce en cada caso y atendiendo a los

---

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

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

[108] Lo que ha sido reconocido en el derecho constitucional anglosajón de la siguiente manera: “La protección igualitaria ha sido testigo del desarrollo de un nivel intermedio de escrutinio que exige que una ley esté “sustancialmente relacionada” con “intereses gubernamentales importantes”. Este examen se ha aplicado a demandas de discriminación por género y legitimidad, y, por cuatro jueces, a casos de clasificaciones sociales con el propósito de ayudar a los afroamericanos”. ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación., ob., cit., pp.66 y 67.

[109] Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.

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

criterios objetivos) que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y su imputación.

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

Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto"[111]. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la "aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza[112]. De ahí, pues, que las "cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.

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

[111] TAMAHANA, Brian. "En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

[112] "El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <racionalidad formal> y la <racionalidad material> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, unicamente (sic) de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <racionalidad formal>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <racionalidad material> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social". FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 7ª ed. Madrid, Trotta, 2010, p.22.

aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones"[113].

Todo lo cual lleva a concluir, que "**el problema no consiste en indagar si la aplicación del principio de proporcionalidad puede sustentarse en argumentaciones que la hagan objetiva, sino, si mediante la aplicación de dicho principio puede alcanzarse una mayor racionalidad relativa, en comparación con aquélla que se logra cuando se aplican los criterios alternativos**"[114] (negrita fuera de texto).

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

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad[115] desde la perspectiva del juicio de igualdad[116], y de la

---

[113] TAMAHANA, Brian. "En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

[114] A lo que se encamina afirmativamente el trabajo del profesor BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador., ob., cit., p.172.

[115] "De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del

necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción[117], sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación[118] de valores o derechos reconocidos desde la individualidad

---

Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto. No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexequibilidad. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo" (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

[116] Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

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

[118] "La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y

de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial desproporción que pueda representarse en la liquidación de los perjuicios morales, atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando un ejercicio exagerado de la mera liberalidad del juez, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia[119], procede, dentro del arbitrio judicial y en los términos de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, el "test de proporcionalidad" para que obre la decisión judicial con la suficiente motivación y ponderación. En cuanto a esto, en la jurisprudencia constitucional se sostiene que "el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada[120] uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución"[121].

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala que frente "a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente[122], con base en criterios como el dolor

---

d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales". ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

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

[120] Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisible y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

[121] Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

[122] Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte

infligido a las víctimas[123], el perjuicio estético causado[124] o el daño a la reputación[125].

Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva. Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro[126]"[127].

Ahora bien, en cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, la Sala explica que este comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. La doctrina señala que "la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito

---

Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

[123] Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el "malestar psíquico" sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima "estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación."

[124] Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

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

[126] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro.

[127] Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control"[128].

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares que padecen un sufrimiento o aflicción[129]. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto[130]. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de acuerdo a) con las circunstancias de cada caso (cuando de se trata de muerte: violenta, debida a la actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad

---

[128] La doctrina señala que "la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control". ARROYO JIMENEZ, Luis. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). Ponderación y derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

[129] En la formulación de Alexy, los "subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto". ALEXY, Robert. "La fórmula del peso", en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. 1ª reimp. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010, p.17. Para el caso de la tasación y liquidación de los perjuicios morales se busca impedir que el reconocimiento del derecho a la reparación represente una intervención, o alteración sustantiva del interés general representado en el patrimonio público del que proceden los recursos para cubrir el quantum indemnizatorio que por perjuicios morales deba existir.

[130] La "teoría de la ponderación funciona, por así decirlo, como trasfondo teórico para dar una interpretación jurídica al principio de proporcionalidad que aparece en el derecho positivo". Así mismo, "debido a que ya no es necesario considerar la ponderación exigida por la prohibición de exceso en el caso individual como una caja negra teórica, metodológica y dogmática, las cargas de argumentación pueden ser adjudicadas de forma más racional y conciente (sic), más exacta y sencilla. La así llamada fórmula de peso permite decir con exactitud casi matemática qué valores asignados deben ser puestos en relación mutua para lograr un resultado determinado. Con ello se puede hacer a un lado de forma considerable el momento aleatorio de la ponderación de bienes". Finalmente, "la ventaja tal vez más importante de la teoría de la ponderación la encontramos en el hecho de que ella no sitúa a los principios en un nivel elevado de valores, lejano e inalcanzable, sino que los baja de su nivel abstracto (…) para permitirles dar frutos en un proceso racional y argumentativo para y en el caso individual". JESTAEDT, Mathias. "La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades", en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord) La ponderación en el derecho. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp.84 a 86.

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

Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos

familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios deben obrar en función de la necesaria ponderación[131]; y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos a la vida e integridad personal.

De los anteriores subprincipios, el que adquiere relevancia es el de "proporcionalidad en sentido estricto", ya que es en él donde la necesaria ponderación de los perjuicios morales opera para tasarlos y liquidarlos razonable y racionalmente. Pero se advierte, la ponderación se sujetara a un doble nivel: a. a criterios mínimos objetivos, que son de general aplicación; y, b. a la tasación teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto[132].

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

---

[131] La "ley de ponderación" en términos de Alexy se formula: "Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro". ALEXY, Robert. "La fórmula del peso", en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional., ob., cit., p.18. En términos de la tasación y liquidación de los perjuicios morales la formula a proponer sería: Cuanto mayor sea el grado de intensidad o de padecimientos de la esfera moral de cada familiar, tanto mayor deberá ser el quantum que deberá otorgarse, con base en unos mínimos criterios objetivos.

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

un mismo grupo familiar se padecieron por la muerte y lesiones de uno de sus componentes, o por las lesiones de uno o varios de sus componentes, como forma de comprender en debida forma la liquidación cuando se trata de los padecimientos por varios miembros del grupo familiar[133].

Finalmente, resulta cuestionable que la posición mayoritaria de la Sub-sección C en las sentencias se dedique a desvirtuar la obligación de motivar razonable y ponderadamente la tasación y liquidación de los perjuicios morales, con el simple argumento de la primacía del arbitrio judicial, y que luego de dicha argumentación no se corresponda con la jurisprudencia constitucional, especialmente la sentencia T-212 de 2012 que exigió de un Tribunal Contencioso Administrativo, al revocar la sentencia, la motivación racional y razonable de su decisión de imponer una determinada condena por concepto de la indemnización de los perjuicios morales. Esto se evidencia, con una potencial afectación del derecho al debido proceso y a la igualdad, cuando en la sentencia a folio 118 sin ninguna motivación concluye que en "ese orden de ideas, se condenará, a las demandadas a pagar, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales, a la demandante", sin siquiera exponer qué pruebas, con base en que argumentos sustenta la intensidad del daño y su gravedad, contradiciendo además la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012.

De acuerdo con la anterior argumentación, debe advertirse que no sólo la (s) víctima (s) merece que el juez, dentro de su arbitrio judicial, motive razonablemente y pondere (con base en criterios propios al test de proporcionalidad, por ejemplo) la tasación y liquidación de los perjuicios morales, sino que es esencial que el Estado también pueda comprender la decisión de imponer cada condena, no sólo porque opera un arbitrio judicial simple y desmedido, ya que en caso contrario cabría pensar en que este tipo de decisiones pueden estar incurriendo en lo señalado por la Corte Constitucional y que llevó a revocar varias sentencias de lo contencioso administrativo, como pudo verse en la argumentación atrás expuesta.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

---

[133] Siguiendo en este sentido la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 13 de diciembre de 1943, y las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 20 de mayo de 1993, 19 de abril de 2001 y de la Sub-sección C de 26 de septiembre de 2012, expediente 24677. Pon. Enrique Gil Botero.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392)

Actor: HUGO GIRALDO HERRERA Y OTROS

Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO DANILO ROJAS BETANCOURTH

Como en la presente sentencia se adopta la tesis recogida en Sala Plena de Sección Tercera el 19 de abril de 2012 (exp. 21515), en la cual aclaré el voto, lo propio es lo procedente en esta ocasión, para lo cual sirve el mismo texto hecho anteriormente:

1. Al decidir de fondo el asunto de la referencia, la Sala consideró que los títulos de imputación desarrolladas por la jurisprudencia son solo "una manera práctica de justificar y encuadrar, desde una perspectiva constitucional y legal, los diversos casos traídos a su consideración, sin que ello signifique que existe un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado título de imputación".

2. Y con base en esta perspectiva, concluyó que "el uso de tales títulos debe estar en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado (…)".

3. No obstante, considero que el uso que se hizo en este caso del régimen de daño especial para atribuir responsabilidad al Estado por los daños causados a los demandantes con ocasión de los ataques perpetrados por la guerrilla contra la estación de policía y los despachos judiciales del municipio de Puerto Rico (Caquetá) el 29 de marzo de 1998, no solo no estuvo en consonancia con la realidad probatoria del proceso, sino que tampoco se ajusta a los principios que

rigen la responsabilidad extracontractual del Estado en hechos que, como el que ahora se discute, comportan infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno.

4. En el caso sometido a la consideración de la Sala, no está probado que el daño se haya originado en una actuación legítima de la administración. Al contrario, la evidencia disponible sugiere que los artefactos explosivos que causaron la muerte al ciudadano Hugo Alexander Giraldo fueron instalados y activados por integrantes del grupo guerrillero que buscaba destruir la estación de policía y los despachos judiciales de la localidad.

5. Esta circunstancia hacía inaplicable el título de daño especial al caso concreto, pues éste necesariamente exige que el daño se origine en una actuación legítima de la administración y que ella comporte para quien lo padece el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando la construcción de una obra pública genera fisuras o agrietamientos a los inmuebles aledaños y ocasiona, por tanto, un perjuicio material a sus propietarios o poseedores.

6. Ahora bien, la sentencia que se reitera, y de la cual me aparto, toma en cuenta esta objeción al señalar que fue justamente la imposibilidad de establecer una relación de causalidad entre la actuación de la administración y los daños que se originan en ataques guerrilleros contra cuarteles militares o estaciones de policía –en los cuales no existe certeza si el daño es atribuible fácticamente a la fuerza pública o a los guerrilleros– lo que motivó que en años anteriores la Sección Tercera del Consejo de Estado abandonara –aunque no de forma definitiva– este título de imputación para casos semejantes .

7. Pero, intenta superarla indicando que la noción de “actuación legítima”, sobre la cual descansa la teoría del daño especial, “no debe reducirse a la simple verificación de una actividad en estricto sentido físico, sino que comprende también aquellos eventos en los cuales la imputación es de índole principalmente jurídica y tiene como asidero la obligación del Estado de brindar protección y cuidado a quienes resultan injustamente afectados con [la] confrontación” armada que el Estado sostiene desde hace varios años atrás con los grupos subversivos.

8. A mi juicio, este planteamiento resulta equivocado porque el principio de solidaridad, del cual se deriva la obligación de “brindar protección y asistencia a las víctimas de la confrontación”, no puede tomarse como criterio de atribución de responsabilidad sin desconocer los principios que sustentan la obligación de reparar que es exigible al Estado en casos de graves violaciones a los derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno.

9. Uno de esos principios es justamente el de responsabilidad que se deriva de los artículos 2 y 90 de la Constitución Política y de varios instrumentos internacionales de derechos humanos, que establecen a cargo del Estado la

obligación de reparar a las víctimas de acciones y omisiones que le resulten atribuibles .

10. En concordancia con este planteamiento, la doctrina ha señalado que el principio de solidaridad puede servir para justificar el deber de prestar asistencia humanitaria a las poblaciones afectadas por las hostilidades , pero no la obligación de reparar a cargo del Estado, pues ésta encuentra fundamento en un principio distinto, que es el de responsabilidad:

(…) la atención humanitaria tiene como fuente, en el caso de los particulares, el humanitarismo o el principio de humanidad, que en el ordenamiento jurídico colombiano encuentra fundamento en el principio de solidaridad (art. 95, inciso 2 de la Constitución Política), y en relación con el Estado, en sus deberes de protección de los derechos fundamentales de las personas . Su propósito es ofrecer una ayuda temporal a las víctimas de desastres (derivados de catástrofes naturales o de conflictos armados), tendiente a garantizar la subsistencia, aliviar su sufrimiento y proteger su dignidad y derechos fundamentales en situaciones de crisis (…).

En tercer y último lugar, la fuente del deber estatal de reparación está conformada por los daños sufridos por las víctimas de crímenes atroces y el objetivo de dicho deber consiste en reparar tales daños a través de diversos mecanismos, como la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición, de forma tal que los efectos de los mismos desaparezcan y que se restablezca la dignidad de las víctimas. De conformidad con los estándares internacionales y constitucionales en la materia, el deber de reparar integralmente a las víctimas está en cabeza del Estado, incluso cuando los crímenes atroces no han sido cometidos por sus agentes .

11. En similar sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional:

(…) no puede confundirse (…) la atención humanitaria que se presta de forma temporal a las víctimas en situaciones calamitosas, con la reparación debida a las víctimas de tales delitos, que comprende tanto el deber de procurar que sean los victimarios quienes en primera instancia reparen a las víctimas, como de manera subsidiaria sea el Estado quien deba asumir esa reparación en caso de renuencia de los victimarios o insuficiencia de la reparación brindada por estos .

12. De conformidad con lo anterior, considero que el deber de solidaridad –en el cual descansa enteramente la teoría del daño especial– no puede servir como criterio para atribuir responsabilidad al Estado por los daños ocurridos en el marco del conflicto armado interno pues ello implica desconocer que el Estado es una de las partes enfrentadas en la confrontación y que, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene a su cargo la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción.

13. Afirmar que la tragedia que desangra al país desde hace años, y que ha significado para miles colombianos la destrucción de sus proyectos de vida, la desintegración de sus familias y la pérdida definitiva de sus posesiones ocasiona el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas no es más que un eufemismo. Esta tragedia es causa de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y, por tanto, hacerle frente a sus efectos no es un deber fundado en la solidaridad, sino una verdadera obligación a cargo del Estado.

14. Con lo dicho hasta el momento no quiero significar que el Estado tenga que responder patrimonialmente por todos los daños que surjan en el marco de la confrontación armada, pues una análisis cuidadoso de las circunstancias fácticas del caso puede llevar válidamente a la conclusión de que no existe ninguna actuación u omisión atribuible a alguno de sus agentes que pueda tenerse como causa del mismo. Lo que intento sostener es que si el daño es imputable al Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política el criterio de atribución de responsabilidad no puede ser el principio de solidaridad porque éste se opone al de responsabilidad, que es justamente el que sustenta la obligación de reparar en casos de graves violaciones a los derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno.

15. En el caso concreto, considero que el daño podía imputarse al Estado con fundamento en el principio de responsabilidad, no de solidaridad, y con apoyo en una nueva categoría de riesgo, distinta a las ya definidas por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (riesgo-peligro, riesgo-beneficio y riesgo-álea), que se deriva de la confrontación armada con los grupos armados ilegales que le disputan al Estado el control del territorio y el monopolio del uso de la fuerza.

16. Esta categoría de riesgo, que podría denominarse riesgo-conflicto, surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades .

17. De esta forma, considero que los atentados cometidos por la guerrilla contra un “objeto claramente identificable como Estado” en el marco del conflicto interno armado, tales como estaciones de policía o cuarteles militares, pueden ser imputados al Estado a título de riesgo excepcional no porque estos bienes e instalaciones puedan ser considerados peligrosos en sí mismos –como sí ocurre con los objetos que encuadran dentro de la categoría riesgo-peligro (p.e. armas de dotación oficial, químicos o instalaciones eléctricas)–, sino porque la dinámica misma del conflicto armado ha hecho que la cercanía a ellos genere para la población civil el riesgo de sufrir afectaciones en su vida, su integridad personal y

su patrimonio en razón a que son blanco de continuos y violentos ataques por parte de la guerrilla que los considera objetivos militares.

18. Ahora, desde un enfoque de teoría administrativa resulta extraña, por decir lo menos, la afirmación según la cual la simple presencia institucional constituye un factor generador de riesgo, máxime cuando muchas veces es esa presencia –lograda, por ejemplo, mediante el acantonamiento de la fuerza pública– la que permite al Estado conjurar o repeler las amenazas que para la vida y los bienes de la población civil implican las acciones de la delincuencia. Sin embargo, considero que de cara a la realidad del país, resulta imposible negar que existen zonas afectadas por fenómenos graves de violencia política en las que la cercanía a ciertos bienes e instalaciones del Estado, genera un riesgo cierto para las personas que viven o desarrollan sus actividades cotidianas en sus proximidades ya que éstos son blanco de continuos ataques de la guerrilla.

19. En el caso de las estaciones de policía, el riesgo adquiere un carácter tan cierto, grave y evidente que la Corte Constitucional, mediante sentencias de tutela, ha señalado que, en ciertas condiciones, procede ordenar su traslado y reubicación con el fin de amparar los derechos fundamentales de las personas civiles y de evitar que con ocasión de la prestación del servicio de seguridad, protección y vigilancia, los ciudadanos se vean expuestos a cargas desproporcionadas que afecten su vida, su integridad o su patrimonio .

20. Es verdad que desde un enfoque normativo, no todos los objetos “claramente identificables como Estado” pueden ser considerados como factores generadores de riesgo, sino solamente aquellos que, según las normas del derecho internacional humanitario, revisten carácter militar , pues ellos no están protegidos por la prohibición general de convertirlos en blancos de ataques o represalias, como sí lo están los bienes de carácter civil. No obstante, desde un punto de vista fáctico muchos bienes e instalaciones del Estado están ubicados en una “zona gris” entre lo civil y lo militar, por lo cual igual puede considerárselos como factores generadores de riesgo. Tal es el caso de las estaciones de policía , las cuales de hecho son objeto de continuos y violentos ataques por parte de la guerrilla que, en su afán por desestabilizar el poder político, emplea métodos de guerra indiscriminados y contrarios al principio de distinción que comprometen la seguridad de la población civil.

21. De lo dicho hasta el momento podría inferirse que la proximidad a cualquier objeto claramente identificable como Estado genera para la ciudadanía, independientemente de cualquier otra consideración, un riesgo de carácter excepcional. Sin embargo, es necesario precisar que, en tanto este riesgo se deriva de la existencia del conflicto armado interno, su naturaleza es contextual, porque no en todos los municipios del país es factible que se produzca una incursión armada de la guerrilla o un atentado grave contra la infraestructura del Estado. Y este hecho es, justamente, lo que le atribuye al riesgo su carácter excepcional. En efecto, es un hecho notorio que estas acciones tienden a concentrarse en pequeñas poblaciones, ubicadas en zonas del territorio nacional que ofrecen una ventaja estratégica desde el punto de vista militar, y en donde los

actores armados ejercen una fuerte presencia y están en capacidad de perpetrar un ataque armado de gran impacto.

22. Así las cosas, para que pueda imputarse responsabilidad a la administración a título de riesgo excepcional por los daños derivados de ataques guerrilleros contra bienes o instalaciones del Estado es necesario que el factor de imputación, esto es, el riesgo, exista realmente, lo cual puede acreditarse a través de documentos, informes oficiales u otro medio probatorio, que den cuenta de la situación de orden público en la región, o también puede inferirse a partir de la existencia de antecedentes de ataques similares al mismo municipio o de municipios aledaños, de la noticia de la presencia de actores armados en la región, y de los medios que se utilizaron para perpetrar el ataque.

23. Sin perjuicio de lo anterior, estimo que en la medida en que el Estado participa consciente y deliberadamente en la creación del riesgo, debe adoptar todas las medidas de precaución, contención y defensa a su alcance para minimizarlo y para evitar que se materialice, pues si no lo hace y facilita la actuación de los grupos armados ilegales, se configura una ostensible falla del servicio que da lugar a un juicio de responsabilidad de naturaleza distinta, fundado en el incumplimiento del deber positivo de protección que le es exigible, no sólo respecto de las personas civiles, sino de quienes participan en las hostilidades.

24. En los términos anteriores dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

DANILO ROJAS BETANCOURTH

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392)

Actor: HUGO GIRALDO HERRERA Y OTROS

Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, procedo a reiterar las razones por las cuales, como en casos similares, no compartí la providencia que se dictó dentro del asunto citado en la referencia el pasado 23 de agosto de 2012[134].

La Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación consideró que La Nación – Rama Judicial y Ministerio de Defensa (Policía Nacional), es patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados a la parte demandante con fundamento <<*… en el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto, quienes se vieron sometidas al rompimiento de las cargas públicas que normalmente debían asumir, circunstancia de desequilibrio que se concretó en la muerte de un miembro de su núcleo familiar, el señor HUGO ALEXANDER GIRALDO BUENDIA …*>>.

Pues bien, este salvamento de voto –al igual que muchos otros que he suscrito en similar dirección frente a situaciones fácticas iguales o parecidas, resultantes del

---

[134] Cuya copia de la providencia, para efectuar el presente salvamento de voto, llegó al Despacho del cual soy titular en la Sección Tercera del Consejo de Estado el pasado 7 de noviembre de 2012.

actuar de los grupos armados al margen de la ley o de actos terroristas– se redacta teniendo en mente –en su razonable universo– la expresión constitucional que preceptúa:

"Art. 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

La anterior declaración constitucional convalidó la perspectiva de esta Corporación, que de vieja data ha dicho que más allá de la ***(i)*** falla en el servicio, bien puede haber responsabilidad sin falta en el derecho público colombiano, porque es claro que la Administración, al desplegar ciertas acciones en aras del interés general, ocasionalmente afecta el patrimonio de algunos de los asociados, ora por ***(ii)*** haberles impuesto riesgos de naturaleza excepcional que finalmente se materializan, ora por ***(iii)*** haber ocasionado ruptura en la igualad que debe reinar entre los asociados cuando asumen sus cargas públicas.

No obstante, la aplicación en este caso del *"daño especial"* como título jurídico de imputación se lleva demasiado lejos, a escenarios en los que la relación de causalidad en verdad deja de ser un *hecho* –que como tal debe estar sujeto a prueba y ser verificable–, para convertirse en un *discurso* en el que la constatación para nada cuenta, por lo que se torna el régimen de responsabilidad, en ese punto, en una yuxtaposición de razones que recibe *toda* su consistencia de una fundamentación ideológica, comoquiera que en el presente caso dejó de importar la actuación del Estado –lícita o ilícita– para soportar la declaratoria de responsabilidad, exclusivamente, en la característica exageradamente anormal del daño que afectó a las víctimas, acudiendo así, en el fondo, a ordenar una indemnización con base en el principio de solidaridad al cual, desde esa perspectiva, se le atribuyó un alcance y una concepción que van más allá de lo que les corresponde en el ordenamiento constitucional vigente.

Nada de malo hay en que la ideología favorezca las posiciones jurídicas. Negar la importancia de ella en la interpretación del Derecho sería una desventura, sólo comparable con aquella otra que se da cuando una decisión judicial entra a depender, no de los hechos, sino únicamente de una noción subyacente.

Aceptado que ***(i)*** una cosa es la imputación y otra es la relación causal; ***(ii)*** que uno y otro elemento, como lo ha reiterado esta Corporación[135], son necesarios para una declaración de responsabilidad, es útil memorar también que ***(iii)*** no puede haber imputación válida sin relación causal.

A mi juicio la Sala parte de un supuesto equivocado, porque el sólo hecho de que en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales la Fuerza Pública hubiere hecho frente –como le correspondía– a un ataque guerrillero no la hace responsable por los perjuicios que tales terceros les inflingieron a los pobladores de ese municipio.

---

[135] *"La precisión que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho en repetidas oportunidades, en el sentido de señalar que el artículo 90 de la C.P. no consagró una responsabilidad absolutamente objetiva del Estado y que, por el contrario, aún con base en dicha disposición la falla del servicio sigue siendo el régimen general de responsabilidad estatal, al lado del cual se reconoce la existencia de regímenes objetivos, permite indicar que bajo el fundamento del rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, no pueden indemnizarse todos los daños que sufran los particulares, sin que exista un título de imputación que permita atribuírselos a determinada autoridad estatal"*. (se subraya) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1997, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Actor Carmen Emilia Mora y otros.

La importancia de la imputación y su calidad de condición necesaria para una declaratoria de responsabilidad también se aprecia en los siguientes pasajes extractados de decisiones de esta Corporación: *"La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. (...) Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos* [cuatro] *elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal, el daño antijurídico, el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación."* (se subraya) CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 8 de mayo de 1995, expediente 8118, Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes.

Y en el mismo sentido, la Corporación sostiene que *"En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos."* CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 16 de septiembre de 1999, Expediente 10922, C. P: Dr. Ricardo Hoyos Duque, actor María Consuelo Enciso Jurados y otros.

Además, la misma Corporación reitera: *"De allí que elemento indispensable —aunque no siempre suficiente— para la imputación, es el nexo causal entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que éste sea el efecto del primero (...) Por eso, la parte última del inciso primero del artículo 90 de la C.P., en cuanto exige —en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado—, que los daños antijurídicos sean 'causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas', está refiriéndose al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica. Rodrigo Escobar Gil se refiere al punto en estos términos: '…para el nacimiento de la obligación de reparar no basta sólo la imputatio facti; es decir, la relación de causalidad entre un hecho y un daño, sino que es necesario la imputatio juris, esto es, una razón de derecho que justifique que la disminución patrimonial sufrida por la víctima se desplace al patrimonio del ofensor'."* CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 21 de octubre de 1999, Sección Tercera, Exp. 10948 y 11643 (Acum), C.P. Dr. Alier Hernández Enríquez, actor: Luis Polidoro Cómbita y otros. Todo lo cual se refuerza y corrobora en CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 1999, expediente 11499, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor Tito Ortíz Serrano.

Ninguna actuación imputable a la entidad demandada aparece como causante –directa ni indirectamente– de los daños por los cuales se la ha llamado a responder, de lo cual resulta que en el presente caso se condenó al Estado a pagar una indemnización sin que hubiere nexo alguno de causalidad entre sus acciones u omisiones y los daños antijurídicos que le fueron imputados, todo por la gravedad –en ningún momento discutida– de los perjuicios, evidentemente anormales, que desafortunadamente debieron soportar las víctimas de tan cruento e irracional proceder.

No es fácil entender que una institución legítimamente constituida, enclavada dentro de nuestra tradición republicana, requerida por la ciudadanía para asegurar la normalidad de la vida en comunidad y la tranquilidad de la misma, declarada constitucionalmente como parte integral de las autoridades instituidas para proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los asociados, sólo por el hecho de cumplir con sus deberes superiores en protección de la comunidad a la cual deben servir altere la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Pero ni siquiera por el noble deseo de realizar el principio de *neminem ladere*[136] y de abordar estos problemas desde la perspectiva de la víctima[137], es posible

---

[136] *"Cavanillas que estudió la cuestión con detenimiento ha citado los siguientes argumentos utilizados por nuestra jurisprudencia* [se refiere a la española]*: 1º) La regla pro damnato o de favorecimiento de las indemnizaciones, que asoma en algunas sentencias donde se habla de que «se impone la rigurosa aplicación del non laedere, en la operación de la prueba en beneficio del más débil», es decir, el rigor interpretativo en beneficio del perjudicado y la búsqueda con acucioso celo de cuanto conduzca a la reparación del máximo daño causado. 2º) La idea de la «realidad social» acogida por el artículo 3 del Código Civil, como cuando se habla de incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica. 3º) La regla cuius commoda eius incommoda, que pone la indemnización como contrapartida de un lucro obtenido por una actividad peligrosa y que, si bien en ocasiones se confunde con la doctrina del riesgo, en otras parece separarse de ellas."* (Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. pág 125). *"Nada costaría, con un poco de ingenio, elaborar una situación imaginaria en la que resultase 'natural', por así decirlo, que los jueces de una comunidad aplicaran una pauta equivalente a la ley de la ventaja (...)."*. (Cfr. CARRIÓ, Genaro. "Notas Sobre Derecho y Lenguaje". Reimpresión de la Cuarta Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág 203).

[137] *"Cuando ocurre una desgracia, una calamidad o un accidente del que se siguen daños para las personas o para las cosas, hay que decidir si el que experimenta el daño no tiene otra posibilidad que la resignación (lo sufre él) o si puede esperar algo de los demás y, mejor, si tiene derecho a ello. Si la respuesta al interrogante abierto fuera esta última, tendríamos que movernos todavía entre las dos alternativas que han quedado dibujadas: o se crea un sistema de auxilios o de ayudas, lo que a su vez oscila entre la beneficencia y la seguridad social; o se establece un derecho subjetivo del perjudicado a reclamar de otros el importe en que se valore el daño. Sólo en*

aceptar el trazo diagonal de delgadísimas y discontinuas líneas de imputación, con las que se procura paliar la frustración enrostrándole responsabilidad a quien, evidentemente, no la tiene.

Si *imputar* es atribuir, endilgar o exhibir en orden las razones por las cuales alguien debe responder por los daños padecidos por otro, no puede decirse que esas razones, en casos como el presente sean claras, puesto que más bien se muestran necesitadas de toda la ayuda que ciertamente se les procura para poderse articular, aún así, de manera muy peculiar[138].

Dado que el *«daño especial»* es el título jurídico de imputación que esta vez aplica la Sala para atribuir responsabilidad a La Nación por los daños sufridos por los demandantes a raíz del atentado que perpetraron terceros terroristas, dicho título jurídico de imputación conecta directamente con el tema de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas[139].

Como en el plano de la causalidad material no existe la menor posibilidad de establecer una relación entre la conducta de la institución accionada y los daños

---

este último caso puede hablarse, en rigor, de indemnización, de derecho a la indemnización y, por consiguiente, de Derecho de daños". (Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit, pág 42).

[138] *El tema no es fácil y la dificultad conduce a innumerables posiciones jurídicas, todas ellas dignas de reconocimiento y estudio. Para el caso español —y tal vez para el nuestro— "[a]lgo hace pesar que el Tribunal sigue criterios de justicia intuitiva, que resultan difícilmente formalizables en argumentos de técnica jurídica"; o que "el Tribunal Supremo no ha pretendido hasta ahora dar respuesta global, puesto que se atiene a la solución justa de cada caso concreto (...) aun suponiendo que eso sea así, resulta inadmisible el no contar aún con una doctrina clara que ilumine un tema tan importante (...) quizá el más importante sea el de la determinación de una relación causal precisa, de acuerdo con unos criterios técnicos: todo lo flexibles que se quiera, pero precisos. Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de la responsabilidad administrativa un juego de azar o una adivinanza. (Cfr. NIETO, Alejandro. "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", REDA, núm 4, enero-marzo, 1975, pág 95.).*

[139] *Precisamente por esa necesidad la Sala en múltiples ocasiones ha justificado la indemnización por atentados terroristas con fundamento en el título jurídico de imputación "daño especial". Hace alguna época (Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 1973, expediente 978, Actor Vitalia Duarte), "curiosamente, se involucró, al mismo tiempo que el riesgo, el principio de igualdad de las personas ante las cargas públicas, como razones jurídicas que hacían responder al Estado por los daños que causaba su actividad legítima, lo cual sembró alguna confusión entre los regímenes de responsabilidad por riesgo y el llamado daño especial (...) como es el caso de la reparación por la destrucción de una casa de la demandante por la acción armada del ejército que perseguía a un peligroso delincuente". (Cfr. en HERNÁNDEZ, Alier. "La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado Colombiano", Revista Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada, S.F., sentencia que es citada también en HENAO, Juan Carlos, "La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", Tomo 2, índice de providencias, pág 41.)*

experimentados por los damnificados, para el caso se dice haber acudido a la *"causalidad jurídica"* para establecer ese vínculo y, más allá de ello, a mi juicio se ha acudido a una presunción que ciertamente es de particular potencia, puesto que no puede ser desvirtuada.

En efecto, al repasar la línea que desde hace muchos años ha seguido esta Corporación, se observa que frente a los atentados terroristas resolvió, dependiendo del objetivo, aplicar una *"presunción de causalidad"* –léase *"presunción de responsabilidad"*– en contra de la institución accionada:

"Cuando el título de imputación sea el rompimiento de la igualdad frente a los cargas públicas, así como acontece en los demás regímenes de responsabilidad, debe aparecer demostrada la existencia de un vínculo de causalidad que vincule el daño cuya reparación se reclama, con las acciones u omisiones de las 'autoridades públicas'. Dicho vínculo causal, corresponde al concepto de causalidad jurídica y no solamente al concepto de causalidad física. Por tanto él aparecerá deducido en los casos en que, como se señaló en la Sentencia del 23 de septiembre de 1994 antes citada, se evidencie que 'el objeto directo de la agresión fue un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa'."[140] (Se subraya).

El suscrito, al igual que los demás miembros de la Sala, también está convencido de que allí donde la comunidad recibe beneficio colectivo a costa del perjuicio individual que ha sido legítimamente impuesto sobre alguno de sus miembros, aquella debe resarcir a éste a través del erario que colectivamente conforma en virtud del principio de solidaridad. No obstante, considero que en casos como el presente, en el que no es posible imputar el daño a la acción o a la omisión de la autoridad, sino a la acción criminal que se da en medio de fatales circunstancias sociales y políticas, el resarcimiento que con toda justicia merece la víctima, como adelante se verá (§3), debe ser dispensado con cargo a los fondos de indemnización que funcionen o que se constituyan para realizar el principio constitucional de la solidaridad social, pero nunca bajo la noción de responsabilidad extracontractual.

Así debe ser en el *sub exámine*, puesto que el ataque terrorista que afectó el patrimonio de los demandantes, bien visto, políticamente estuvo dirigido contra

---

[140] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1997, C. P. Dr. Carlos *Betancur Jaramillo, Actor Carmen Emilia Mora y otros*.

toda la sociedad y, por ello, bien podría decirse que así como los beneficios del actuar de la institución armada los recibió la comunidad, los perjuicios también fueron para ella en su conjunto.

Cruel es el sino que enfrenta la Fuerza Pública, porque no se ve entonces cómo podría la institución armada modificar su conducta para no ser condenada, pues si deja de cumplir sus funciones incurre en omisión, pero si las cumple entonces se la hace responsable por romper la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Cosa distinta es la que ocurre –según mi convicción–, cuando resulta sacrificado un inocente por razón de la actuación de la Fuerza Pública cuando ésta realiza o emprende lícitamente operaciones orientadas a cumplir los deberes constitucionales y legales que le son inherentes, para repeler un ataque; pero en el presente caso no se probó que los daños hubieren sido generados por el actuar lícito de la entidad demandada.

Cuando un terrorista pone en práctica sus execrables métodos para agredir a quienes están instituidos precisamente para defender a la sociedad contra la que ha decidido arremeter, mal puede decirse, por lo menos dentro de la recta lógica de lo razonable, que son los defensores de esa sociedad quienes han “causado” el daño por ser el blanco de los ataques.

Aquí, la razón moral no pesa menos que la estrictamente jurídica, porque estamos en un escenario en cual la responsabilidad patrimonial quiere convertirse en sucedáneo de la resignación. Aun cuando ello en principio se muestre muy bondadoso para con la víctima, se traduce en iniquidad para quien resulta inculpado a través de una serie de conexiones argumentales que vienen a pesar más que los tozudos hechos: los terroristas –y no la Fuerza Pública– fueron quienes *causaron* los daños cuya indemnización fue demandada.

La causalidad adecuada debe tener aplicación allí donde no es clara la relación de causalidad física o allí donde la relación de causalidad física que se percibe denota que la causa (física) realmente no es la determinante del daño experimentado por las víctimas. Pero lo que no puede ocurrir es que, aún existiendo una evidente relación de causalidad material que no deja dudas sobre a quién se le deben atribuir los daños irrogados a las víctimas, el juzgador la

desprecie para ir en busca de ignotas razones en virtud de las cuales, finalmente, las consecuencias se le atribuyen a una institución totalmente inocente.

Esta Corporación antes ha manifestado muy clara y acertadamente que:

"Las imputaciones fácticas son las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones; o el simple señalamiento de las causas materiales, en criterio de quien imputa, que guardan inmediatez con el hecho y, que considera, contribuyeron desde el punto de vista físico a la concreción del daño. En cambio las imputaciones jurídicas aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones —constitucionales, legales, administrativas, convencionales o contractuales— en las cuales se plasma el derecho de reclamación" [141]

Si lo anterior es cierto –como en efecto estimo que lo es–, entonces nada más oportuno que preguntarse cuál es la *"fuente normativa de deberes y obligaciones"* en virtud de la cual el centro jurídico de imputación en esta ocasión accionado (La Nación – Ministerio de Defensa) deba responder patrimonialmente ante la víctima por los daños causados por los ataques con armas de fuego que realizaron terceros desconocidos. ¿Hay alguna fuente *"constitucional"* o *"legal"*, que con elemental disposición y sin ser forzada, pueda hacer a la entidad pública demandada responsable por la conducta de alguien que no sólo le es totalmente extraño, sino opuesto a ella? Y en ausencia de esas dos fuentes supremas, ¿cuál es entonces la fuente *"administrativa"* de deberes y obligaciones que compromete a la accionada en tal sentido? ¿Acaso hay alguna cláusula *"convencional"* o *"contractual"* que obligue a la accionada a responder por los daños materialmente causados por otros?

Por la anterior disyuntiva, analizada detenida y cuidadosamente la situación, sólo es posible concluir, con profundo respeto pero con crítica, que la Sala en verdad ha venido aplicando en casos como el presente *"imputación objetiva"* en vez de *"imputación jurídica"*. Así pues, si para llegar a condenar no importa que en el acontecimiento haya o no habido defecto de conducta por parte de la accionada y si, además, lo único que debe tenerse en cuenta en materia de causalidad es que el atentado haya sido contra uno de los objetivos que la jurisprudencia tiene establecidos, lo único que queda por demostrar al accionante es su daño

---

[141] *CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, C. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, expediente 13744, actor Gloria Esther Noreña Benjumea. Con cita en el mismo sentido de ESCOBAR GIL, Rodrigo. "Teoría general de los contratos de la administración pública", Editorial Legis, Bogotá, pág 259.*

antijurídico. Por tal ruta, los procesos relacionados con este tipo de casos estarían bien próximos a dejar de ser declarativos, para llegar a convertirse, prácticamente, en ejecutivos.

Si es verdad que allí donde hay víctimas hay victimarios y si también lo es que el derecho de daños entre otras cosas cumple en la sociedad un papel retributivo mediante la utilización de mecanismos idóneos para trasladar desde el patrimonio del victimario una compensación hacia el patrimonio de la víctima, mal puede decirse que, en un caso como el presente, ese mecanismo pueda hacerse efectivo contra el patrimonio de una institución que, sólo por un giro de la imaginación, puede ahora ser calificada de victimaria.

Y en otras ocasiones[142] la usual posición que sobre este tema tienen la mayoría de los miembros de la Sala ha variado para aceptar que cuando el ataque que se dice terrorista[143], es generalizado o masivo, no puede por ello mismo considerarse orientado contra la institucionalidad y, entonces, no se abre paso la declaración de responsabilidad. Esa respuesta jurisdiccional para un problema de causalidad tan evidente y no resuelto, conlleva un problema álgido, porque la indemnización que se prodiga o se niega a los damnificados depende entonces de la forma en que los antisociales perpetran el ataque y, por esa ruta, resultan siendo ellos, según la modalidad de agresión que se les ocurra y no esta jurisdicción, según consideraciones de orden jurídico, quienes deciden si hay o no indemnización para las víctimas.

En modo alguno pretendo sostener que los damnificados deban quedar abandonados a su suerte sin recibir asistencia y apoyo de sus conciudadanos por conducto de la Administración Pública; lo que sostengo es que tal asistencia debe tramitarse por los conductos y con cargo a los fondos de asistencia que están previstos[144] o que, en su defecto, corresponde instituir y regular al legislador, pero no al juez.

---

[142] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 14 de diciembre de 2004, expediente 15.137, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, actor Rosa Tulia Piñeros Torres.

[143] Por las características concretas del suceso que se ventila en este proceso, no cabe duda que se trató de un "acto terrorista"; no obstante, cuando sea propicio, esta Corporación deberá precisar si hay hechos de armas que puedan ser considerados como "actividad insurgente" y no necesariamente como "actividad terrorista".

[144] El fondo para atender a las víctimas del terrorismo que surge de todo un bloque normativo Decreto 444 de 1993 —hay Fallo de la Corte Constitucional C-197-93 sobre Decreto 444 de 1993

Si fuere verdad que en tales mecanismos de resarcimiento pudiere haber deficiencias[145] o que apenas alcanzan una eficacia simbólica, no es a esta Corporación a la que corresponde tramitar, bajo la noción de responsabilidad, los correctivos[146], sino al legislador a través de la ley.[147]

Tal vez no es por el vértice de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por donde hay que abrirle paso a la *"socialización de riesgos"*[148] o a la

---

"Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas"—, Leyes 104 de 1993, 241 de 1995 y 418 de 1997.

[145] *"En Colombia este régimen legislativo, más que una indemnización representa una forma de asistencia pública que no permite la reparación completa de los perjuicios sufridos, y diluye la idea de responsabilidad, de su marco jurídico y el concepto de reparación integral de que trata el artículo 16 de la Ley 446 de 1998" (Cfr. GIL BOTERO, Enrique. Temas de responsabilidad extracontractual del Estado, Segunda Edición, Medellín, Edit Librería Jurídica Sánchez, 2001. p. 115.).*

[146] *Es de apreciar que todo régimen en el que no es discutible ni un defecto de conducta (culpa), ni una relación de causalidad entre la conducta y el daño, deja de ser de "responsabilidad" y empieza a pertenecer al género de la "seguridad social", en el que hay una repartición de los riesgos: "Hay entre un sistema de responsabilidad civil y la indemnización automática, una diferencia esencial, pues en la indemnización automática el daño es reparado sin que sea necesario imputar su causación a la actividad de una persona, mientras que en virtud del mecanismo de la responsabilidad civil, debe buscarse un responsable cuya actividad está al origen del daño, esa actividad, debe ser culposa, si la responsabilidad es subjetiva, mientras que ello no es necesario cuando la responsabilidad es de pleno derecho (u objetiva)". (Cfr. LARROUMET, Christian. "La indemnización de las víctimas de accidentes de la circulación: la amalgama de la responsabilidad civil y de la indemnización automática". R. Dalloz, 1985, p. 237 y 241, citado en CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1997, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Actor Carmen Emilia Mora y otros); en el mismo sentido MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto, Responsabilidad Civil Extracontractual, Bogotá, Edit. Temis, p. 498.*

Y así mismo: "Una responsabilidad general de las Administraciones públicas por los casos fortuitos provenientes de cualquier parcela de la gestión administrativa no sería verdadera «responsabilidad civil» (mecanismo de indemnización configurado con criterios de justicia conmutativa y eficiencia económica), sino «seguridad social»: mecanismo de protección regido por principios de justicia social, que sólo debe asistir a quienes se encuentran en situaciones de necesidad económica y en la medida indispensable para cubrirlas" (Cfr: PANTALEÓN PRIETO, Fernando. "Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", en Revista Documentación Administrativa, num 237-238, enero-junio de 1994., pág 250.).

[147] *"Evidentemente la concepción del Estado social de derecho de la Constitución Política, que consagra los principios de la solidaridad y de la igualdad (art. 1º) permitirá que el legislador indemnice los daños provenientes en general de los 'riesgos de la vida social', abarcando aquellos que no le sean imputables en los términos del artículo 90. Pero en tal campo no parece exacto ni técnico hablar de un problema de reparación en los términos de la disposición antecitada". CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1997, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Actor Carmen Emilia Mora y otros.*

[148] *"En la Ley 104 de 1993 el legislador dotó al Estado colombiano de instrumentos orientados a asegurar la vigencia del Estado social de derecho y a garantizar la plenitud de los derechos y*

libertades fundamentales, reconocidos en la Constitución de 1991. Por ello en su título II, y bajo el rubro 'Atención a las víctimas de atentados terroristas', se precisa en su artículo 18, que son 'víctimas' '...aquellas personas que sufren directamente perjuicios por razón de los atentados terroristas tendidos con bombas o artefactos explosivos y las tomas guerrilleras que afecten en forma indiscriminada a la población'. Luego, en el artículo 19, pone en marcha los principios de solidaridad social y la perspectiva jurídica que informa la responsabilidad por daño especial, al disponer que las víctimas de actos terroristas, 'recibirán asistencia humanitaria, entendiendo por tal la ayuda indispensable para atender requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales de dichas personas que hayan sido menoscabadas por la acción terrorista (...)'. La filosofía jurídica que informa la anterior normatividad se alimenta de la que es esencia y vida en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades". (Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de septiembre 23 de 1994, exp. 8577, C. P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, actor Justo Vicente Cuervo Londoño); y en el mismo sentido: *"En ejercicio de las facultades derivadas de la declaración del estado de conmoción interior (decretos 1793 de 1992 y 261 de 1993), el Presidente de la República expidió el decreto 444 de 1993 con el objeto de responder a la necesidad de prestar una ayuda humanitaria a las víctimas de atentados terroristas, con fundamento en los principios constitucionales de respeto a la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la igualdad y la solidaridad social, entre otros. Allí se precisó que dicha ayuda no implicaba el reconocimiento por parte de la Nación o de la respectiva entidad pública de responsabilidad por los perjuicios causados con los atentados terroristas (art. 29) y además que en el evento en que dichas entidades fueran condenadas a reparar los daños causados a las víctimas, del monto total de los perjuicios habrían de deducirse las sumas que hubieren entregado en razón de los programas de asistencia previstos en el decreto (art. 30). Estas dos últimas disposiciones fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional (sentencia Nº 197 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell), por considerar que el mandato del artículo 29 del decreto no impedía que 'a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se defina lo relativo a la existencia o inexistencia de la responsabilidad que pueda corresponderle a determinado sujeto público, por los perjuicios recibidos por las víctimas del terrorismo'. Y en cuanto a la reducción de las sumas reconocidas por razón del decreto de las indemnizaciones a que fuera condenada la entidad, la Corte Constitucional consideró que dicha disposición era exequible porque además de consultar los principios de justicia y equidad se ajustaba al ordenamiento superior pues 'la reparación del daño con fundamento en la responsabilidad estatal no puede constituir una fuente de enriquecimiento. El resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite; y es obvio, que si el Estado ha reparado, en parte, ese perjuicio, no puede ser condenado de nuevo a reparar la porción ya satisfecha'."* (Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 8 de febrero de 1999, expediente 10731, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, actor Eduardo Navarro Guarín). La posición esbozada en las dos anteriores providencias citadas, es la que sin duda traza el marco legal en Colombia, no obstante, alguna reflexión en contra podría abrirse paso en consideración al diverso origen que tienen (i) los soportes dados con cargo a la asistencia social y (ii) las indemnizaciones otorgadas en razón de una declaración de responsabilidad. La doctrina ha reflexionado sobre si *"El hecho de que la responsabilidad civil extracontractual cumpla la función de indemnizar un daño, obliga a separar de nuestro campo las compensaciones que las leyes atribuyen, en muchos casos, a determinados sujetos, como consecuencia de la pérdida, oblación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa del sacrificio que se exige a los titulares. En las leyes y en la práctica jurídica se las denomina a veces «indemnización» y no existe inconveniente en admitir un uso amplio y equívoco de la palabra, siempre que se tenga bien claro que las «indemnizaciones por sacrificio» son netamente distintas de las genuinas «indemnizaciones de daños»"* (Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. Op Cit., pág 57.).

"socialización de daños".[149] Justo es –desde luego–, que los damnificados reciban apoyo económico por su desventura, pero injusto es que para ello se condene a una institución inocente y a la vez también víctima. Si para hacer justicia a los ciudadanos es necesario hacer injusticia a las instituciones, entonces el sistema de responsabilidad vigente resultaría notable y preocupantemente deficitario en valores.

No es del caso que en este salvamento se profundice más sobre el tema de la seguridad social, sobre todo considerando la abundante ilustración que sobre los fondos de indemnización ya ha hecho esta Corporación[150], pero sí es pertinente reiterar que no siempre que haya víctimas de fatídicas circunstancias sociales, ocasionalmente violentas, algún centro jurídico de imputación de orden estatal deba salir a responder con su patrimonio por serle imputable, en todos los casos, el daño experimentado por el damnificado.

Por tanto, se insiste: los únicos daños que deben ser resarcidos con cargo a fondos de indemnización son los que no resultan imputables al Estado, porque cuando sobrevienen daños que no pueden imputarse a un sujeto de derecho, capaz de responder con su patrimonio, entonces surge la pregunta de si debemos dejar solos a nuestros conciudadanos con su infortunio.

Si no le es imputable la causación de los daños a la entidad demandada, es del caso puntualizar lo que se ha venido sosteniendo en la fundamentación de este salvamento de voto, es decir, que los daños antijurídicos experimentados por la parte demandante le son imputables, por completo, a quien protagonizó el ataque que finalmente los generó.

Con todo respeto y consideración,

---

[149] *"Todos podríamos estar de acuerdo si establecemos que las líneas de lo que se llama ordinariamente socialización, son formas de redistribución de rentas que desde las clases o grupos más favorecidos deben ir a parar hacia los menos favorecidos. Sin embargo, no tenemos ninguna constancia de que este efecto se produzca en los llamados sistemas de socialización de los daños."* (Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. Op Cit. pág 188. En similar sentido se pronuncia MARTÍN REBOLLO, Luis. *"Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas"*, Cfr. en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, Editor, *"Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría"*, Vol. III, Madrid, Edit Civitas, 1991, pág 2811.).

[150] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 8 de febrero de 1999, expediente 10731, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, actor Eduardo Navarro Guarín.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392)

Actor: HUGO GIRALDO HERRERA Y OTROS

Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

De conformidad con el num. 7 del art. 33 del Reglamento Interno del Consejo de Estado -Acuerdo n.° 58 de 1999, modificado por el art. 1° del Acuerdo n.° 35 de 2001-, procedo a consignar las razones por las cuales aclaro el voto favorable a la decisión de fondo en el asunto de la referencia.

Si bien acompaño la decisión adoptada por la Sala, disiento parcialmente de la motivación acogida por ésta en cuanto reitera[151] -se destaca-:

> *Ahora, en cuanto al título de imputación como herramienta de motivación que debe ser aplicado para dar respuesta al caso concreto, la Sala considera que, en aras de materializar el valor justicia[152], **la responsabilidad del Estado en este caso se ha comprometido a título de daño especial**, por*

---

[151] Se reitera sentencia del 19 de abril de 2012, M.P. Hernán Andrade Rincón.

[152] *[26] De lo anterior se desprende, entonces, que el título jurídico más correcto para determinar la responsabilidad de reparar un daño será aquel que pase el análisis como el más justo. Pero ¿Qué es lo justo?. Es bien sabido que el tema es particularmente álgido en nuestros días y admite muchos enfoques de escuelas del pensamiento jurídico. No obstante si partimos de la aceptación de que la justicia es dar a cada uno lo suyo según la celebérrima sentencia de Ulpiano podemos explorar una respuesta. En efecto, esta definición, permite comprender lo que es la injusticia, que contrario a reconocer el Derecho, implica desconocerlo, lesionarlo, negarlo.*

entenderse que no hay conducta alguna que pueda reprochársele a la entidad demandada, quien actuó dentro del marco de sus posibilidades, así como tampoco se puede reprochar la conducta de la actora, quien se presenta como habitante del pequeño poblado de Silvia, víctima indirecta de un ataque dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil y que, en tales circunstancias le causó un perjuicio en un bien inmueble de su propiedad, trayendo para ella un ***rompimiento de las cargas públicas que debe ser indemnizado****.*

Y es que si bien ha sido claro para la Sección Tercera que la teoría del daño especial exige un factor de atribución de responsabilidad al Estado, es decir, que el hecho causante del daño por el que se reclame pueda imputársele jurídicamente dentro del marco de una "actuación legítima", ***esta "actuación" no debe reducirse a la simple verificación de una actividad en estricto sentido físico, sino que comprende también aquellos eventos en los que la imputación es principalmente de índole jurídica y tiene como fuente la obligación del Estado de brindar protección y cuidado a quienes resultan injustamente afectados****.*

En conclusión, la Sección considera que ***en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial****, habida cuenta que el daño, pese que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado.*

Como se puede observar, la Sala aplicó al caso de autos la teoría del daño especial y, fundada en esta, declaró administrativamente responsable a las demandadas por la muerte del señor Hugo Alexander Giraldo Buendía, causada por un ataque subversivo perpetrado -el 29 de marzo de 1998- "*en contra de la Estación de Policía de Puerto Rico, Caquetá, y de los despachos judiciales de esa misma localidad*".

Mi aclaración tiene que ver con que no le asiste razón a la Sección cuando acude, en el *sub lite*, al daño especial como título de imputación, dado que el inmueble de la demandante resultó afectado en un hostigamiento insurgente y no en el desarrollo -estricto- de una "*actividad legítima*" de la administración. En este orden, cabe recordar lo que la jurisprudencia ha señalado en relación con la figura -se resalta-:

> ***Cabe precisar que el Estado responde por los daños que cause de manera directa****, bien en ejercicio de una acción legítima (daño especial) o como consecuencia de una falla en la prestación de los*

servicios que le corresponde cumplir, y de manera excepcional, por los daños que causen terceros, pero cuando tales daños constituyan la materialización de riesgos creados por el mismo Estado (riesgo excepcional).

*Y el Estado responde bajo el título de imputación de **daño especial**, cuando concurren los siguientes elementos: **a)** que se desarrolle una actividad legítima de la administración; **b)** la actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona; **c)** el menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas; **d)** el rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados; **e)** debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y **f)** el caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración[153].*

(…)

*En este sentido, vale destacar que los daños causados durante una confrontación armada entre el Estado y un grupo subversivo, a las personas ajenas al conflicto que para su infortunio estuvieran cerca, no son imputables al Estado a título de daño especial, porque la aplicación de este régimen, conforme a la Jurisprudencia de la Sala, **supone siempre la existencia de una relación de causalidad directa entre una acción legítima del Estado y el daño causado, lo cual descarta, por definición, todo daño en el que el autor material sea un tercero.[154]***

No obstante lo anterior, acompaño la decisión en cuanto procedía declarar la responsabilidad de la entidad demandada, toda vez que la actora sufrió un daño que no tenía que soportar y es al Estado a quien le corresponde, en cumplimiento de los cometidos constitucionales, socorrer a las víctimas del conflicto armado interno.

Adicionalmente, cabe resaltar que como con anterioridad ya habían sucedido tres ataques terroristas en la misma localidad -entre el 22 de octubre de 1997 al 25 de mayo de 1998-, le era exigible a las entidades públicas reforzar la seguridad de los

---

[153] Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, Radicación No. 6453, Actor: Tomás A. Badillo de Ángel y otros, C.P. Daniel Suárez Hernández.

[154] Consejo de Estado, sentencia del 9 de junio de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

sitios atacados que se infería podían ser hostigados, de lo cual no hay prueba suficiente en el plenario y, por lo tanto, era menester señalar en la sentencia la falla en la prestación del servicio, pues no se demostró que el Estado haya realizado las labores encaminadas a prevenir el ataque de marras.

En los términos anteriores dejo consignado mi disenso.

Fecha *ut supra.*

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO