

PODER - Otorgamiento de poder / INDEBIDA REPRESENTACION DE LAS PARTES - Excepción

Los requisitos para el otorgamiento de los poderes se encuentran contenidos en los artículos 63 y 65 del CPC, por lo que no puede exigirse, como lo pretendió la parte demandada al formular la excepción mencionada, lo consagrado en el artículo 137 del CCA, sino que (...) es extensible lo consagrado en el artículo 142 del CCA que habilita la autenticación de la demanda tanto ante juez, como ante notario.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 142 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 63 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 65

DEMANDA - Requisitos para su admisión. Debe indicarse lo que se demanda / INEPTA DEMANDA - Artículo 137 del C.C.A. / INADMISION DEMANDA - No cumple con los requisitos del artículo 137 del C.C.A.

En el mismo numeral de dicho artículo [El numeral 4 del artículo 137 del CCA] se consagró otro presupuesto formal de la demanda, que no es aplicable con se ejerce la acción de reparación, sino que, como lo señala el precedente de la Sala, es una "exigencia normativa que, como ha señalado la jurisprudencia, al mismo tiempo demarca para el demandado el terreno de su defensa y delimita los estrictos y precisos términos del problema jurídico puesto en conocimiento del juzgador y, por ende, el campo de decisión del mismo. Por manera que en el terreno de la justicia administrativa, orientada por el principio dispositivo, el juzgador -tal y como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia- requiere para hacer su pronunciamiento de la individualización de las peticiones anulatorias, debidamente apoyadas en las razones de derecho contentivas del concepto de la violación que a juicio del actor conduzcan a la invalidación del acto administrativo atacado

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 143

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad

El artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver también: Corte Constitucional, sentencias C-037 de 2003 y -864 de 2004.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daño antijurídico. Constitucionalidad / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Daño antijurídico. Noción

El precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la

solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”. (...) es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Con relación al daño antijurídico ver también: Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996 y C-832 de 2001. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 (AG); sentencia de 2 de junio de 2005, exp. 1999-02382 (AG); sentencia de 14 de septiembre de 2000, exp.12166 y sentencia de 9 de febrero de 1995; exp. 9550.

DAÑO ANTIJURIDICO - Imputación / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Principio de imputabilidad / PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD - Noción / IMPUTACION - Ámbito fáctico. Imputación jurídica / IMPUTACION OBJETIVA - Título autónomo de responsabilidad del estado / IMPUTACION OBJETIVA - Noción

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). (...) resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. (...). Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”. (...) la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la

imputación objetiva, o de la construcción jurídica de la responsabilidad objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal.

MINA ANTIPERSONAL - Uso prohibido por el Derecho Internacional Humanitario. Revisión constitucional

De acuerdo con la Convención de Ottawa “sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”, de 1997, el sustento para que se prohíba o restrinja el uso de minas antipersonales se encuentra en la aplicación del principio del derecho internacional humanitario “según el cual el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir los métodos o medios de combate no es ilimitado, en el principio que prohíbe el empleo, en los conflictos armados, de armas, proyectiles, materiales y métodos de combate de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios”. En nuestro ordenamiento jurídico dicha Convención se incorporó mediante la ley (sic) 554 de 2000, la cual fue objeto de control de constitucionalidad por la Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: CONVENCION DE OTAWA / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 93 / LEY 554 DE 2000

NOTA DE RELATORIA: Ver también: Corte constitucional, sentencia C-991 de 2 de agosto de 2000, exp. LAT-168.

HECHO O CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Eximente de responsabilidad. Hecho de la víctima

En los más recientes precedentes las (sic) Sala parece superar la construcción jurídica que afirmaba que el hecho o culpa exclusiva de la víctima tiene alcance subjetivo, estableciendo que el juez sólo debe constatar si fue determinante, única o eficiente para la producción del daño, lo que no permite enervar la responsabilidad extracontractual del Estado. (...) No se encuentra demostrado, por ninguno de los medios probatorios aprehensibles, que el hecho o culpa de Teódulo Rodríguez Medina de desplazarse por las instalaciones de la Base Militar “Los Alpes” haya sido determinante, o fácticamente eficiente o único elemento a considerar por el juez, y que lleve a concluir que no hay lugar a formular la atribución jurídica del daño a las entidades demandadas.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Lesiones a civil por mina antipersonal. Incumplimiento al deber de vigilancia y control de campo minado / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio. Título de imputación / POSICION DE GARANTE - Incumplimiento al deber de vigilancia

La Sala llega, sin duda, a la conclusión que los indicios derivados del examen conjunto de los medios probatorios allegados al proceso permiten establecer que el daño antijurídico causado a Teódulo Rodríguez Medina es atribuible a las entidades demandadas a título de falla del servicio, por el incumplimiento a los mandatos de defensa y seguridad de toda Base Militar sujeta a Manuales y Reglamentos internos, que no fueron observados debidamente por el Sargento Torres González, ya que no se acreditó por las entidades demandadas que se haya adoptado algún control respecto a la acción desplegada por el militar mencionada, ni que se hubiera investigado disciplinariamente su conducta, pese a

poder haberse incumplido reglas militares de seguridad, control y vigilancia (...) Es propicio para la Sala este evento, para considerar que cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio afirmando la posibilidad de que la falla se consolide no sólo por el incumplimiento u omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que debió sujetarse en este caso específico, al momento de permitir el acceso de personal civil ya que el Estado se convierte en garante [posición de garante de vigilancia], a tenor de lo manifestado por el precedente de la Sala según el cual “el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual” las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: Con relación a la posición de garante de vigilancia ver la sentencia de 9 de junio de 2010, exp.19849.

PERJUICIOS - Perjuicios materiales / PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante futuro / LUCRO CESANTE FUTURO- No procede su reconocimiento por falta de acreditación / LUCRO CESANTE FUTURO - Medio probatorio

En cuanto al lucro cesante, cuando se trata de lesiones en su liquidación el juez contencioso administrativo debe observar el precedente de la Sala, especialmente que obre prueba, como un dictamen médico laboral, para que pueda reconocerse y liquidarse el lucro cesante futuro, esto es, aquel que se proyecta hasta su vida probable. (...) resulta inadmisibile el reconocimiento del lucro cesante en cabeza de los demandantes, razón por la que se modificará la sentencia de primera instancia en cuanto a este aspecto no sólo por no haberse acreditado la pérdida de capacidad laboral, que habría permitido el reconocimiento y liquidación del lucro cesante futuro, sino porque no se acreditó la realización de actividad productiva alguna, ni que de ella existiera dependencia o ayuda económica a sus padres, a su compañera permanente y a sus hijos. Sin perjuicio, y aclara la Sala, de entender que el hecho dañoso se produce dentro de una actividad que no quedó plenamente establecida si generaba remuneración económica alguna tanto Florentino Rincón, como a Teódulo Rodríguez Medina.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede consultar la sentencia de 1 de marzo de 2006, exp.17256.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIOS MORALES - Lesiones a civil por mina antipersonal / PERJUICIOS MORALES - Indemnización

La Sala confirmará la condena impuesta a las entidades demandadas por concepto de perjuicios morales, y procederá a su valoración conforme a los siguientes criterios, teniendo como fundamento lo establecido en el artículo 16 de la ley (sic) 446 de 1998.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicios morales. Presunción de dolor moral / PERJUICIOS MORALES - Presunción de dolor moral. Se presume sólo respecto del núcleo familiar vital

Respecto de los perjuicios morales en cabeza de los demandantes con ocasión de la lesión sufrida por Teódulo Rodríguez Medina, y con base en las reglas de la experiencia, se presume que para él su lesión, en las circunstancias en que ocurrió, y 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. 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA COLOMBIA - ARTICULO 42

ARBITRIO JUDICIAL O ARBITRIO IURIS - Ejercicio discrecional del juez para la tasación de perjuicios / PERJUICIOS MORALES - Tasación. Pauta jurisprudencial / PERJUICIOS MORALES - Tasación. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

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

PERJUICIOS MORALES - Principios. Proporcionalidad / PERJUICIOS MORALES - Principios Idoneidad / PERJUICIOS MORALES - Principios. Necesidad / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Aplicación

El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a la determinación de los perjuicios morales, la posición actual de la Sala de la Sección Tercera sigue los planteamientos contenidos en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp.13232 y 15646. Sobre el Test de Proporcionalidad consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, exp. 1995-10351. Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002. Con relación a perjuicios morales, con reconocimiento pecuniario, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de mayo de 1997, exp. 9536. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, fallos: 13 de abril de 2000, exp.11892; 19 de julio de 2001, exp.13086; 10 de mayo de 2001, exp. 13.475 y del 6 de abril de 2000.

PERJUICIOS MORALES - Prueba. Prueba testimonial / PERJUICIOS MORALES - Liquidación. Presunción de aflicción

Para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la

denominada “presunción de aflicción” la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial.

NOTA DE RELATORIA: Se puede consultar las providencias del 18 de marzo de 2010, exp. 32651 y 18569.

COSTAS - No condena

Para el momento en que se dicta este fallo la ley 446 de 1998 indica, en el artículo 55, que sólo hay lugar a su imposición cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, y en este proceso no se demuestra y señala la temeridad de las partes.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto dos mil once (2011)

Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08507-01(20028)

Actor: TEODULO RODRIGUEZ MEDINA Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 15 de septiembre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y César, Sala de Descongestión, mediante la cual se dispuso, declarar administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional “como consecuencia de las lesiones de que fue víctima” Teódulo Rodríguez Medina y, las condenó a pagar la indemnización por los perjuicios materiales (por concepto de daño emergente y lucro cesante) y morales causados, en el siguiente sentido:

“(…) SEGUNDO: CONDENASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL a pagar, por concepto de perjuicios materiales por

lucro cesante, las siguientes sumas de dinero: A favor del señor TEÓDULO RODRÍGUEZ MEDINA, \$15.414.598, a favor de GRACIELA SERRANO DE RODRIGUEZ, \$6.027.609; a favor de CARLOS JULIO RODRIGUEZ PEÑA, \$1.076.330; a favor de ALIX MEDINA DE RODRIGUEZ, \$1.506.633; a favor de ELKIN LEONARDO RODRIGUEZ SERRANO, \$1.271.608; a favor de CARLOS ALEXANDER RODRIGUEZ, \$1.163.871; a favor de CLAUDIA EDILIA RODRIGUEZ SERRANO, \$987.605.

CONDENASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, a reconocer y pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES la (sic) siguientes cantidades, en su equivalente en gramos de oro fino:

En favor del señor TEÓDULO RODRIGUEZ MEDINA la cantidad de: UN MIL GRAMOS DE ORO.

A favor de GRACIELA SERRANO DE RODRIGUEZ, su cónyuge, la cantidad de SEISCIENTOS GRAMOS ORO.

A favor de CARLOS JULIO RODRIGUEZ PEÑA y ALIX MEDINA DE RODRIGUEZ, sus padres: TRESCIENTOS GRAMOS DE ORO, a cada uno.

Para CLAUDIA EDILIA, CARLOS ALEXANDER Y (sic) ELKIN LEONARDO RODRIGUEZ SERRANO: QUINIENTOS GRAMOS DE ORO, a cada uno.

Las anteriores sumas se reconocerán al precio de venta que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

(...)

QUINTO: CONDÉNASE a la parte demandada a pagar las costas del proceso, tásense por secretaría” (fls.147 y 148 cp).

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Fue presentada el 22 de junio de 1994, por Carlos Julio Rodríguez Peña, Alix Medina de Rodríguez; Graciela Serrano de Rodríguez en nombre propio y en representación de los menores Claudia Edilia, Carlos Alexander y Elkin Leonardo Rodríguez Serrano, y; Teódulo Rodríguez Medina, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se declarara que la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional son administrativamente responsables por los perjuicios materiales y morales causados y que derivan de las lesiones sufridas por Teódulo Rodríguez Medina “como consecuencia de haber pisado una mina (quiebrapatas) cuando se dedicaba a las labores de aserrar madera para la Base Militar los Alpes, del Municipio de Salazar”, en hechos ocurridos el 13 de agosto de 1993. (fl.4 c1). De acuerdo con los hechos de la demanda,

“1. Los Señores (sic) **Teódulo Rodríguez Medina**, y Florentino Rincón, fueron contratados por el Capitán ALBERTO TORRES, Comandante de la Base Militar “Los Alpes” del Municipio de Salazar, Adscrita al Grupo Mecanizado Maza, para aserrar 600 tablas en dicha Base Militar.

2. El día 13 de agosto de 1993 los señores **Teódulo Rodríguez Medina** y Florentino Rincón, iniciaban su labor diaria de aserrar la madera; el Señor (sic) Teódulo Rodríguez Medina se dedicaba a buscar una palanca para levantar el roble que iba a cortar, cuando fué (sic) sorprendido por el estallido de una mina (quiebrapatas) que pisó, ocasionándole lesiones y secuelas de carácter permanente, tales como deformidad física por amputación traumática parcial del pie izquierdo.

3. El Señor (sic) **Teódulo Rodríguez Medina**, y su compañero, habían preguntado en repetidas ocasiones qué peligros existían en esa zona, y la respuesta de los militares era que no existía ningún peligro...

(...)

5. El Batallón Mecanizado Maza, desde el mismo momento de los hechos, asumió la responsabilidad de la omisión por parte de los integrantes de la Base militar (sic) "Los Alpes". Prueba de ello fué (sic) el traslado del herido al Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta en el helicóptero de la Institución y la obligación contraída con los familiares del lesionado **Teódulo Rodríguez Medina**, de cancelar los gastos necesarios tanto en el Hospital como para su recuperación; promesa que nunca se cumplió por parte del Grupo Mecanizado Maza, ya que jamás se hicieron presentes a visitarlo y menos a asumir gasto alguno. Todos los gastos, sin excepción, corrieron por cuenta de los familiares del lesionado" (fls.5 y 6 c1).

2. Actuación procesal en primera instancia

1 El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante providencia del 19 de julio de 1994 admitió la demanda (fl.47 c1), la cual fue notificada al Ministerio de Defensa Nacional por conducto del señor Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander (fl.48 c1).

2 La Nación-Ministerio de Defensa Nacional contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que se oponía a todas las pretensiones y en cuanto a los hechos algunos debían probarse y otros no le constaban (fls.51 a 56 c1).

La demandada propuso como excepciones la "indebida representación de las partes y omisión de las normas violadas y concepto de violación" (fls.53 a 55 c1).

3 Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto del 6 de diciembre de 1994 (fls.61 y 62 c1), se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público (fl.106 c1). Se advierte que encontrándose el proceso al despacho fue solicitada la audiencia de conciliación por la parte actora, la que fue convocada por auto de 30 de junio de 1999 (fl.125 c1) y celebrada el 17 de agosto de 1999 sin llegarse a ningún acuerdo (fls.131 y 132 c1).

4 La parte actora dentro de la oportunidad legal presentó sus alegatos de conclusión, reiterando lo afirmado en la demanda (fls.107 y 108 c1).

5 La parte demandada en la oportunidad legal presentó sus alegatos de conclusión, reiterando lo manifestado en la contestación de la demanda (fls.109 y 110 c1).

6 El Ministerio Público mediante el concepto 023 de 7 de abril de 1997 solicitó declarar a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional administrativamente responsable y reconocer y pagar las indemnizaciones a cada uno de los actores, argumentando,

"(...) Se presentó una falla en el servicio, por cuanto los antes mencionados no fueron advertidos de los peligros que existían en dicha zona, a pesar de haber indagado sobre los mismos.

(...)

Está claro que TEODULO RODRIGUEZ MEDINA sufrió las lesiones mientras ejecutaba un contrato verbal que tenía por objeto aserrar unas tablas, dentro de las instalaciones de la Base Militar Los Alpes, el día 13 de agosto de 1993; y que como consecuencia de la explosión de la mina que pisó se le amputó parcialmente el pie izquierdo.

(...)

Está (sic) demostrado el hecho de la amputación parcial del pie izquierdo de TEODULO RODRIGUEZ MEDINA, es apenas lógico y natural que el lesionado haya sufrido un detrimento en su patrimonio moral, al verse disminuido físicamente de por vida, a parte de los sentimientos de angustia, dolor, y aflicción que sintió en el mismo momento de los hechos y durante el lapso de recuperación.

De igual manera tanto sus padres, esposa e hijos, también (sic) sufrieron aunque en menor proporción la angustia (sic) de ver a un ser amado sufriendo y disminuido tanto moral como físicamente.

(...)

Así las cosas se debe (sic) reconocer el daño emergente de acuerdo a la suma cancelada al Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta por valor de \$26.800, actualizando la misma...

(...)

Si bien es cierto, el Lesionado (sic) sufrió la amputación parcial de su pie izquierdo, esto no significa que obligatoriamente se vea reducida su capacidad para laborar o que esta debe presumirse, ya que le corresponde a la parte Actora correr con esta carga de la prueba, cuestión que no se hizo en el presente caso, pues tan sólo existe una incapacidad por 45 días certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Seccional Norte de Santander.

(...)

Al analizar las circunstancias en que sucedió el hecho, esta Procuraduría encuentra que el Comandante de la Base Militar Los Alpes, Sargento Viceprimero ALBERTO TORRES GONZALEZ ha debido instruir en forma precisa tanto al contratista FLORENTINO RINCON RODRIGUEZ, como a su ayudante TEODULO RODRIGUEZ MEDINA sobre el sitio en que se debía realizar la labor objeto del contrato, y en ningún momento ha debido permitir movimiento de estos fuera del sitio en donde se encontraban seguros para adelantar dicha labor.

Esta omisión por parte del Comandante de la Base Militar en donde sucedieron los hechos es precisamente lo que constituye la falla del servicio, pues de todos es conocido y sabido que tratándose de sitios ocupados por las Fuerzas Militares, con carácter permanente como es una base, se deben tomar todas las precauciones para la seguridad de la vida de sus ocupantes que son los militares, como de sus ocasionales visitantes, como serían en este caso los contratistas referidos y por lo tanto no se debe permitir movimientos o traslados de personal sino dentro de las áreas destinadas para tal efecto, y no en las áreas restringidas.

(...)

Además se debe analizar, que el Comandante de la Base Militar, no ha debido permitir la entrada de una persona diferente al contratista FLORENTINO RINCON RODRIGUEZ, pues con dicha omisión se incurrió en una violación de reglamentos militares y de manejo de personal de las Bases del Ejército (sic) Nacional, donde es necesario mantener estrictamente todas las medidas de seguridad, y vigilar los movimientos no sólo del personal de la misma base, sino también (sic) y en especial de los particulares, así (sic) sea, que se encuentren desempeñando labores de cualquier tipo, contratados por el Estado.

En razón del anterior análisis, este Despacho considera que posiblemente se estructura la responsabilidad del Estado, en su modalidad de la falla presunta del servicio” (fls.112 a 116 c1).

3. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y César, Sala de Descongestión, en la sentencia de 15 de septiembre de 2000 declaró administrativamente responsable a las entidades demandadas y las condenó a indemnizar los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y los morales, fundándose en los siguientes argumentos,

“(…) del documento presentado por la abogada de la parte actora se desprende de modo inequívoco la intensión (sic) de conferirle poder a tal profesional, poder que cumple con la norma genérica de la presentación personal que, sin reñir con el artículo 142 del C.C.A., en tratándose de memoriales de poder, bien puede efectuarse ante notario, funcionario encargado de la guarda de la fe pública, bien jurídico que en últimas es el que mediante la exigencia de la presentación personal de las demandas y los poderes se busca preservar.

(…) la necesidad de invocar las normas violadas y el concepto de violación está reservado a las demandas de nulidad de actos administrativos, según el numeral 4° del artículo 137 del C.C.A., y esa no es la naturaleza de la acción que dio lugar al caso sub lite. Por lo anterior se deniegan las excepciones invocadas.

(…)

Para la sala se encuentra probado que el Comandante del Grupo Mecanizado No. 5 Maza contrató los servicios de FLORENTINO RINCON RODRIGUEZ para que aserrara una madera en terrenos de la base militar a su cargo... y que se permitió, en tal razón su ingreso a dichos terrenos en compañía, como ayudante, de TEODULO RODRIGUEZ MEDINA.. (sic) De igual forma, encuentra probado que no se advirtió a los contratistas sobre la existencia de riesgos excepcionales para ellos, como lo era la implantación al piso de minas antipersonales... pues la naturaleza del peligro, sumada a la presencia de personal civil, demandaba de los militares el despliegue de especiales y notorias medidas de seguridad...

(…)

Así las cosas, se concluye que se encuentra debidamente acreditada la falla del servicio de índole de defensa y seguridad militar que se debió prestar en el lugar de los hechos como consecuencia de la imprudencia que observó el responsable de la Base al permitir el ingreso a ella de civiles que no estaban informados del riesgo que su tránsito por el lugar generaba” (fls.143 y 144 cp).

4. El recurso de apelación

1 El 1 de noviembre de 2000 la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 15 de septiembre de 2000 del Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y César, Sala de Descongestión (fl.151 cp).

2 El a quo mediante providencia del 24 de noviembre de 2000 concedió el recurso de apelación (fl.153 cp).

3 El despacho, de la época, mediante auto de 10 de mayo de 2001 corrió traslado a la parte demandada para que sustentara el recurso de apelación interpuesto (fl.157 cp).

4 La parte demandada por escrito del 16 de mayo de 2001 sustentó el recurso de apelación reiterando lo expresado en otras instancias procesales (fls.158 y 159 cp), solicitando que se revocará en todas sus partes la sentencia de primera instancia y agregando,

“(…) estamos frente a una causal exonerativa de responsabilidad, cual es, la culpa exclusiva de la víctima, ya que el Comandante del Batallón les indicó el sitio donde se encontraban las minas, sitio éste, el cual estaba debidamente señalado dentro de la respectiva instalación militar.

(…)

... también, es cierto que no se encuentra probado (sic) la disminución de la capacidad laboral sufrida por el lesionado, luego no hay lugar a la (sic) indemnización alguna; igualmente ocurre con ls (sic) facturas allegadas al proceso no constituyen prueba alguna, puesto que son ineficaces, debido a que no fueron notificadas dentro del proceso por quienes las suscribieron” (fls.158 y 159 cp).

5. Actuación en segunda instancia

1 El despacho, de la época, mediante providencia del 12 de junio de 2001 admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl.161 cp).

2 Mediante auto del 17 de julio de 2001 se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión y en caso de solicitarse por el Ministerio Público se surtiera el trámite previsto en el inciso segundo del artículo 59 de la ley 446 de 1998 (fl.220 cp).

3 La parte demandada mediante escrito de 30 de julio de 2001 presentó sus alegatos de conclusión, reiterando lo afirmado en otras instancias procesales, agregando,

“(…) En vía de discusión la sentencia además va en contravía de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en cuanto a la tasación de indemnización de perjuicios pues en primer lugar está tomando unos parámetros como si la víctima hubiese sido muerto y no lesionado, además se está reconociendo perjuicios a los padres cuando el lesionado según se desprende de lo aportado al proceso tenía esposa o compañera e hijos y además había sobrepasado la edad para ayuda material a los padres y lo que es más incidente (sic) es que tampoco se probó en el proceso que la víctima efectivamente prestara ayuda material a los padres dada su condición de hombre casado” (fl.166 cp).

4 La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

5 La Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado por escrito de 6 de diciembre de 2001 solicitó al despacho, de la época, convocar a las partes para audiencia de conciliación (fl.172 cp). En atención a dicha solicitud, el despacho por auto de 21 de enero de 2002 fijó el 7 de marzo de 2002 para celebrar la audiencia de conciliación (fl.173 cp). La parte demandada presentó escrito en el que manifestó que no le asistía ánimo conciliatorio (fl.177 cp). No hay constancia de la realización de la audiencia de conciliación.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 15 de Septiembre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y César, Sala de Descongestión, mediante la que se declaró administrativamente responsable a las entidades demandadas y se les condenó al pago de las indemnizaciones por perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y morales.

2 La Sala observa que es competente para resolver el asunto sub judice, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios morales excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia, en aplicación del decreto 597 de 1988.

3 Previo a abordar el fondo del asunto, la Sala confirmará la decisión de primera instancia según la cual no tiene vocación de prosperidad la excepción de “indebida representación de las partes”. En relación con esta cuestión, la Sala entiende que los requisitos para el otorgamiento de los poderes se encuentran contenidos en los artículos 63 y 65 del CPC, por lo que no puede exigirse, como lo pretendió la parte demandada al formular la excepción mencionada, lo consagrado en el artículo 137 del CCA¹, sino que excluso es extensible lo consagrado en el artículo 142 del CCA que habilita la autenticación de la demanda tanto ante juez, como ante notario.

De acuerdo con el precedente jurisprudencial constitucional², el artículo 85 del CPC (que es aplicable a los poderes) establece que las firmas de los poderes deberán autenticarse por los que suscriben, mediante comparecencia o presentación personal [facultativa] ante el secretario de cualquier despacho judicial, ante cualquier notario.

La Sala encuentra oportuno sostener, como en su precedente³, que el acto de apoderamiento se sujeta a las reglas legales, y no a la interpretación caprichosa

¹ Lo que ha sido sostenido en el precedente de la Sala: sentencia de 28 de junio de 1994. Exp.6806.

² Corte Constitucional, sentencia C-646 de 2002.

³ En el precedente se sostiene: “Comoquiera que la Constitución garantiza el acceso a la Administración de Justicia, esto es, se reitera, protege la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de solicitar a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley, siempre y cuando, como complemento de esa garantía, acudir a través de un abogado, salvo que la ley disponga otra cosa, puede concluirse que el apoderado constituido para estos efectos -en los eventos en los cuales, precisamente, actúe en nombre y representación de otra persona- se encuentra habilitado para intervenir en el proceso desde el mismo momento del acto de apoderamiento, es decir, desde el momento en el cual el poderdante u otorgante, a través de un acto jurídico unilateral, recepticio, faculta a otra llamada apoderado, mandatario, procurador (entre otros calificativos) para que actúe o celebre, en nombre y por cuenta del primero, uno o varios negocios jurídicos, actuación que tendrá la connotación de judicial cuando dicha facultad se otorgue en relación con la intervención ante la Administración de Justicia. En efecto, toda vez que cualquier persona puede intervenir ante la Administración de Justicia, el apoderado que deba actuar en su representación podrá acudir y acceder ante los órganos judiciales, desde el momento en el cual el interesado lo hubiere autorizado y expresamente facultado, situación que ocurre desde el momento en el cual se otorga el poder correspondiente. Desde el momento en el cual un profesional del derecho acepta prestar sus servicios, se encuentra en el deber, dentro de muchos otros, de atender sus encargos profesionales con una “celosa” diligencia, la cual tratándose de los procesos judiciales está encaminada principalmente a desarrollar las labores adecuadas y necesarias para defender los intereses de su poderdante, entre las cuales se encuentran, por ejemplo, la atención de los procesos y de su desarrollo, presentar las solicitudes y recursos pertinentes, al igual que le corresponde estar pendiente de los términos y de las oportunidades procesales y, en general, le incumbe estar al tanto de todas las situaciones que se originen en desarrollo y en ejecución del proceso respectivo. Ahora bien, cabe advertir que no existe norma jurídica alguna que condicione la intervención y actuación del apoderado hasta tanto el órgano judicial dicte la providencia que le reconozca personería, en otras palabras, en parte alguna del ordenamiento se encuentra previsto que sólo a partir del momento de ejecutoria del auto que se reconozca personería al nuevo apoderado, lo habilita para actuar en el

que se quiera hacer y que represente una suerte de vulneración del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia. Por lo tanto, la Sala concluye que debe confirmarse que la excepción de indebida representación no tiene vocación de prosperidad, tal como lo decidió el a quo.

4 De igual manera, la Sala confirmará que la excepción propuesta de “omisión de las normas y el concepto de violación” no tiene vocación de prosperidad a tenor de lo consagrado expresamente en el numeral 4 del artículo 137 del CCA, al exigirse como requisito que debe cumplir la demanda en ejercicio de la acción de reparación directa expresar los “fundamentos de derecho de las pretensiones”. En el mismo numeral de dicho artículo se consagró otro presupuesto formal de la demanda, que no es aplicable con se ejerce la acción de reparación, sino que, como lo señala el precedente de la Sala, es una “exigencia normativa que, como ha señalado la jurisprudencia, al mismo tiempo demarca para el demandado el terreno de su defensa y delimita los estrictos y precisos términos del problema jurídico puesto en conocimiento del juzgador y, por ende, el campo de decisión del mismo. Por manera que en el terreno de la justicia administrativa, orientada por el principio dispositivo, el juzgador -tal y como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia- requiere para hacer su pronunciamiento de la individualización de las peticiones anulatorias, debidamente apoyadas en las razones de derecho contentivas del concepto de la violación que a juicio del actor conduzcan a la invalidación del acto administrativo atacado. En tal virtud, en tratándose de las acciones que tienen por objeto ejercer un control de legalidad de los actos administrativos, el accionante al formular la causa petendi tiene la carga procesal ineludible de enunciar en forma puntual y específica las normas que estima infringidas lo mismo que el concepto de la violación, habida consideración que el control asignado al contencioso administrativo no reviste, en estos casos, un carácter general, sino que, por el contrario, se encuentra estrictamente delimitado por los aspectos que el actor le solicite sean revisados”⁴. Teniendo en cuenta lo

proceso, de lo contrario, esto es en el evento en que el mencionado reconocimiento fuere un presupuesto para la intervención y actuación del abogado, éste ni siquiera podría presentar la demanda, lo cual sería a todas luces violatorio del derecho al Acceso a la Administración de Justicia y con éste del derecho de acción, además de que sería contrario a toda lógica jurídica. De lo anterior pueden deducirse dos afirmaciones: i) que el pronunciamiento que haga el operador judicial en el sentido de reconocer personería tiene efectos declarativos y no constitutivos, en la medida en que se acepta que el apoderado que decía actuar en nombre de determinada parte reúne las condiciones y requisitos para ejercer válidamente esa representación; y como consecuencia de lo anterior; ii) que cualquier pronunciamiento que sobre este aspecto se realice, sea reconocer, o no, personería, podría eventualmente afectar la validez o eficacia de los actos desarrollados por el apoderado con anterioridad al dicho pronunciamiento o afectar, en igual sentido, los actos que pretenda cumplir con posterioridad, para lo cual habría que darse el tratamiento previsto en los artículos 140 y siguientes del C. de P. C., según corresponda, pero en ningún momento tendría el efecto de habilitar el inicio de la intervención y actuaciones del apoderado, como lo alegó el recurrente, puesto que, se reitera, dicha habilitación surge con el acto de apoderamiento. En el caso concreto se encuentra que mediante memorial allegado al Despacho del Tribunal a quo el 10 de noviembre de 2008, la parte demandante otorgó poder a un nuevo apoderado para que ejerciera su defensa judicial. Analizado el poder puede observarse que el poderdante lo confirió el 4 de noviembre de 2008, según consta en la nota de presentación personal correspondiente. En consecuencia, desde el 4 de noviembre de 2008 estaba habilitado el apoderado para intervenir y actuar en el proceso, a quien ya le era exigible el deber de la “celosa” diligencia que resulta predicable de un profesional del Derecho que por sus conocimientos especializados en relación con las normas sustanciales y procesales, debía poner todo su empeño en la realización de las actividades pertinentes y adecuadas para defender los intereses de su poderdante. En este sentido no resulta acertado lo que alega el apoderado del recurrente en el sentido de justificar su falta de actuación en el proceso en la omisión por parte del Tribunal de reconocerle personería, en la medida, se reitera, que la habilitación para intervenir no surge de la citada providencia sino del acto de apoderamiento. Así pues, no había razón alguna para que el representante judicial se abstuviera de atender el proceso y estar al tanto de las actuaciones que se presentaran en este, entre ellas la sentencia y su notificación, con miras a interponer los recursos a que hubiere lugar o iniciar el incidente de regulación de perjuicios de manera oportuna”. Auto de 25 de noviembre de 2009. Exp.37451.

⁴ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp.18509.

anterior, la Sala confirma la decisión del a quo de declarar que tiene vocación de prosperidad la excepción mencionada.

5 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la demandada en el recurso de apelación, específicamente a la existencia de una causal exonerativa de responsabilidad como es el hecho o culpa exclusiva de la víctima, de manera que no cabe atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por el daño antijurídico causado como consecuencia de las lesiones sufridas por Teódulo Rodríguez Medina, en hechos ocurridos el 13 de agosto de 1994. Así mismo, la Sala se pronunciará en cuanto al reconocimiento y tasación de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), sin perjuicio de proceder a la actualización a la que haya lugar respecto a todos los perjuicios.

2. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

6 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁵ de la responsabilidad del Estado⁶ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁷ y de su patrimonio⁸, sin distinguir su condición, situación e interés⁹. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”¹⁰. Como bien se sostiene en la doctrina,

⁵ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁶ La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “*consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos*”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁷ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “*son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado*”. ALEXYS, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁸ “*La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁹ La “*razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal*”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

¹⁰ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “*Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français*”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “*Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique*”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad¹¹; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”¹².

7 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹³ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁴ tanto por la acción, como por la omisión.

8 En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”¹⁵.

¹¹ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

¹² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

¹³ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada – en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

¹⁴ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”¹⁶.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁷.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹⁸. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁹, anormal²⁰ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²¹.

9 Ahora bien, en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

¹⁸ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

¹⁹ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

²⁰ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

²¹ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”²².

10 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²³, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica²⁴. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²⁵.

11 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”²⁶. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”²⁷.

12 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”²⁸. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo

²² Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²³ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “*Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)*”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “*La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública*”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁴ El “*otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados*”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁵ “*Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas*”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], pp.6 y 7.

²⁶ “*El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre*”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

²⁷ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

²⁸ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no²⁹. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”³⁰.

13 Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad³¹ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación³² que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”³³.

²⁹ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

³⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.171.

³¹ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62.

³² “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64.

³³ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección³⁴ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible³⁵. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”³⁶.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja-

de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

³⁴ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

³⁵ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos³⁷³⁸.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante³⁹.

14 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva, o de la construcción jurídica de la responsabilidad objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no

³⁷ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁴⁰.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que el daño antijurídico y la imputación [juicio de atribución] como presupuestos para el establecimiento de la responsabilidad extracontractual, agregando que el juicio de imputación debe considerar, en la actualidad, tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

15 En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema se analizará el caso a resolver, previo abordar lo relativo al uso, disposición y manejo de minas antipersonales por parte del Estado.

4. El uso, disposición y manejo de minas antipersonales por parte del Estado.

16 En el derecho internacional humanitario y en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el uso de las minas antipersonales ha sido regulado tanto para conflictos internacionales, como para aquellos que no lo son [en el lenguaje del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra]. En ese sentido, cuando se revisó la Convención de 1980 en la materia, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) convocó a un grupo de expertos militares que concluyó en el año 1996: “Las aterradoras consecuencias humanitarias del empleo de minas antipersonal supera con creces la limitada ventaja militar. Sobre esta base, los gobiernos y toda la comunidad internacional deberían hacer todo lo posible para lograr, como una cuestión de vida o muerte, su prohibición y su eliminación”⁴¹.

17 Conceptualmente, las “minas antipersonal son artefactos explosivos de pequeña dimensión, que explotan al recibir una pequeña presión sobre una parte de su superficie. Concebidas inicialmente como armas defensivas, su descontrolada utilización en los conflictos actuales las ha convertido en uno de los armamentos más destructivos y perversos, tanto en tiempos de guerra como en períodos de paz, puesto que tienen una vida media superior a los 20 años. Pueden incluso llegar a los 50 años”⁴².

⁴⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

⁴¹ JAR COUSELO, Gonzalo. “Las minas antipersonal: ¿una cuestión resuelta?”, en RAMON CHORNET, Consuelo (ed). *Los retos humanitarios del siglo XXI*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p.75. La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 32/152, de 19 de diciembre de 1977, en su preámbulo estableció un fundamento aplicable, desde aquella época, a las minas antipersonales: “los sufrimientos de la población civil y de los combatientes podrían reducirse si se lograra un acuerdo general sobre la prohibición o restricción del empleo, por razones humanitarias, de determinadas armas convencionales, incluidas todas aquellas que puedan considerarse excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados”. ALONSO OLLACARIZQUETA, Lucía. “Las minas antipersonal”, en CENTRO DE INVESTIGACION PARA LA PAZ. *Guerras periféricas, derechos humanos y prevención de conflictos*. 1ª ed. Barcelona, Icaria, 1998, p.151.

⁴² “Existe una gran variedad de minas antipersonal, que podríamos agrupar en dos apartados: clásicas y dispersables. Las minas clásicas pueden estallar dando un salto, explotando a medio metro de altitud; pueden disparar 700 bolitas de acero, o dispersar trozos de metal en un radio de 100 metros. Desde hace un par de decenios suelen ser de plástico e indetectables, lo cual las convierte en un arma temida por las poblaciones”. FISAS, Vincec. *Cultura de paz y gestión de conflictos*. 5ª reimp. Barcelona, UNESCO; Icaria, 2006, pp.306-

18 De acuerdo con la Convención de Ottawa “sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”, de 1997, el sustento para que se prohíba o restrinja el uso de minas antipersonales se encuentra en la aplicación del principio del derecho internacional humanitario “según el cual el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir los métodos o medios de combate no es ilimitado, en el principio que prohíbe el empleo, en los conflictos armados, de armas, proyectiles, materiales y métodos de combate de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios”. En nuestro ordenamiento jurídico dicha Convención se incorporó mediante la ley (sic) 554 de 2000, la cual fue objeto de control de constitucionalidad por la Corte Constitucional, en cuyo precedente sostuvo,

“Las minas antipersonal constituyen una arma de guerra nociva y con efectos indiscriminados, a las cuales se les ha dado un uso irresponsable. Están diseñadas para matar y, en su defecto, para mutilar partes del cuerpo humano, dejando repercusiones psicológicas profundas en sus víctimas. Tienen una particularidad especial pues el daño que infligen no sólo se produce durante la situación de conflicto armado -internacional o interno-, sino que al permanecer activas indefinidamente, su amenaza se torna latente. Sus efectos no se limitan a soldados y sus propósitos a resultados exclusivamente militares sino que cobijan a la población civil cuando desarrolla las más sencillas actividades cotidianas.

(...)

Las minas antipersonal interrumpen el desarrollo económico y social de las comunidades bajo su amenaza, pues bajo el terror que imprimen dentro de su radio de acción, impiden que las personas circulen libremente hacia sus lugares de trabajo, escuelas, centros de salud y mercados, o que adelanten labores en los campos relacionadas con el cultivo de las tierras, el levantamiento de ganado, etc

(...)

El Estado colombiano suscribió dicho instrumento internacional en desarrollo de una política de defensa de los derechos humanos de sus habitantes, de humanización de sus conflictos, de protección al medio ambiente sano y de búsqueda, consecución y mantenimiento de la paz, compromiso que también ha guiado la participación en otros acuerdos internacionales. Este es un caso ejemplarizante de la adopción de un instrumento que incentiva el desarrollo del derecho internacional humanitario, al establecer límites a la conducción de la guerra, y que a la vez concientiza a los Estados hacia la necesidad de adoptar acciones preventivas frente al control o la prohibición de ciertas armas que resultan incompatibles con ese derecho”⁴³.

4. Hechos probados

19 Al expediente fue allegado oportunamente y cumpliendo las exigencias legales un material probatorio, del que se relaciona:

307. De acuerdo con la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 1997, se define en su artículo 2: Por “mina antipersonal” se entiende toda mina concebida para que explote por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona, y que incapacite, hiera o mate a una o más personas. Las minas diseñadas para detonar por la presencia, la proximidad o el contacto de un vehículo, y no de una persona, que estén provistas de un dispositivo antimaniculación, no son consideradas minas antipersonal por estar así equipadas. 2. Por “mina” se entiende todo artefacto explosivo diseñado para ser colocado debajo, sobre o cerca de la superficie del terreno u otra superficie cualquiera y concebido para explotar por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona o un vehículo”.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-991 de 2 de agosto de 2000. Exp. LAT-168.

- Certificado de nacimiento de Teódulo Rodríguez Medina, hijo de Carlos Julio Rodríguez Peña y Alix Medina Rodríguez, expedido por la Notaría Única del Círculo de Salazar de las Palmas (Norte de Santander), quien aparece registrado en el folio 475 del año 1967 (fl.12 c1).

- Certificado de nacimiento de Carmen Graciela Serrano Rodríguez, hija de Oscar Emilio Serrano y Carmen Edilia Rodríguez, expedido por la Notaría Única Villacaro (Norte de Santander), quien aparece registrada en el folio 112 del año 1961 (fl.13 c1).

- Certificación del registro de matrimonio de Teódulo Rodríguez Medina y Graciela Serrano Rodríguez, expedida por la Notaría Única de Villacaro (Norte de Santander), según la cual en el "Indicativo Serial Número 120327 del archivo del Libro Registro Civil de Matrimonios correspondiente al año de 1.993" aparece la partida de matrimonio de aquellos (fl.14 c1).

- Certificado de nacimiento de Elkin Leonardo Rodríguez Serrano, hijo de Teódulo Rodríguez Medina y Graciela Serrano Rodríguez, expedido por la Notaría Única del Círculo de Salazar de las Palmas (Norte de Santander), quien aparece registrado en el folio 6047223 del año 1991 (fl.15 c1).

- Certificado de nacimiento de Claudia Edilia Rodríguez Serrano, hija de Teódulo Rodríguez Medina y Graciela Serrano Rodríguez, expedido por la Notaría Única del Círculo de Salazar de las Palmas (Norte de Santander), quien aparece registrada en el folio 9153989 del año 1986 (fl.16 c1).

- Certificado de nacimiento de Carlos Alexander Rodríguez Serrano, hijo de Teódulo Rodríguez Medina y Graciela Serrano Rodríguez, expedido por la Notaría Única del Círculo de Salazar de las Palmas (Norte de Santander), quien aparece registrado en el folio 2718171 del año 1988 (fl.17 c1).

- Certificado de nacimiento de Alix Medina Luna, expedido por la Notaría Única del Círculo de Salazar de las Palmas (Norte de Santander), quien aparece registrada en el serial 112 del año 1943 (fl.18 c1).

- Oficio 00134/BR5-GMMAZ-S2-INT-252, de 24 de enero de 1995, del Comandante del Grupo Mecanizado No.5 Maza, en el que se dio cuenta de los hechos acaecidos el 13 de agosto de 1993.

- Oficio 039/BR5-GMMAZ-J25-IPM-775 , de 13 de febrero de 1995, del Juez 25 de Instrucción Penal Militar, mediante el cual se informó que ese despacho "no adelantó investigación alguna por hechos ocurridos el día 13 de agosto de 1.993, en la base militar de Los Alpes, municipio de Salazar, en los cuales resultó lesionado el señor TEODULO RODRIGUEZ MEDINA" (fl.76 c1).

- Oficio DAM-2001-314, de 19 de mayo de 1994, de la Jefe de División Atención Médica del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, por medio del cual se allegó copia auténtica "de la Historia Clínica 686102 de **TEODULO RODRIGUEZ MEDINA**, quien ingresa por el servicio de urgencias el 13 de agosto de 1993 por presentar Amputación (sic) Parcial (sic) de Pie (sic) Izquierdo (sic) al pisar una "mina" de explosivo" (fl.22 c1). Dicha historia clínica contenía: i) Hoja de historia clínica simplificada de trauma donde se consignó que ingresó el 13 de agosto de 1993; ii) Epicrisis.

- Oficio 000755/BR5-BISAN-S1-SL-746, de 26 de febrero de 1997, del Comandante del Batallón de Infantería No.15 “Santander”, según el cual el “Juzgado que adelantó la investigación es el Juzgado 26 de Instrucción Penal Militar con sede en Ocaña” (fl.104 c1).

- Oficio 4706-93-RM, de 16 de septiembre de 1993, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Norte de Santander, en el que se recoge los resultados del examen y valoración realizada a Teódulo Rodríguez Medina.

- Testimonio rendido por Florentino Rincón Rodríguez.

- Testimonio rendido por Ramón Eduardo Niño Blanco.

6. Problema jurídico

20 De lo anterior se pueden plantear como problemas jurídicos: 1) ¿cabe endilgar la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por los daños causados como consecuencia de las lesiones sufridas por Teódulo Rodríguez Medina al pisar una mina “quebrapatas” al interior de una instalación militar, en atención a que el resultado perjudicial no estaban ni este, ni sus familiares obligados a soportar, o ha operado la culpa exclusiva de la víctima como causa eximente de responsabilidad? 2) Siendo responsable las entidades demandadas, ¿cabe reconocer los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y en qué tasación?

7. Daño antijurídico.

21 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño antijurídico causado a Teódulo Rodríguez Medina consistente en la “amputación parcial del pie izquierdo”, como consecuencia de haber pisado una mina “explosiva” cuando se encontraba trabajando junto a Florentino Rincón aserrando madera al interior de la Base Militar “Los Alpes” ubicada en el municipio de Salazar (Norte de Santander).

22 De acuerdo con el Oficio DAM-2001-314, de 19 de mayo de 1994, de la Jefe de División Atención Médica del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, por medio del cual se allegó copia auténtica “de la Historia Clínica 686102 de **TEODULO RODRIGUEZ MEDINA**, quien ingresa por el servicio de urgencias el 13 de agosto de 1993 por presentar Amputación (sic) Parcial (sic) de Pie (sic) Izquierdo (sic) al pisar una “mina” de explosivo” (fl.22 c1). Dicha historia clínica contenía:

i) Hoja de historia clínica simplificada de trauma donde se consignó que ingresó el 13 de agosto de 1993, presentando una lesión abierta debida a onda explosiva en miembro inferior, presentando fractura en falanges (abierta), presentando como diagnóstico “Amputación parcial pie [enmendado] izquierdo por explosión”.. Además, en las observaciones se indicó: “Pte (sic) que consulta por presentar amputacion (sic) parcial del pie [enmendado] al pisar una mina + (sic) laceración 4 Dedo (sic) mano izq (sic)”. Así mismo se consignó,

“13-/93 ORTOPEDIA

20:00 – 25 años

- Traumatismo pie izquierdo por estallido de mina. Amputación.

(...)

23:30 NOTA OPERATORIA

- Bajo anestesia (ilegible) se practica exploración (ilegible) de muñoon, de pie izquierdo por amputación traumática” (fl.23 ambas caras c1).

ii) Epicrisis en la que se consignó,

“B. DIAGNOSTICO, PROCEDIMIENTO Y TRATAMIENTO

Diagnóstico Definitivo:

1. Estallido pie izquierdo por explosivo.

2. Amputación traumática parcial pie izquierdo

Procedimientos Quirúrgicos u Obstétricos Exploración - Lavado - Desbridamiento Muñón

C. ORDENAMIENTO

(...)

Paciente de 25 años quien llega a urgencias por presentar amputación parcial de pie izquierdo al pisar una “mina” de explosivos. Es llevado a cirugía el mismo día, donde se realiza exploración, lavado, debridamiento y cierre parcial de muñón, bajo anestesia epidural; sin complicaciones” (fl.26 c1).

Se trata de un daño que la víctima, Rodríguez Medina, no estaba llamado a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho⁴⁴. Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

8. Imputación de la responsabilidad

23 La Sala al abordar la imputación de la responsabilidad encuentra, en primer lugar, un escaso acervo probatorio que le exige valorar el mismo y acudir al sustento de la prueba indiciaria para poder construir jurídicamente el fundamento que permita determinar si se acreditó o no la atribución del daño antijurídico sufrido por Teódulo Rodríguez Medina en cabeza de las entidades demandadas.

24 En ese sentido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar se acreditan a partir del Oficio 00134/BR5-GMMAZ-S2-INT-252, de 24 de enero de 1995, del Comandante del Grupo Mecanizado No.5 Maza, en el que se dio cuenta de los hechos acaecidos el 13 de agosto de 1993 en los siguientes términos:

“a. Por los hechos ocurridos para la fecha y lugar, esta Unidad no adelantó informativo contra el Comandante de la Base.

(...)

c. Se desempeñaba como Comandante de la Base el señor Sargento Viceprimero ALBERTO TORRES GONZALEZ, CM 7723649.

⁴⁴ “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

d. Inicialmente el Comandante de la Base le pidió el favor de acerrar unas tablas, al señor, FLORENTINO RAMIREZ, hubo un contrato verbal el cual consistía en lo siguiente:

El aserrador sacaba tablas y se le pagaba en especie con la misma madera, asumiendo el Comando de la Base los gastos del motor (aceite y gasolina). Se llegó al acuerdo y al tercer día llegaron a trabajar, personalmente el Comandante de la Base le comunicó que existía un campo minado a una distancia considerable y que no podían transitar hacia ese sector, el cual se encontraba con su debida señalización. Luego el Comandante de la Base los condujo hacia el sitio de Trabajo, laboraron durante el día sacando un promedio de 48 tablas. Al otro día iniciaron nuevamente los trabajos aproximadamente hasta las 12:00 horas posteriormente al reiniciar el trabajo de un árbol que habían talado en la mañana necesitaban de una palanca para moverlo, fue entonces cuando el aserrador envió al ayudante de quien se desconoce su nombre a conseguir dicha palanca, y este se dirigió hacia el campo minado teniendo conocimiento del peligro con tan mala suerte que pisó una de las minas y se produjo el accidente. Inmediatamente se le prestaron los primeros auxilios, siendo trasladado al hospital de Salazar de las Palmas. Y luego por coordinación del Comandante del Grupo Mecanizado No.5 Maza, señor Teniente Coronel HENRY DOMINGUEZ MONSALVE ante el Gerente de Ecopetrol se logró el apoyo para trasladarlo al Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta.

Hago anotar, informado por el Señor (sic) SV. TORRES GONZALEZ ALBERTO, Comandante de la Base Militar que el señor TEODULO RODRIGUEZ MEDINA, en ningún momento fue contratado por la Base Militar, para realizar el corte de la madera sino que fue contratado por el señor FLORENTINO RAMIREZ.

El Comandante del Grupo para el 13 de Agosto de 1.993 era el señor Teniente Coronel HENRY DOMINGUEZ MONSALVE, y al parecer tuvo conocimiento de los hechos sucedidos” (fls.64 y 65 c1).

Así mismo, obra el testimonio rendido por Florentino Rincón Rodríguez en el que afirmó,

“PREGUNTADO: Sírvase decir si el señor Capitán ALBERTO TORRES, Comandante de la Base militar (sic) Los Alpes lo contrató o mejor celebró un contrato con Ud. (sic), y el señor TEODULO RODRIGUEZ MEDINA en caso positivo en qué consistió dicho contrato? CONTESTO: Sí yo hice el contrato él me dijo que fuera y le cortara las tablas mas (sic) o menos unas 200 si de precio si no hablamos que a los que las cortara buscara madera y me hiciera yo pago de la misma madera pero al fin (sic) no se llevó a cabo porque como sucedió la vaina esa al segundo día de estar trabajando no acabé yo el contrato. PREGUNTADO: Sírvase decir la fecha en que Ud, (sic) y TEODULO RODRIGUEZ iniciaron ese trabajo? CONTESTO: Eso si no me acuerdo la fecha, pero fue en el /93 va a hacer dos años PREGUNTADO: Sírvase decir qué oficio comenzó a desempeñar ese día el señor TEODULO RODRIGUEZ MEDINA? CONTESTO Pues ese día cortamos el primer palo ya al segundo día nos mandó cortar el segundo palo en toda la base que fue cuando pasó el caso y el (sic) estaba con nosotros al caer el palo yo mandé al ayudante a Teódulo lo mandé cortar una palanca para mover la rola en ese momento fue el caso y ahí fue donde totió (sic) la mina si enseguida lo echamos pa (sic) cá (sic) a él le trozó casi la patica lo loevamo al hospital, le

cortaron o sea allá mismo el quedo sin pie, le quedó el mero tubillo enseguida lo echamos pacá (sic) pal (sic) hospital y de ahí el Sargento sin duda que asustado llamó a Cúcuta al Batallón y el helicóptero en tanto llegó, ya había llegado a la laguna cuando el helicóptero lo recigió (sic) y lo llevaron para Cúcuta al Hospital Herasmo (sic)... PREGUNTADO: Dígale al despacho si Ud, (sic) y TEODULO RODRIGUEZ MEDINA habían preguntado en varias oportunidades a los militares si existía algún peligro o qué peligros existían (sic) en la zona donde iban Uds (sic) a realizar su trabajo? en (sic) caso positivo qué respuesta obtuvieron de los militares? CONTESTO Que no existía peligro ninguno y nosotros confiados nos metimos a trabajar... lo operaron pero fue por cuenta de la familia claro que el (sic) manda mas (sic) el Coronel en Cúcuta nos dijo que ellos se hacían (sic) cargo de los gastos y nos ofreció dos marranos por cuenta de él y no cumplió" (fls.80 y 83 c1).

25 De los anteriores medios probatorios cabe extraer: i) es cierto que el Sargento Alberto Torres González permitió el acceso de Florentino Rincón y de su ayudante Teódulo Rodríguez Medina a las instalaciones de la Base Militar para realizar una actividad, específicamente para aserrar una madera; ii) que en la mencionada instalación militar había un "campo minado"; iii) que los mencionados señores realizaron la actividad manifestada desde el 12 y hasta el 13 de agosto de 1993, fecha ésta en la que ocurrió el hecho dañoso; iv) el día 13 de agosto de 1993, cuando realizaban la actividad acordada con el Sargento Torres González, Florentino Rincón envió a su ayudante Teódulo Rodríguez Medina a buscar una palanca, necesaria para seguir desarrollando su trabajo, y en su trayecto pisó una mina "explosiva", que le ocasionó las lesiones que ya han sido objeto de valoración como daño antijurídico que no estaba llamado a soportar Teódulo Rodríguez Medina; v) es cierto, también, que a Teódulo Rodríguez Medina le prestaron la atención médica inicial y lo trasladaron a un centro médico del municipio de Salazar, para luego transferirlo al Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta.

Por otra parte, no encuentra la Sala prueba completa y determinante, o indirecta y suficiente respecto a: i) que tanto Florentino Rincón, como Teódulo Rodríguez Medina hubieran sido avisados, informados u orientados, en la Base Militar a donde se les permitió el acceso, con relación a áreas o zonas restringidas de acceso o que representaban riesgo, específicamente de la existencia de un campo minado en su interior. Sólo obra el oficio 00134/BR5-GMMAZ-S2-INT-252, de 24 de enero de 1995, que como prueba no se encuentra corroborada, o contrastada con cualquier otro medio probatorio que permitiera alcanzar la convicción respecto a la acción desplegada por el Sargento Torres quien los contactó directamente, o del Comandante o mando militar que tenía la dirección de la Base para el día de los acontecimientos; ii) no se logra demostrar que el Sargento Torres González o alguno de los mandos militares, o subordinados hayan conducido a Rincón y a Rodríguez Medina hasta el lugar donde iban a realizar la actividad, esto es, donde debían aserrar la madera; iii) no se conoce con base en qué tipo o modalidad de acuerdo, contrato o servicio los señores Florentino Rincón y Teódulo Rodríguez Medina pactaron con el Sargento Torres González, sólo que si se realizaron actividades laborales al interior de la instalación militar durante los días 12 y 13 de agosto de 1993.

26 La Sala, apreciando el acervo probatorio fundado en el principio de la sana crítica y en un análisis conjunto, armónico y coherente, aborda lo relativo a la existencia de una causal exonerativa de responsabilidad como es el hecho o culpa exclusiva de la víctima [propuesto por la demandada en su recurso de apelación]. En cuanto a esta causal, para la Sala cabe aproximar [brevemente], y con el

objetivo de dotar de continuidad al precedente, el tratamiento que se ha dado a dicha causal.

Uno de los primeros precedentes de la Sala, en plena transición entre la vigencia de la Carta Política de 1991 y la superación de aquella de 1886, señaló que el hecho o culpa exclusiva de la víctima debe reunir unas características:

“Para que la culpa de la víctima se tipifique se deben dar los siguientes elementos: a) Una relación causal entre el hecho de la víctima y el daño. Si la víctima no contribuye en alguna forma a la producción del evento perjudicial, su conducta no puede tener repercusiones en el campo de la responsabilidad; b) El hecho de víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor, y c) Debe ser ilícito y culpable. Cualquier circunstancia particular del caso no puede aceptarse como hecho de la víctima, pues se corre el riesgo de pecar por informalidad jurídica en la aplicación de la ley y el derecho, al caso concreto”⁴⁵.

Posteriormente, el precedente se orientó hacia el fundamento de esta causal en una dimensión subjetiva, entendiendo “que la conducta de la víctima, contribuyó a la realización del resultado dañoso”⁴⁶, de tal manera que se indagaba si voluntariamente o no el sujeto que demandaba la indemnización se había asumido el evento que representaba un potencial riesgo, total o parcialmente. Dicho precedente tuvo una matización en u otro precedente de la Sala, en el que se sostuvo que la “la ausencia de valoración del riesgo por parte de las víctimas constituye una conducta negligente relevante”, de tal manera que se llega a valorar que “la causa eficiente y adecuada del daño sí fue, efectivamente, la culpa exclusiva de las víctimas”⁴⁷.

En otros precedentes, la Sala funda la aplicación del hecho o culpa exclusiva de la víctima, causal exonerativa de responsabilidad, en los criterios de imprevisibilidad e irresistibilidad, adoptados como criterios genéricos que operan para las denominadas “causas extrañas” [fuerza mayor y hecho de un tercero, además]. De acuerdo con este precedente,

“La Sala, en numerosas sentencias, ha reconocido la imprevisibilidad e irresistibilidad del suceso invocado por la entidad demandada como eximente de responsabilidad, bajo la modalidad del hecho exclusivo de la víctima, circunstancias que deberán examinarse en cada caso concreto”⁴⁸.

Sin embargo, en los más recientes precedentes las Sala parece superar la construcción jurídica que afirmaba que el hecho o culpa exclusiva de la víctima

⁴⁵ Sentencia de 17 de octubre de 1991. Exp.6644. Dichas características fueron matizadas, o si se quiere ajustadas en un precedente posterior, sentencia de 10 de agosto de 2005. Exp.15127, en el que se vino a sostener que la “culpa de la víctima para que se constituya en exonerante de responsabilidad, como en este caso, debe contener las siguientes características; primera: que sea causal a la realización del daño y segunda: que no sea imputable al demandado, es decir que éste no haya provocado el daño”.

⁴⁶ Sentencia de 9 de noviembre de 1995. Exp.10823. Construcción jurídica que tuvo continuidad en la sentencia de 10 de febrero de 2000. Exp.11582, según la cual: “Los antecedentes probados dan cuenta que ese hecho tuvo como causa una conducta irregular del Estado, nacida del comportamiento de Agente suyo con arma de dotación oficial. En cuanto a la concurrencia de la víctima en la causación del daño, la Sala no encuentra configurada de ninguna manera, culpa atribuible a la víctima con potencialidad de justificar la reducción del quantum indemnizatorio. Sobre este particular la Sala desea precisar que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el quantum indemnizatorio (Art. 2.357 Código Civil) es el que contribuye en la producción del hecho dañino - *concausa* -; es decir, cuando la conducta de la persona dañada participa de manera cierta y eficaz en el desenlace del resultado”. Así mismo, en las sentencias de 20 de febrero de 2003. Exp.14144; de 29 de enero de 2004. Exp.14590.

⁴⁷ Sentencia de 1 de marzo de 2006. Exp.13764.

⁴⁸ Sentencia de 23 de abril de 2008. Exp.16235.

tiene alcance subjetivo, estableciendo que el juez sólo debe constatar si fue determinante, única o eficiente para la producción del daño, lo que no permite enervar la responsabilidad extracontractual del Estado.. En ese sentido, se sostiene que para,

“(...) efectos de que opere el hecho de la víctima como causal eximente de responsabilidad, es necesario determinar si su proceder –activo u omisivo– tuvo injerencia, o no, en el daño y en qué medida... se insiste, para definir si habría sido la actividad de la víctima la causa eficiente del daño, deben analizarse sus actos y las consecuencias... En ese orden de ideas, debe reiterarse que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima sea causa del daño y que constituya la raíz determinante del mismo”⁴⁹.

El anterior precedente ha tenido continuidad, y ha sido ampliado argumentándose,

“En otros términos, no es la voluntariedad del hecho de la víctima lo que determina la causa del daño, por lo tanto, ésta puede actuar de manera involuntaria o aún sin consciencia de lo que hace, su actuación se puede explicar por el descuido de quien tenía su guarda y, sin embargo, ese hecho cuando sea la causa eficiente del daño exonerará de responsabilidad a la entidad demandada... Cabe reiterar, como lo ha precisado la Sala que en los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser causa única o concurrente del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad, porque si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa. En pocos términos: en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa eficiente del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurren en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción”⁵⁰.

En atención a lo anterior, la Sala dará continuidad al precedente en la materia de manera que para el caso concreto no se encuentra demostrado, por ninguno de los medios probatorios aprehensibles, que el hecho o culpa de Teódulo Rodríguez Medina de desplazarse por las instalaciones de la Base Militar “Los Alpes” haya sido determinante, o fácticamente eficiente o único elemento a considerar por el juez, y que lleve a concluir que no hay lugar a formular la atribución jurídica del daño a las entidades demandadas, por el contrario lo determinante [y sin que haya lugar a considerar si se omitió deber objetivo de cuidado alguno por parte de la víctima] está constituido por el cúmulo de omisiones y de incumplimientos que se producen por parte de la entidad demandada, a los que la Sala llega fundándose

⁴⁹ Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp.18320.

⁵⁰ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17179.

indiciariamente en los presupuestos de los hechos probados, consistentes en i) permitir el ingreso de personal civil a la Base Militar sin un control adecuado a las normas y reglamentos institucionales; ii) la falta de aviso, información o advertencia [corroborado por el propio Florentino Rincón, quien fue contactado para realizar la labor por parte del Sargento Torres González] de las áreas, zonas o lugares que representaban riesgo o amenaza, o que estaban restringidos en su acceso a personal civil, mucho más cuando en el oficio de 24 de enero de 1995 se aceptó que en la instalación militar existía un campo minado, que conforme a las normas, reglamentos y reglas de la experiencia supone la necesidad de estar debidamente señalado, o por lo menos debe contar con una advertencia de área o zona restringida para cualquier desplazamiento, no sólo por parte del propio personal militar, sino con mayor rigor del personal civil permanente, ocasional o temporal que acuda, frecuente o permanezca en la Base Militar por diferentes motivos, para nuestro caso en actividades laborales; iii) la falta de control y supervisión por parte del Comandante, o de quien se encontraba al mando de la instalación del personal civil que se encuentra al interior de una instalación militar, incumpliendo mandatos no sólo de seguridad, sino también de diligencia cuando se trata de lugares o ubicaciones en los que se debe responder con mayor rigor con el control de actividades, desplazamientos y movimientos.

27 La Sala llega, sin duda, a la conclusión que los indicios derivados del examen conjunto de los medios probatorios allegados al proceso permiten establecer que el daño antijurídico causado a Teódulo Rodríguez Medina es atribuible a las entidades demandadas a título de falla del servicio, por el incumplimiento a los mandatos de defensa y seguridad de toda Base Militar sujeta a Manuales y Reglamentos internos, que no fueron observados debidamente por el Sargento Torres González, ya que no se acreditó por las entidades demandadas que se haya adoptado algún control respecto a la acción desplegada por el militar mencionada, ni que se hubiera investigado disciplinariamente su conducta, pese a poder haberse incumplido reglas militares de seguridad, control y vigilancia.

28 De igual manera, por haberse permitido el ingreso de civiles sin la adopción de las más elementales medidas de seguridad, especialmente aquellas destinadas a supervisar el área donde debían realizar la actividad y, a indicar o, por lo menos advertir clara y concretamente qué áreas o zonas de la Base Militar tenían un acceso restringido al personal civil, a sabiendas que en la misma existía un campo minado, que por razones de defensa y seguridad no podía divulgarse o desvelarse a cualquier individuo, lo que no impedía, ni permitía que no se cumpliera con la diligencia debida que se esperaba para evitar un accidente como el que se produjo y que le representó a Rodríguez Medina la pérdida parcial de su pie izquierdo, que no se resolvía con la simple indicación circunstancial que se señaló en el oficio de 24 de enero de 1995, sino que exigía un deber de cuidado cualificado en cabeza de las entidades demandadas, y específicamente del Comandante, oficial o suboficial que haya sido encargado de supervisar la presencia de los civiles durante su trabajo.

29 Es propicio para la Sala este evento, para considerar que cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio afirmando la posibilidad de que la falla se consolide no sólo por el incumplimiento u omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que debió sujetarse en este caso específico, al momento de permitir el acceso de personal civil ya que el Estado se convierte en garante [posición de garante de vigilancia], a tenor de lo manifestado por el precedente de la Sala según el cual “el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual ” las

autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”⁵¹.

30 Con base en los anteriores argumentos, la Sala confirmara la sentencia del *a quo* que declaró administrativamente responsables a las entidades demandadas y procederá a valorar lo apelado por estas en cuanto a los perjuicios reconocidos en el fallo de instancia, no sin antes advertir que con fundamento en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 que establece como principios sustanciales de la reparación del daño su integralidad y la equidad, la Sala actualizará en caso de ser procedente, conforme a lo que se demuestre, las sumas de dinero por concepto de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y morales a que haya lugar. Dichos principios sustancialmente no implican vulneración alguna del artículo 357 del CPC.

9. Perjuicios

31 En su apelación la parte demandada solicitó que no se reconociera los perjuicios por concepto de lucro cesante por haberse demostrado la disminución de la capacidad laboral sufrida por Teódulo Rodríguez Medina, así como que no se reconociera el daño emergente al no haber sido ratificadas las facturas allegadas al proceso.

32 En cuanto al lucro cesante, cuando se trata de lesiones en su liquidación el juez contencioso administrativo debe observar el precedente de la Sala, especialmente que obre prueba, como un dictamen médico laboral, para que pueda reconocerse y liquidarse el lucro cesante futuro, esto es, aquel que se proyecta hasta su vida probable. Para el caso concreto no obra medio probatorio alguno que permita demostrar cuál y en qué medida se produjo la pérdida de capacidad laboral de Teódulo Rodríguez Medina, sino que sólo aparece el Oficio 4706-93-RM, de 16 de septiembre de 1993, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Norte de Santander, en el que se recoge los resultados del examen y valoración realizada a Teódulo Rodríguez Medina, consignándose,

“Examinado hoy a las 11 y 45, al examen físico (sic) presenta amputación del tercio distal del pie izquierdo con cicatriz granulante en extremo del muñón.

(...)

Incapacidad médico legal provisional (45) CUARENTA Y CINCO días” (fl.30 c1).

Luego, la Sala encuentra que debe estudiarse si procede el reconocimiento y la liquidación del lucro cesante consolidado, en función del término de la incapacidad prescrita y, sólo a favor del lesionado, ya que no obra prueba diferente al testimonio de Ramón Eduardo Niño Blanco, quien es amigo de la familia y resulta insuficiente y sospechoso, por la cercanía a la familia del lesionado, al afirmar,

“PREGUNTADO: Sírvase decir, si uno o todos de los señores que acaba de mencionar para el año 1.993, contribuían al sostenimiento económico de Carlos Julio Rodríguez Peña y Alix Medina de Rodríguez --- CONTESTO Este muchacho Teodulo, que le dicen TUTO, el contribuía con su trabajo ayudándole a don Carlos Julio porque es un señor de edad y está enfermo. PREGUNTADO: Sabe Ud. (sic) em (sic) que (sic) proporción económica ayudaba Teódulo Rodríguez a su padre

⁵¹ Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp.19849.

CONTESTO: En un ochenta por ciento, o sea le ayudaba a trabajar en la finca, porque el que estaba al frente de la finca era él, y también ayudaba por fuera en la cuestión de madera, ayudante de aserrador de madera. PREGUNTADO Dígale al despacho como eran las relaciones afectivas entre Teódulo Rodríguez Medina y sus señores padres CONTESTO: Se llevaban muy bien, como hijo apadre (sic) y padre a hijo ellos se llevaban muy bien” (fl.78 c1).

Apreciado el testimonio, se encuentra que por razón de sus sentimientos y cercanía el declarante no podía ofrecer credibilidad que hubiese permitido el reconocimiento del lucro cesante a favor de los actores, máxime cuando en el expediente no obra otro medio probatorio con el que se pueda de manera conjunta y armónica determinar si Teódulo Rodríguez Medina se dedica principal u ocasionalmente a la actividad de aserrar, o si realizaba cualquier otra, de manera que resulta inadmisibile el reconocimiento del lucro cesante en cabeza de los demandantes, razón por la que se modificará la sentencia de primera instancia en cuanto a este aspecto no sólo por no haberse acreditado la pérdida de capacidad laboral, que habría permitido el reconocimiento y liquidación del lucro cesante futuro, sino porque no se acreditó la realización de actividad productiva alguna, ni que de ella existiera dependencia o ayuda económica a sus padres, a su compañera permanente y a sus hijos. Sin perjuicio, y aclara la Sala, de entender que el hecho dañoso se produce dentro de una actividad que no quedó plenamente establecida si generaba remuneración económica alguna tanto Florentino Rincón, como a Teódulo Rodríguez Medina. De esta manera, la Sala da continuidad al precedente según el cual,

“(…) el Código Civil EL LUCRO CESANTE es la ganancia o el provecho que deja de reportarse (art. 1614), esto es la pérdida de un interés futuro a un bien que todavía no corresponde a una persona. Este daño como cualquiera otro debe indemnizarse, si se prueba, y en lo causado. La explicación que se da a esa regla se apoya en otro principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la ‘víctima’; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima; por ello el daño es la medida del resarcimiento”⁵².

33 En cuanto al daño emergente, encuentra la Sala que la sentencia de primera instancia no reconoció, ni liquidó indemnización alguna por este rubro, razón por la cual encuentra que no le asiste razón en su apelación a la parte demandada, y no habiendo lugar a pronunciarse acerca del mismo en atención al respeto que exige lo consagrado en el artículo 357 del CPC.

34 Finalmente, la Sala confirmará la condena impuesta a las entidades demandadas por concepto de perjuicios morales, y procederá a su valoración conforme a los siguientes criterios, teniendo como fundamento lo establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los demandantes con ocasión de la lesión sufrida por Teódulo Rodríguez Medina, y con base en las reglas de la experiencia, se presume que para él su lesión⁵³, en las circunstancias

⁵² Sentencia de 1 de marzo de 2006. Exp.17256.

⁵³ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: “Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos de tristeza y dolor, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima del daño antijurídico causado por el Estado, señor Forigua Panche, así como en las de sus padres, hija menor de edad y cónyuge o compañera permanente,

en que ocurrió, y 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 sociedad⁵⁴. 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 Política⁵⁵.

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

Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la 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 relación con el perjuicio moral, el precedente de la Corte Suprema de Justicia sostiene su carácter inconmensurable, 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”⁵⁶.

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales. En cuanto al fundamento de este test, el precedente jurisprudencial constitucional establece,

“La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente,

razón por la cual, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones, se reconocerá y dispondrá el pago de este rubro del perjuicio a los demandantes”. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp.13168.

⁵⁴ Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569.

⁵⁵ 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”. Sentencia de 26 de febrero de 2009. Exp.16727.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

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.

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 igualdad⁵⁷. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos

⁵⁷ 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

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.

Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada⁵⁸ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución⁵⁹ (subrayado fuera de texto).

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la determinación y dosificación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que el precedente jurisprudencial constitucional señala,

⁵⁸ Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

“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 pecuniariamente⁶⁰, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas⁶¹, el perjuicio estético causado⁶² o el daño a la reputación⁶³. 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 oro⁶⁴⁶⁵.

El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto⁶⁶.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad,

⁶⁰ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

⁶¹ 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.”

⁶² 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

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, 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.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁶⁶ 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.

desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

De acuerdo con lo anterior, para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada “presunción de aflicción” la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial.

Para el caso concreto, la lesión sufrida por Teódulo Rodríguez Medina es una circunstancia que debía producir una afectación evidente y sustancial en su esfera moral, y la de sus inmediatos familiares, atendiendo a los nexos o lazos propios a la construcción de la idea de familia, garantizada nuclearmente por el artículo 42 de la Carta Política. Y sin duda, se trata de un perjuicio cuya intensidad, necesidad y proporcionalidad debe orientarse hacia sus efectos imborrables y perennes, cuando se trata de valorar el socavamiento de los sentimientos relacionados con la huella que representa permanentemente verse con dicha lesión en su miembro inferior izquierdo, cuya superación no se encuentra sólo en la compensación económica.

Pese a esto, la Sala mantiene el fundamento compensatorio de valoración y tasación del perjuicio moral, advirtiendo que el mismo no es suficiente para dejar indemne a aquel que lo sufre, ni para responder a la máxima de la restitutio in integrum. Lo anterior, tiene sustento doctrinal cuando se afirma que el “hombre libre y su integridad física están muy por encima de semejante tasación pecuniaria

(liberum corpus nullam aestimationem recipit, D.9,1,3; D.9,3,7)”⁶⁷. La compensación económica, por lo tanto, ofrece sólo una forma de satisfacción que obra en virtud del sentimiento de justicia y de la búsqueda del reequilibrio del bienestar del afectado⁶⁸.

En atención a lo sostenido, la Sala reconocerá los perjuicios morales y los tasará conforme al factor establecido en el precedente de la Sala de 2001. Con base en lo anterior, la Sala liquidará la indemnización por los perjuicios morales a favor de los demandantes, en las cantidades siguientes:

Si solamente se encuentra satisfecho el requisito de **idoneidad** se concederá de la siguiente forma:

	Con convivencia	Sin convivencia pero con relación de cercanía	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)
Familiares inmediatos y cónyuge	50 SMMLV	10 SMMLV	5 SMMLV
Familiares derivados	20 SMMLV	5 SMMLV	2 SMMLV

En cuanto al lesionado, la tasación se hará conforme a la intensidad, necesidad y proporcionalidad que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción de verse con la amputación parcial de su pie izquierdo. De acuerdo con lo anterior, los perjuicios morales quedarán tasados para los actores de la siguiente manera:

Teódulo Rodríguez Medina(lesionado)	60smlmv
Graciela Serrano de Rodríguez (esposa)	50 smlmv
Claudia Edilia Rodríguez Serrano (hija)	50 smlmv
Carlos Alexander Rodríguez Serrano (hijo)	50 smlmv
Elkin Leonardo Rodríguez Serrano (hijo)	50 smlmv
Carlos Julio Rodríguez Peña (padre)	10 smlmv
Alix Medina de Rodríguez (madre)	10 smlmv

35 Finalmente, no habrá lugar a condenar en costas porque para el momento en que se dicta este fallo la ley 446 de 1998 indica, en el artículo 55, que sólo hay lugar a su imposición cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, y en este proceso no se demuestra y señala la temeridad de las partes.

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

FALLA

⁶⁷ FISCHER, Hans. A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, p.227.

⁶⁸ “Si la indemnización en metálico no puede restablecer por sí el equilibrio perturbado de nuestro bienestar, puede procurar la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño”. FISCHER, Hans. A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, p.228.

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia apelada de 15 de septiembre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y César, Sala de Descongestión, la que quedará en su parte resolutive de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARESE administrativamente responsable la NACIÓN.MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, por los daños y perjuicios sufridos por los demandantes TEÓDULO RODRIGUEZ MEDINA, CARLOS JULIO RODRIGUEZ PEÑA, ALIX MEDINA DE RODRIGUEZ, GRACIELA SERRANO DE RODRIGUEZ, CALUDIA EDILIA, CARLOS ALEXANDER Y (sic) ELKIN LEONARDO RODRIGUEZ SERRANO como consecuencia de las lesiones de que fue víctima el primero de los citados, en las circunstancias descritas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, a reconocer y pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES las siguientes cantidades, en su equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes: a favor de TEÓDULO RODRÍGUEZ MEDINA la suma equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes; a favor de GRACIELA SERRANO DE RODRIGUEZ, su cónyuge, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes; a favor de CARLOS JULIO RODRIGUEZ PEÑA y ALIX MEDINA DE RODRIGUEZ, la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno; a favor de CLAUDIA EDILIA, CARLOS ALEXANDER Y (sic) ELKIN LEONARDO RODRIGUEZ SERRANO, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

TERCERO: DENIEGASE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. La NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Sin condena en costas”

SEGUNDO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen”

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

PERJUICIOS MORALES - Reiteración posición Sala / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Inaplicabilidad en la determinación de perjuicios morales

En mi criterio, la providencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646 (...) el perjuicio o daño moral a diferencia de lo sostenido en la sentencia no puede ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables (...) el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es a cubrir con un velo de “aparente” o “presunta” objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del arbitrio juris. Así las cosas, la supuesta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un equivocado argumento que consiste en equiparar el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a la determinación de los perjuicios morales, la posición actual de la Sala de la Sección Tercera sigue los planteamientos contenidos en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp.13232 y 15646.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto dos mil once (2011)

Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08507-01(20028)

Actor: TEODULO RODRIGUEZ MEDINA Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien compartí la decisión adoptada el 19 de agosto de 2011, aclaro el voto en relación con un aspecto contenido en la parte motiva.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En el proveído, en cuanto concierne a la reparación del perjuicio moral se señaló que el mismo se determinaría de conformidad con el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, se indicó una metodología para determinar el *quantum* indemnizatorio de conformidad con un sistema escalonado que se presenta a través de cuadros, con empleo del sistema cartesiano, y tiene en cuenta los siguientes escenarios o hipótesis (páginas 35 a 42 de la sentencia):

1) Si sólo se cumple con el requisito de idoneidad, habrá lugar a verificar si el peticionario es un familiar inmediato o el cónyuge del occiso o el lesionado, o si es un familiar “derivado” como lo denominad la sentencia para, luego, verificar las siguientes variables: i) si existía convivencia, ii) si no existía convivencia pero sí relación de cercanía o iii) sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción del registro civil).

Bajo este escenario la indemnización máxima podría llegar hasta 50 SMMLV, si se trata de un familiar inmediato o cónyuge con convivencia, mientras que la mínima sería de 2 SMMLV si quien reclama es un familiar derivado sin convivencia y sin relación de cercanía, quien sólo allegó su registro civil que demuestra el parentesco.

2) Si concurren los requisitos de idoneidad y necesidad, la liquidación se haría con fundamento en las mismas variables pero, en este supuesto, la reparación podría llegar hasta 80 SMMLV para los familiares inmediatos o el cónyuge cuando exista convivencia y el mínimo, al igual que en el escenario anterior sería de 2 SMMLV.

3) Si se validaran los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, la indemnización podría llegar hasta 100 SMMLV cuando el daño lo padece un familiar directo o el cónyuge, siempre que demuestre convivencia con el lesionado o el occiso, y el monto mínimo sería de 10 SMMLV si sólo se acredita parentesco derivado con la víctima.

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y metodologías transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Sea lo primero advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un *obiter dictum* que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia.

En ese orden de ideas, es preciso advertir que el principio de proporcionalidad que se prohíja en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el *arbitrio juris*, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de

otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética.

2. En mi criterio, la sentencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurrió de la siguiente forma:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”⁶⁹

De allí que, la aplicación –a mi modo de ver errónea e inadecuada– del principio de proporcionalidad o de ponderación para la fijación del monto o quantum indemnizatorio del perjuicio moral debió ser sometida a consideración de los miembros de la Sala Plena de la Sección Tercera, ya que supone un drástico giro respecto del criterio jurisprudencial transcrito.

3. De otro lado, estoy convencido que el perjuicio o daño moral a diferencia de lo sostenido en la sentencia no puede ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

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

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

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

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

“2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

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

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

“Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para

alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.**”⁷⁰ (Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico por medio del cual se establecen cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “*adecuada*” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la mas “*benigna*” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “*compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad*”.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación⁷¹, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación⁷². El primero se explica así: “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”⁷³. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “*per se*” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados⁷⁴.

⁷⁰ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

⁷¹ La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” *Ibidem*, pág. 575.

⁷²Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

⁷³Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. *Ibidem* pág. 99.

⁷⁴*Ibidem*, p. 101 a 103.

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

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

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

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”⁷⁵

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

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

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

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”⁷⁶

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad que se refleja en la sentencia es inadecuado, ya que no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o derechos fundamentales, y mucho menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Por el contrario, el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es a cubrir con un velo de “aparente” o “presunta” objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del *arbitrio juris*.

4. Así las cosas, la supuesta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un equivocado argumento que consiste en equiparar el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

Nada más alejado de la realidad, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

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

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación —la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer

⁷⁶ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfiaba hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”⁷⁷

Por consiguiente, desde mi perspectiva, lejos de que en el fallo se haya aplicado un criterio objetivo de liquidación del perjuicio moral, se devela bajo el epígrafe del principio de proporcionalidad una concreción del arbitrio judicial, ya que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a diferencia de lo sostenido en la sentencia no aportan elementos nuevos a la controversia de cuál debe ser la metodología para liquidar la afectación a bienes o intereses jurídicos inconmensurables.

5. El criterio que se defiende y prohíja en esta aclaración de voto es el mismo que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, y que reafirmó de manera reciente en pronunciamiento que por su importancia se transcribe, *in extenso*⁷⁸:

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

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

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

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

“(…) El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el hecho, *ad exemplum*, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad -*verbi gratia*, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

⁷⁷ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

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

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

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

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

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

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

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “*no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado*” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... *económicamente inasibles* ...” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “*esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis*”,

“tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...’ (G. J. Tomo LX, pág. 290)”. (sentencia del 10 de marzo de 1994)” (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

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

“(…) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

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

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

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

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

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

Lo anterior se evidencia de forma palmaria en la sentencia, puesto que al margen de la carga argumentativa que defiende la pertinencia del principio de proporcionalidad, lo cierto es que cuando se liquida para el caso concreto el daño moral no se tienen en cuenta ni la idoneidad, ni la necesidad, así como tampoco el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto, se itera, no existen dos o más elementos que ponderar. De ese modo, se retorna al arbitrio judicial de manera inexorable, al margen de que se defienda la relevancia del principio de proporcionalidad.

6. Ahora bien, por la vía de la aplicación del incorrecto principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se pueden llegar a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, pues si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir –a diferencia de lo sostenido por el proyecto– un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto⁷⁹.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad que se defiende en la sentencia, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar,

⁷⁹ Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: “C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes.

habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo⁸⁰.

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

De allí que resulte oportuno formularse los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación aplicado en la sentencia, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?

Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia de la referencia –ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral– podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial⁸¹.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

⁸⁰ “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

⁸¹ “*Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas.*” Plauto.

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTOR OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Inaplicabilidad en la determinación de perjuicios morales

A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa. Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidados en salarios mínimos (...) este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test de proporcionalidad que permite tasar los perjuicios a ser reconocidos a título de perjuicios morales a través de una tabla que impone valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación (...) Así las cosas, es en este escenario, en el que interviene la función del juzgador, quien en su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto dos mil once (2011)

Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08507-01(20028)

Actor: TEODULO RODRIGUEZ MEDINA Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto con relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto, si bien comparto la parte resolutoria de la misma, me aparto de la forma en la que se invita a liquidar los perjuicios morales a manera de test, por cuanto al

establecer unos criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador, y en cierta medida, se establece una tarifa legal.

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

Conforme a lo anterior, consideró que la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto, son los criterios objetivos que deberán tenerse en cuenta al momento de tasar los perjuicios morales en el siguiente sentido:

1. En cuanto a la idoneidad, *“(…) debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego”.*

2. En cuanto a la necesidad, *“(…) la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad”.*

3. Por último, en relación con la proporcionalidad, la sentencia explica que *“(…) con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto”.*

Todo lo anterior, para concluir que la liquidación de los perjuicios para los familiares inmediatos y cónyuge se hará en los siguientes términos:

- En los casos en donde esté demostrado el requisito de **idoneidad**, si se comprueba la convivencia se reconocerá una suma de 50 SMMLV, si no se probó

la convivencia pero sí la relación de cercanía la suma de 10 SMMLV, y con la simple presunción del Registro Civil 5 SMMLV.

- Si adicionalmente se encuentra conjugado el criterio de **necesidad** la liquidación será de 80 SMMLV si se comprueba la convivencia, 20 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 10 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil.

- Finalmente, si del estudio del acervo probatorio se encuentran reunidos los tres criterios descritos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), la liquidación ascenderá a 100 SMMLV siempre que se pruebe la convivencia, 50 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 25 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil.

No se comparten dichas conclusiones por las siguientes razones:

1. La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. En efecto, debido a consideraciones éticas y jurídicas se consideraba que el dolor no tenía precio⁸² y que la dignidad estaba por encima de cualquier tasación pecuniaria. No obstante, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia a través del famoso caso Villaveces⁸³, ordenó, por vez primera, el resarcimiento del daño moral sufrido por el actor, quien demandó al municipio de Bogotá para que le fueran reconocidos los perjuicios causados con ocasión de la destrucción del mausoleo en el que se encontraba enterrada su esposa, cuyos restos mortales fueron depositados en una fosa común.

En efecto, se consideró que la reparación del daño moral pretendía reconocer el dolor sufrido (*pretium doloris*), dolor que en ningún caso se aspira pagar, pero sí aligerar, de acuerdo con el valor determinado por dictamen pericial; así las cosas, el dinero cumpliría no sólo la función de equilibrar el patrimonio menoscabado, sino que apostaría también por satisfacer el sufrimiento ocasionado⁸⁴.

2. Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad reconocidas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona⁸⁵, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos⁸⁶ o amigos que demuestren la intensidad de la afectación⁸⁷, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas.

3. Para su tasación, en principio, se siguió lo que definiera el dictamen pericial cuya práctica se ordenara con el fin de tasar el daño moral. Posteriormente, en

⁸² La jurisprudencia francesa consideró, hasta 1961 con la providencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre del mismo año – LETISSERAND-, que las lágrimas nunca se amonedan (*les larmes ne se monnayent point*) y por consiguiente se reusaba a reparar el daño causado por el dolor moral.

⁸³ Corte Suprema de Justicia; Sala de casación civil; Sentencia del 22 de agosto de 1924; M.P. Tancredo Nannetti; Gaceta judicial T XXI. p. 82.

⁸⁴ Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de noviembre de 1933; M.P. Enrique Becerra; Gaceta judicial T. XXXIX. P. 197.

⁸⁶ Presunción del dolor que sufren los parientes próximos de una víctima, de acuerdo con lo consignado en la sentencia del 28 de octubre de 1942, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Anibal Cardoso.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Sentencia del 13 de mayo de 1988; M.P. Alejandro Bonivento Fernández. Y Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 12 de marzo de 1937; M.P. Pedro Gómez Naranjo.

virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el arbitrio judicial para cuantificar el perjuicio moral⁸⁸, no obstante poderse valer de peritos para determinar la existencia misma y la intensidad del sufrimiento alegado con el daño causado. Para lograrlo, se siguió lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal de 1936, en virtud del cual en caso de no ser fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por un delito, el juez tenía la potestad de fijar el monto (*quantum*) de la indemnización sin exceder de la suma de dos mil pesos, de acuerdo con su prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, teniendo siempre en cuenta la intensidad del daño que se encuentre demostrada dentro del proceso.

4. En virtud de esta potestad, desde el año 1941, correspondió a la sana crítica del juzgador, evaluar los elementos probatorios que le permitieran tasar los perjuicios cuya cuantificación, si bien no estaba constreñida a respetar el tope máximo descrito en el artículo 95 del Código Penal citado, sí debía servirse del mismo para fallar. No obstante, en sentencia del 27 de septiembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia condenó al pago de treinta mil pesos por lo que consideró el más alto dolor por la muerte de un ser querido, subrayando que el tope máximo al que hace referencia el Código Penal, solamente sirve para tasar los perjuicios ocasionados con la comisión de un delito y en ningún momento restringe la potestad del juez de reconocer mayores valores. Y no podía ser de otra forma, cuando el propio Código Civil (artículo 17) prohíbe al juez proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

En efecto, el Consejo de Estado ha impuesto condenas, en contra de la administración, superiores a las cifras utilizadas por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la aflicción, el dolor, las consecuencias y las limitaciones causadas a los afectados⁸⁹, argumentando que el daño es una situación de facto que debe ser reconocida en sus justas proporciones siempre que se encuentre probado.

5. A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa⁹⁰. Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidados en salarios mínimos.

6. A propósito de la tasación del daño moral en términos de precio, es numerosa la producción jurisprudencial y doctrinaria que coincide, en su mayoría, en la inconveniencia, dentro del ámbito jurídico y del sistema económico, de la formulación e imposición de elementos o variables objetivos que permitan una medición dineraria definida del valor dañoso. Lo anterior, por cuanto dicha función precisamente se encuentra en cabeza del juez quien goza de discrecionalidad judicial, facultad también conocida como *arbitrium judicis*, o arbitrio juris.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de junio de 1941; M.P. Hernán Salamanca.

⁸⁹ Ver. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1992; Exp. 6477; C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre de 1997; Exp. 10421; C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de julio de 2000; Exp. 11842; C.P. Alier Hernández Enríquez. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2011; Exp. 13232-15646 C.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia del 19 de octubre de 2007; C.P. Enrique Gil Botero; Exp. 29273.

⁹⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646; C.P. Alier Eduardo Hernández

Por ejemplo, la jurisdicción contenciosa argentina ha sostenido que *“El daño moral se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quien lo sufre; la comisión de un acto antijurídico permite por sí sola presumir su existencia. La evaluación del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, corresponde a los jueces establecer prudentemente el quantum indemnizatorio tomando en cuenta su función resarcitoria, el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin que quepa establecer ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral”*⁹¹.

En el mismo sentido, *“El daño moral tiene una naturaleza resarcitoria, y para fijar su quantum no es menester recurrir inexorablemente a criterios puramente matemáticos, ni es necesaria una estricta correspondencia con otros rubros indemnizables, que, incluso, pueden no llegar a existir; sin embargo la circunstancia de que, por aplicación de tales principios, la estimación del monto no se encuentre sujeta a parámetros fijos, y sí, en cambio, a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares del caso y en la magnitud de los intereses extrapatrimoniales comprometidos, no significa que por esas vías se logren beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos”*⁹².

7. De acuerdo con lo anterior, este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test de proporcionalidad que permite tasar los perjuicios a ser reconocidos a título de perjuicios morales a través de una tabla que impone valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación.

8. En esta materia, no hay verdades absolutas, cada caso en concreto que se estudia y analiza es un universo totalmente independiente, y ello se vislumbra con mayor claridad al momento de la tasación o quantum de los perjuicios y riñe con la realidad la tabla que se propone en el fallo que se aclara, sea tenida en cuenta para la fijación del monto de los perjuicios morales y hacerla extensiva a todos los casos, sería fijar unas condiciones de manera matemática y poco flexibles, cuando la vida diaria demuestra que aquellas pueden ser distintas en cada caso particular.

Así las cosas, es en este escenario, en el que interviene la función del juzgador, quien en su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado.

En efecto, si bien lo ideal es que los núcleos familiares se mantengan unidos, la unión no debe estar determinada por la mera convivencia pues es bien sabido que existen lazos cuya fortaleza se intensifica cuando, precisamente, no se vive bajo el mismo techo (padres separados, padres que por cuestiones laborales deben trasladar su residencia a otra ciudad o país, hijos que por razones académicas se trasladan a otra ciudad o país, etc.).

⁹¹ CFed San Martín 8/11/91, “B.,J.O. c/Transportes automotores Lujan SA”, LL,1992-C-570.

⁹² CNContAdmFed, Sala I, 25/6/91, “M.,N.V y otro c/Estado nacional/Policia Federal y otro”, LL,1992-E-53, con nota de Sandra Wierzba y Silvia A Muller.

Adicionalmente, dicho test, en la forma en la que se realiza en la sentencia, deja por fuera de toda consideración a quienes acuden a la jurisdicción ya no en su calidad de familiares sino en calidad de damnificados.

En conclusión, este Despacho entiende que el test a través del cual la sentencia invita a liquidar los perjuicios morales, es consecuencia de la discrecionalidad judicial del Magistrado Ponente, y en ningún caso obliga a la Sección a formular criterios objetivos ni a tasar los perjuicios siguiendo los parámetros y valores por él propuestos.

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

Con toda consideración y respeto,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ