

PRUEBAS - Copias simples. Valor probatorio / COPIAS SIMPLES - Valor probatorio

La jurisprudencia de esta Sección ha señalado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. P.C (...) La Sala concluye que dichos documentos carecen de valor probatorio por cuanto no reúnen los requisitos previstos en los artículos 252 y 254 del C.P.C.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

NOTA DE RELATORIA: En relación con la valoración de documentos en copia auténtica, consultar las sentencias: 3 de febrero de 2010, exp.17288 y 31 de agosto de 2011, exp. 20595.

PRUEBAS - Valor probatorio / FOTOGRAFIAS - Mérito probatorio

Con la intención de definir el valor probatorio de las fotografías (...) la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los documentos que han de apreciarse como pruebas deben ser auténticos, “es decir debe haber certeza respecto de la persona que lo ha elaborado y de que el hecho plasmado en el documento, en este caso en las fotografías, corresponda a la realidad, puesto que, al igual que en cualquier otro documento, hay riesgo de alteración” (...) En relación con las fotografías, además de que resulta imposible establecer su autenticidad, lo cierto es que bajo ningún supuesto pueden ser valoradas dado que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas .

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance del valor probatorio de las fotografías, puede consultarse el fallo de 14 de abril de 2010, exp. 1472.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURÍDICO - Noción

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que “ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario (...) la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto [daño antijurídico] como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho” , en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”.

NOTA DE RELATORIA: En cuanto al alcance y definición del daño antijurídico, puede consultarse las providencias: 11 de noviembre de 1999, exp. 11499; 27 de enero de 2000, exp: 10867 y de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168.

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.

DAÑO ANTIJURIDICO - Imputación / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL 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, se 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”. (...) Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. (...) 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. 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).

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO -

Falla en el servicio. Título de imputación / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio. Vulneración al principio de distinción del Derecho Internacional Humanitario. DIH / PRINCIPIO DE DISTINCION - Aplicación del bloque de constitucionalidad. Carácter constitucional

Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”. (...) el principio de distinción pretende “la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares.

FUENTE FORMAL: PROTOCOLO I ADICIONAL A LOS IV CONVENIOS DE GINEBRA / LEY 11 DE 21 DE JULIO DE 1992 / PROTOCOLO SOBRE PROHIBICIONES O RESTRICCIONES DEL EMPLEO DE MINAS, ARMAS TRAMPA Y OTROS ARTEFACTOS ENMENDADO / PROTOCOLO III SOBRE PROHIBICIONES O RESTRICCIONES DEL EMPLEO DE ARMAS INCENDIARIAS ESTABLECEN LA PROHIBICIÓN DE ATACAR BIENES CIVILES

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Aplicación del bloque de constitucionalidad

Es preciso resaltar que según la jurisprudencia constitucional tales normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario integran el denominado Bloque de Constitucionalidad (...) el hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Deber de los actores armados de distinguir entre objetivos militares y civiles / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daño a bienes de población civil por actuación militar u operación militar / OBJETIVOS MILITARES Y CIVILES - Distinción. Derecho Internacional Humanitario DIH / BIENES CIVILES - Noción

Es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”. En este sentido, Los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”. (...) el desarrollo de operaciones militares en todo caso deberá ceñirse a la normatividad del DIH que impone especiales cargas y obligaciones para las partes en desarrollo de los conflictos armados (...) además de vulnerarse el principio de distinción, lo cierto es que los ataques y defensa militares implementados por el Ejército resultaron, a todas luces, completamente desproporcionados a tal punto que se destruyeron bienes civiles. En efecto, está proscrito que las partes en la contienda militar usen ciertas armas, métodos o tácticas de guerra, que causen daños a civiles en su persona o bienes.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el bloque de constitucionalidad puede consultarse: Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995 y C-291 de 2007. Además, con relación a la obligación de aplicar el principio de distinción, puede consultarse la providencia C-291 de 2007 de la misma corporación judicial.

PERJUICIOS - Perjuicios materiales / PERJUICIOS MATERIALES - No procede su reconocimiento. No se acreditó la calidad de propietario / PERJUICIOS MATERIALES - Medios probatorios. Daños a bienes muebles e inmuebles

Si bien se demostró que las referidas familias habitaban casas que resultaron incineradas en la vereda San Gil del Municipio de Florián, Santander, lo cierto es que no se acreditó calidad alguna de propietarios, poseedores, meros tenedores, arrendatarios, entre otras tantas, en relación con los lugares donde habitaban. (...) no obra prueba alguna en el expediente que acredite que (i) los demandantes eran propietarios de los bienes muebles y enseres enlistados en los referidos documentos y (ii) que tales bienes se perdieron como consecuencia de la conflagración causada a raíz de los enfrentamientos entre los miembros del Ejército y los miembros del grupo armado, registrados el 18 de marzo de 1996 en el municipio de Florián, Santander. (...) En este sentido, si el demandante no acredita la existencia del perjuicio y su cuantía, la pretensión indemnizatoria está llamada al fracaso pues sin la certeza de la ocurrencia y la magnitud de tal elemento resulta imposible edificar juicio de responsabilidad alguno (...) la Sala no reconocerá indemnización a favor de los demandantes por concepto de perjuicios materiales por cuanto no se encuentran acreditados en el expediente.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema de la referencia, se sugiere consultar las providencias: 4 de diciembre de 200, exp. 13168; 13 de abril de 2011, exp. 18878; 31 de enero de 2011, exp. 15800 y 10 de marzo de 2011, exp. 03941.

PERJUICIO - Naturaleza / PERJUICIO - Elementos para su determinación / PERJUICIO - Elementos para su determinación. Actual o futuro / PERJUICIO - No puede indemnizarse un perjuicio eventual o hipotético / PERJUICIO - Elementos para su determinación. Demostrar su existencia y plena certeza

El perjuicio indemnizable puede ser actual o futuro, “[...] pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública”. Así las cosas, el perjuicio debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el proceso; “los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza.

NOTAS DE RELATORIA: Sobre los aspectos o características de perjuicios, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168 y 13 de abril de 2011, exp. 18878. Y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 10 de marzo de 2011, exp. 03941.

PERJUICIOS MORALES - Tasación. Pauta jurisprudencial / PERJUICIOS MORALES - Tasación. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

La Sala advierte que tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646), la cual, abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales, y en su lugar, estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salarios mínimos legales mensuales vigentes por una estimación que responda a la reparación integral y equitativa del daño.

PERJUICIOS MORALES - Principio de proporcionalidad / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Aplicación en su liquidación no desconoce la jurisprudencia de la Corporación / PERJUICIOS MORALES Tasación. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

La metodología del test de proporcionalidad que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción (...) ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios (...) Lo anterior no implica apartarse de la construcción jurisprudencial que a partir de 2001 la Sección Tercera aplica de manera uniforme, al tener como factor para la tasación y liquidación de los perjuicios morales al salario mínimo mensual legal vigente, pero no puede comprenderse agotada en el mismo, sino que para responder al reto de no crear desigualdades entre los diferentes actores sociales que acuden a reclamar la indemnización por concepto de perjuicios morales, se emplea el “test de proporcionalidad” como la metodología con base en la cual cabe tasar y liquidar dichos perjuicios.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012)

Radicación número: 68001-23-15-000-1997-00807-01(22377)

Actor: NORBERTO ARTEMIO VERANO GONZALEZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de junio de 2001 proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo con Sede en Cali:

“PRIMERO: *Niéganse las pretensiones de los demandantes.*

SEGUNDO: *Regrésese al Tribunal de origen para lo de su cargo.”* (Sic)

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Presentación de la demanda

El 24 de mayo de 1995, los señores NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ y DORIS PINZÓN MONSALVE, en nombre propio y en representación de sus hijos BETTY LISETH y ANDRÉS YESID ESPITIA PINZÓN; y DORIS PINZÓN MONSALVE, en representación de su hija DEISY LILIANA PINZÓN MONSALVE; NORBERTO ARTEMIO VERANO y GLADYS CONSUELO SIERRA, en nombre propio y en representación de sus hijos MAGDA YASMIN, CESAR FERNANDO y NORBEY ARTEMIO VERANO SIERRA; CAMPO EMIGDIO PINZÓN y FLOR MARIA CASTAÑEDA, en nombre propio y en representación de sus hijos JOYCE STMITH, YEIVINSON EMIRIO, ALBERT ISNARDO, NILA BRICEIDA, CLAUDIA YANIL, NAZLY YOLEIVI FANDIÑO PINZON, EDGAR EMIGDIO, MILTON ROGERIO, EDLDA MARIA, NEYDA EMILCE y NIDIA EUFEMIA PINZÓN CASTAÑEDA; MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA, en nombre propio y en representación de su hija menor, YENY LEIR PINZÓN, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., mediante la cual solicitaron que se profirieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

“PRIMERA: EL ESTADO - NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- es administrativamente responsable por la quema y destrucción de los bienes muebles e inmuebles de los señores NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ, DORIS PINZÓN MONSALVE, NORBERTO ARTEMIO VERANO, GLADYS CONSUELO SIERRA, CAMPO EMIGDIO PINZÓN, FLOR MARIA CASTAÑEDA y MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA.

SEGUNDA: EL ESTADO - NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- pagará a cada uno de los señores NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ, DORIS PINZÓN MONSALVE, BETTY LISBETH ESPITIA PINZÓN, ANDRES YESID ESPITIA GARZÓN, DORIS PINZÓN MONSALVE y DEISY PINZÓN MONSALVE, la cantidad equivalente a UN MIL (1.000) gramos de oro fino, por concepto de perjuicios morales causados por el Ejército Nacional, de acuerdo al valor del gramo de oro fino para la fecha en que el Estado dé cumplimiento al art. 176 del Decreto 01 de 1984, o para la fecha cuando quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso en forma definitiva, certificado por el Banco de la República, entendiéndose esta condena en abstracto.

TERCERA: EL ESTADO - NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- pagará a NEFTALY ESPITIA RODRIGUEZ los perjuicios materiales causados al actor por la destrucción de su finca (muebles y enseres, ropa, etc.), consistentes en el daño emergente y lucro cesante, en cuantía que se demuestre

¹ Fls. 1 a 25 del C. Ppal.

dentro del proceso, o mediante sentencia complementaria de acuerdo al art. 308 del C. de P. C., en subsidio en la cantidad equivalente a CUATRO MIL (4.000) gramos de oro fino, de conformidad con el art. 107 del C.P., teniendo en cuenta el valor del gramo de oro fino para la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso en forma definitiva, certificado por el Banco de la República.

Perjuicios discriminados así: daño emergente la suma de \$3.780.000.00 y lucro cesante la suma de \$4.000.000.00 sin perjuicio de lo que se demuestre dentro del proceso como producido dejado de percibir por concepto de los gastos de vivienda, trabajo y producido del mismo, aplicando el interés moratorio, la corrección monetaria y el índice de devaluación a las sumas que resulten hasta el pago de la sentencia.

CUARTA: EL ESTADO - NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- pagará a cada uno de los señores NOBERTO ARTEMIO VERANO, GLADYS CONSUELO SIERRA, MAGDA YASMIN VERANO SIERRA, CESAR FERNANDO VERANO SIERRA y NORBEY ARTEMIO VERANO SIERRA, la cantidad equivalente a UN MIL (1.000) gramos de oro fino, por concepto de perjuicios morales causados por el Ejército Nacional, de acuerdo al valor del gramo de oro fino para la fecha en que el Estado dé cumplimiento al art. 176 del Decreto 01 de 1984, o para la fecha cuando quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso en forma definitiva, certificado por el Banco de la República, entiéndase esta condena en concreto.

QUINTA: EL ESTADO - NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- pagará a NORBERTO ARTEMIO VERANO los perjuicios materiales causados al actor por la destrucción de su finca (muebles y enseres, ropa, etc.), consistentes en el daño emergente y lucro cesante, en cuantía que se demuestre dentro del proceso, o mediante sentencia complementaria de acuerdo al art. 308 del C. de P.C., o en subsidio en la cantidad equivalente a CUATRO MIL (4.000) gramos de oro fino, de conformidad con el art. 107 del C.P., teniendo en cuenta el valor del gramo de oro fino para la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso en forma definitiva, certificado por el Banco de la República.

Perjuicios discriminados así: daño emergente la suma de \$2.335.000.00 de acuerdo a todos los daños sufridos y al inventario que anexo a ésta en escrito separado; lucro cesante la suma de \$4.000.000.00 sin perjuicio de lo que se demuestre dentro del proceso como producido dejado de percibir por los daños ocasionados con la destrucción y quema de su vivienda y todos sus elementos de trabajo, al igual que los bienes que se hurtaron de dicha vivienda y de su propiedad, aplicando el interés moratorio, la corrección monetaria y el índice de devaluación a las sumas que resulten hasta el pago de la sentencia.

SEXTA: EL ESTADO - NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- pagará a cada uno de los señores CAMPO EMIGDIO PINZÓN, FLOR MARIA CASTAÑEDA, JOYCE SMITH PINZÓN CASTAÑEDA, YEIVINSON EMIRIO PINZÓN CASTAÑEDA, ALBERT ISNARDO PINZÓN CASTAÑEDA, NILA BRICEIDA PINZÓN CASTAÑEDA, CLAUDIA YANIL PINZÓN CASTAÑEDA, NAZLY YOLEIVI PINZÓN CASTAÑEDA, EDGAR EMIGDIO PINZÓN CASTAÑEDA, MILTON ROGERIO PINZÓN CASTAÑEDA, NEYDA EMILCE PINZÓN CASTAÑEDA y NIDIA EUFEMIA PINZÓN CASTAÑEDA, la cantidad equivalente a UN MIL (1.000) gramos de oro fino, por concepto de perjuicios morales causados por el Ejército Nacional, de acuerdo al valor del gramo de oro fino para la fecha en que el Estado dé cumplimiento al art. 176 del Decreto 01 de 1984, o para la fecha cuando quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al

proceso en forma definitiva, certificado por el Banco de la República, entendiéndose esta condena en concreto.

SÉPTIMA: EL ESTADO - NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- pagará a CAMPO EMIGDIO PINZÓN los perjuicios materiales causados al actor por la destrucción de su finca (muebles y enseres, ropa, etc.), consistentes en el daño emergente y lucro cesante, en cuantía que se demuestre dentro del proceso, o mediante sentencia complementaria de acuerdo al art. 308 del C. de P. C., o en subsidio en la cantidad equivalente a CUATRO MIL (4.000) gramos de oro fino, de conformidad con el art. 107 del C.P., teniendo en cuenta el valor del gramo de oro fino para la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso en forma definitiva, certificado por el Banco de la República.

Perjuicios discriminados así: daño emergente la suma de \$6.000.000.00 y lucro cesante la suma de \$3.000.000.00 sin perjuicio de los que se demuestren dentro del proceso como producido dejado de percibir por concepto de los gastos de vivienda, trabajo y producido del mismo, aplicando el interés moratorio, la corrección monetaria y el índice de devaluación a las sumas que resulten hasta el pago de la sentencia.

OCTAVA: EL ESTADO - NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- pagará a cada una de las señoras MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA y NEYI LEIR PINZON, la cantidad UN MIL (1.000) gramos de oro fino, por concepto de perjuicios morales causados por el Ejército Nacional, de acuerdo al valor de gramo de oro fino para la fecha en que el Estado dé cumplimiento al art. 176 del decreto 01 de 1984, o para la fecha cuando quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso en forma definitiva, certificado por el Banco de la República, entendiéndose esta condena en concreto.

NOVENA: EL ESTADO - NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- pagará a MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA los perjuicios materiales causados al actor por la destrucción de su finca (muebles, y enseres, ropa, etc.), consistentes en el daño emergente y lucro cesante, en cuantía que se demuestre dentro del proceso, o mediante sentencia complementaria de acuerdo al art. 308 del C. de P.C., o en subsidio en la cantidad equivalente a CUATRO MIL (4.000) gramos de oro fino, de conformidad con el art. 107 del C.P., teniendo en cuenta el valor del gramo de oro fino para la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso en forma definitiva, certificado por el Banco de la República.

Perjuicios discriminados así: daño emergente la suma de \$9.260.000.00 y lucro cesante, la suma de \$3.000.000.00, sin perjuicio de lo que se demuestre dentro del proceso como producido dejado de percibir por la destrucción de su vivienda, su tienda de víveres y abarrotes, con la cual se sostenía la familia, aplicando el interés moratorio, la corrección monetaria y el índice de devaluación a las samas que resulten hasta el pago de la sentencia.

DÉCIMA: EL ESTADO - NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- dará cumplimiento a la Sentencia en el término de 30 días siguientes a la fecha de su ejecutoría, de conformidad con los arts., 177 y 178 de la misma obra.

QUINTA: INTERESES. Se pagará a la totalidad de los demandantes los intereses que genere la sentencia desde la fecha de su ejecutoria hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento.

Con fundamento en lo dispuesto en el art., 1653 del C.C., todo pago se imputará a intereses.

Se pagarán intereses comerciales desde el momento de la ejecutoria y transcurridos seis meses los de mora." (Sic).

1.2. Fundamento fáctico

De conformidad con el texto de la demanda, los hechos en que se fundan las pretensiones formuladas por los actores son los siguientes:

A. Hecho común

a. El día 18 de mayo de 1993, el Batallón de Infantería No. 1, Bolívar de Tunja, del Ejército Nacional, en desarrollo de operaciones de combate contra la guerrilla, destruyó e incendió los bienes muebles e inmuebles de diversas familias ajenas al conflicto.

B. Hechos del expediente 10807

a. En tales hechos, la casa de los señores NORBERTO ARTEMIO VERANO y GLADYS CONSUELO SIERRA fue *"desocupada toda y quemaron sus ropas, camas, colchones, una máquina de coser, etc., además perdiéndose una motosierra, dejando a su familia en la ruina, y sin ropa para cambiar a sus hijos menores"*².

C. Hechos del expediente 11157

a. En tales hechos, *"llegaron a la finca de los señores CAMPO EMIGDIO PINZÓN y FLOR MARIA CASTAÑEDA, miembros del Batallón de Infantería No. 1 Bolívar de Tunja (Boyacá), quienes quemaron la casa junto con los enseres que en ella había, ubicada en la vereda San Gil, municipio de Florian (Santander), dejando a la familia PINZÓN CASTAÑEDA en la ruina"*³.

D. Hechos del expediente 11158

a. El día 16 de mayo de 1993, el señor NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ y su esposa viajaron a Bogotá y encargaron al señor WILSON ARTURO PINZÓN el cuidado de su finca el "Palmarito", ubicada en la vereda San Gil del municipio de Florián, Santander.

b. El día 18 de mayo de 1993, el Batallón de Infantería No. 1, Bolívar de Tunja, del Ejército Nacional, destruyó e incineró la casa de la familia ESPITIA PINZÓN, así como sus enseres.

c. El señor NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ solicitó al Programa de Atención a las Víctimas de la Violencia de la Cruz Roja Nacional *"un auxilio por \$3.780.0000.oo, para suplir sus gastos de alimentación, transporte, manutención y la reconstrucción de su vivienda quemada por miembros del Ejército Nacional. Igualmente solicitó ayuda al Fondo de Ayudas Individuales a Desplazados por el monto de ciento cincuenta mil pesos m/cte. (\$150.000.oo) para atender necesidades de alojamiento, alimentación y salud de su familia, de manera inmediata, ya que quedaron él y su familia totalmente desprotegidos."*⁴

² Fls. 109 a 117 del Exp. 10.807.

³ Fls. 54 a 62 del Exp. 11157.

⁴ Fls. 32 a 42 del Exp. 11158.

E. Hechos del expediente 11160

- a. El día 18 de mayo de 1993, el Batallón de Infantería No. 1, Bolívar de Tunja, del Ejército Nacional, destruyó la casa, así como la tienda de víveres y abarrotes de propiedad de la señora MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA.
- b. Con el producto de las ventas de dicha tienda, la señora PINZÓN CASTAÑEDA sostenía su familia⁵.

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1. Admisión de la demanda

Mediante auto de 10 de julio de 1995, el Tribunal inadmitió la demanda de la referencia y concedió 5 días para que se subsanase⁶. Posteriormente, el 7 de septiembre de 1995, dicha corporación concluyó que la demanda adolecía de indebida acumulación de pretensiones y, en consecuencia, ordenó al demandante presentar demandas separadas para cada uno de los demandantes⁷.

El apoderado de la parte demandante acató tal proveído y presentó las siguientes cuatro demandas en contra del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional:

- a. Demanda de NORBERTO ARTEMIO VERANO y GLADYS CONSUELO SIERRA, en nombre propio y en representación de sus hijos MAGDA YASMIN, CESAR FERNANDO y NORBEY ARTEMIO VERANO SIERRA. (Expediente 10807).
- b. Demanda de CAMPO EMIGDIO PINZÓN y FLOR MARIA CASTAÑEDA, en nombre propio y en representación de sus hijos JOYCE STMITH, YEIVINSON EMIRIO, NILA BRICEIDA, CLAUDIA YANIL, MILTON ROGERIO, ELDA MARIA, NEYDA EMILCE y NIDIA EUFEMIA PINZÓN CASTAÑEDA. (Expediente 11157).
- c. Demanda de señores NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ y DORIS PINZÓN MONSALVE, en su nombre propio y en representación de sus hijos BETTY LISETH y ANDRÉS YESID ESPITIA PINZÓN. (Expediente 11158).
- d. Demanda de MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA, en nombre propio y en representación de su hija menor, YENY LEIR PINZÓN. (Expediente 11160).

Los días 26 de octubre⁸ y 30 de noviembre de 1995⁹, así como 2¹⁰ y 12 de septiembre de 1996¹¹ las demandas de la referencia fueron admitidas y se ordenó tramitarlas conforme a ley.

2.2. Escritos de contestación a la demanda

Dentro de los procesos de la referencia fueron presentados los siguientes escritos de contestación a las demandas mediante los cuales se solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones formuladas por los demandantes:

A. Expediente 10807¹²

⁵ Fls. 27 a 39 del Exp. 11160.

⁶ Fls. 98 y 99 del Exp. 10807.

⁷ Fls. 103 a 105 del Exp. 10807.

⁸ Fls. 133 a 135 del Exp. 10807.

⁹ Fls. 45 y 46 del Exp. 11158.

¹⁰ Fls. 98 y 99 del Exp. 11157.

¹¹ Fls. 61 a 65 del Exp. 11160.

¹² Fls. 140 a 143 del Exp. 10807.

El día 18 de enero de 1996, el Ministerio de Defensa - Policía Nacional contestó la demanda de la referencia y señaló que *“se tiene conocimiento que durante el mes de mayo de 1993, tropas orgánicas de los Batallones Nro. 5 “Silva Plazas” y Contraguerrillas Nro. 36 “Comuneros”, adelantaron operaciones en el área rural del municipio de Florian (Santander), obteniendo como resultado de las mismas el hallazgo de varios campamentos de la subversión y decomiso de bienes de propiedad de la guerrilla (...) con el fin de desaparecer elementos que comprometían su responsabilidad prendieron fuego a inmuebles campesinos y campamentos en donde se hallaban plantas eléctricas, telas para confeccionar uniformes militares, uniformes confeccionados, máquinas de coser y casetes con grabaciones de la subversión.*

La persona pública demandada desconoce la identidad del o los autores de los daños causados a los accionantes, así como la gravedad o magnitud del perjuicio cuya reclamación se solicita por la vía de la Reparación Directa.”

Asimismo, el ente demandado formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por activa por cuanto MAGDA YASMIN, NORBEY ARTEMIO y CESAR VERANO SIERRA no acreditaron su condición de víctimas.

B. Expediente 11157¹³

El día 25 de noviembre de 1996, el apoderado de la parte demandada presentó su escrito de contestación a la demanda mediante el cual sostuvo que *“[e]n el presente caso, no se configura la falta o falla del servicio, por cuanto la actuación de los miembros del Ejército Nacional es legal y está protegida constitucionalmente; el daño que se le produjo a los demandantes fueron causados por la subversión, por eso me permito excepcionar “EL HECHO DE UN TERCERO”:*

Según las informaciones hasta ahora recaudadas, se puede establecer que la destrucción de la vivienda de los demandantes y de otras aledañas, fue obra de los guerrilleros de la cuadrilla XI de las FARC, en represalia por la operación militar denominada “invierno”, mediante la cual tropas del Batallón de Infantería Nr. 1 “Bolívar”, desmantelaron un laboratorio para el procesamiento de cocaína y un campamento de la guerrilla.”

C. Expediente 11158¹⁴

El día 15 de marzo de 1996, el apoderado de la entidad demandada contestó la demanda de la referencia. En éste escrito se formuló la excepción de *“hecho de un tercero”* por cuanto la destrucción de la vivienda de los demandantes fue obra de los guerrilleros de *“la cuadrilla XI de las FARC, en represalia por la operación militar denominada “invierno”, mediante la cual tropas del Batallón de Infantería Nr. 1 “Bolívar”, desmantelaron un laboratorio para el procesamiento de cocaína y un campamento de la guerrilla.”*

D. Expediente 11160¹⁵

¹³ Fls. 103 a 105 del Exp. 11157.

¹⁴ Fls. 52 a 55 del Exp. 11158.

¹⁵ Fls. 73 a 78 del Exp. 11160.

El día 5 de marzo de 1997, el apoderado de la entidad demandada contestó la demanda de la referencia. En éste escrito se formuló la excepción de “*hecho de un tercero*” por cuanto la destrucción de la vivienda de los demandantes fue obra de los guerrilleros de “*la cuadrilla XI de las FARC, en represalia por la operación militar denominada “invierno”, mediante la cual tropas del Batallón de Infantería Nr. 1 “Bolivar”, desmantelaron un laboratorio para el procesamiento de cocaína y un campamento de la guerrilla.*”

2.3. Periodo probatorio

Por medio de los autos de 8 de abril¹⁶ y 31 de mayo¹⁷ de 1996, así como de 6 de febrero¹⁸ y de 13 de junio¹⁹ de 1997, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes.

2.4. Acumulación procesal

El 26 de enero de 1998, el apoderado de la parte demandante solicitó la acumulación de los procesos identificados con los números 10807, 11157, 11158 y 11160²⁰. Mediante auto de 21 de octubre de 1998, el Tribunal decretó la acumulación procesal solicitada²¹.

2.5. Audiencia de conciliación

El 10 de marzo de 1999, el apoderado de la parte demandante solicitó que se señalara fecha y hora para la diligencia de conciliación²². El 14 de agosto de 2000, el Tribunal dispuso que dicha audiencia se llevaría a cabo el 31 de agosto del mismo año a las 3 p.m²³. Al cabo de dicho procedimiento no se llegó a acuerdo alguno por cuanto, según el apoderado de la parte demandante, “*a la entidad demandada no le asiste ánimo conciliatorio alguno*”.

2.6. Alegatos de conclusión

El 11 de diciembre de 2000, el Tribunal Administrativo corrió traslado a las partes para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión²⁴. Ninguna de las partes presentó escrito alguno.

3. Sentencia de primera instancia

El día 14 de junio de 2001, la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo con Sede en Cali profirió sentencia de primera instancia mediante la cual denegó las pretensiones²⁵.

Con fundamento en las diligencias aportadas al presente trámite, así como en las pruebas practicadas, el *a quo* concluyó que “*el presente proceso ha de analizarse bajo la óptica de la falla probada del servicio, teniendo en cuenta que de parte y parte, EJÉRCITO y guerrilla hubo acción con las armas de fuego; por lo tanto, le*

¹⁶ Fls. 149 a 151 del Exp. 10807.

¹⁷ Fls. 90 a 93 del Exp. 11158.

¹⁸ Fls. 111 y 112 del Exp. 11157.

¹⁹ Fls. 105 y 106 del Exp. 11160.

²⁰ Fl. 353 del Exp. 10807.

²¹ Fls. 365 a 371 del Exp. 10807.

²² Fl. 464 del Exp. 10807.

²³ Fl. 468 del Exp. 10807.

²⁴ Fl. 472 del Exp. 10807.

²⁵ Fls. 473 a 492 del Exp. 10807.

correspondía a los demandantes demostrar la existencia del hecho, del daño y de la relación de causalidad; y al Estado, en este caso EJÉRCITO, demostrar una de las causales eximientes de responsabilidad” (Sic).

En este sentido, la Sala concluyó que *“el hecho está demostrado, efectivamente el día 18 de mayo de 1993, se procedió por parte del EJÉRCITO a realizar un operativo militar denominado “Operación Invierno”, y de dicha acción, resultaron unas casas y unos bienes muebles incendiados”.*

A su vez, el a quo consideró acreditado que *“en la zona del combate, había una serie de elementos que no dejan duda de que se estaba al frente de personas que ejercían actividades ilícitas. Elementos como telas para uniformes, uniformes ya confeccionados, máquinas de coser, municiones, equipos de comunicaciones, trampas explosivas, material de intendencia y productos químicos, petróleo, y otros más para producir cocaína”.*

Por último, la sentencia de primera instancia concluyó que *“[l]a prueba aportada al proceso, deja muchas dudas sobre el irregular comportamiento del ente demandado. Solamente, en algunas de las declaraciones allegadas al ad quo, señalan que el EJÉRCITO, llegó directamente a incendiar las casas de los moradores de la zona, en la mayoría, se habla, incluyendo el testimonio de algunos de los damnificados, de que fue el intercambio de fuego el que produjo el incendio que dio como resultado la quema de las dos casas y de algunos bienes de propiedad de los demandantes. Situación que dentro de un operativo de esta índole es bien factible de ocurrir, y que se presentó como respuesta al ataque que las fuerzas de orden recibieron de los delincuentes (...).”*

8. Recurso de Apelación

El 6 de septiembre de 2001, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia²⁶ el cual fue concedido en el efecto suspensivo mediante auto de 14 de diciembre del mismo año²⁷.

9. Trámite de la segunda instancia

Por medio del auto de 26 de abril de 2002, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado concedió tres días al demandante para que sustentara el recurso interpuesto²⁸.

El 3 de mayo de 2002, el recurrente sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

“Como podemos observar el tribunal es bien claro en aceptar: primero; que efectivamente el ejército sí tuvo una conducta irregular, igualmente se probó, por las declaraciones rendidas que dicha conducta ocasionó los daños reclamados, al quemar y destruir las viviendas y los bienes de los damnificados, pero para despachar desfavorablemente las pretensiones por dichos daños, se tuvo en cuenta solamente lo expresado por los militares, en el proceso disciplinario, como es el decir de ellos mismos, “los damnificados tenían elementos inflamables que de acuerdo a su creencia eran para producir cocaína y lo mismo que habían elementos para producir uniformes (...)

²⁶ Fl. 494 del Exp. 10807.

²⁷ Fl. 497 del Exp. 10807.

²⁸ Fl. 502 del Exp. 10807.

“El Tribunal por el contrario ha debido aplicar de acuerdo a lo probado en el proceso EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE LOS ADMINISTRADOS FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS, ya que la administración impuso a los demandantes un sacrificio anormal y, en tal virtud, debe responder patrimonialmente por el daño antijurídico que le infringió a las víctimas (...).”

El 17 de mayo de 2002, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió el recurso de apelación referido²⁹.

A su vez, mediante auto de 7 de junio de 2002, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión³⁰.

El 26 de junio de 2002, el representante de la parte demandante presentó su escrito de alegatos de conclusión mediante el cual reiteró los argumentos insertos en el recurso de apelación³¹.

El proceso entró al despacho para que se elaborara el respectivo fallo el 2 de julio de 2002³².

CONSIDERACIONES

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de 15 de junio de 2001 proferida en el presente asunto por la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo con Sede en Cali.

2. Aspectos procesales previos

La Sala encuentra necesario reiterar su jurisprudencia en relación con la eficacia probatoria de los documentos aportados en copia simple dado que buena parte del acervo probatorio documental fue aportado de tal manera.

Al respecto, la Sala ha establecido que por expresa remisión del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, resulta aplicable el artículo 254 de éste último estatuto en relación con la admisibilidad, práctica y valoración de las copias³³.

El artículo 254 del Código de Procedimiento Civil es del siguiente tenor:

“Artículo 254.- [Modificado por el Decreto Ley 2282 de 1989, artículo 1. numeral 117]. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

²⁹ Fl. 509 del Exp. 10807.

³⁰ Fl. 511 del Exp. 10807.

³¹ Fl. 512 a 514 del Exp. 10807.

³² Fl. 515 del Exp. 10807.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2011. C.P. Jaime Orlado Santofimio Gamboa. Exp. 20595.

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”

Dicha disposición debe ser interpretada en concordancia con el numeral 7 del artículo 115 del mismo estatuto, de conformidad con el cual *“las copias auténticas requerirán auto que las ordene y la firma del secretario”,* puesto que se trata, *“...de un acto mixto o, si se quiere, de naturaleza compleja, habida cuenta que la autenticación de la copia de un documento que obre en un expediente judicial, reclama la participación del juez, en orden a posibilitar -mediante providencia previa- que la copia sea expedida con tal carácter, así como del secretario del respectivo juzgado, quien cumple la función de 'extender la diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello', precisando 'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista', según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983, tras lo cual procederá a suscribirla con firma autógrafa, que es en lo que consiste la autorización propiamente dicha”³⁴.*

Así las cosas, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción³⁵, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. P.C.³⁶.

Particularmente en relación con el documento público, *“es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el Juez”³⁷,* salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo previsto en el artículo 252 del C. de P.C.

De otra parte, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: *“i) cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se*

³⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de abril de 2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 6636.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-023 de 1998. M.P. Jorge Arango Mejía. “[...] La exigencia del numeral 2º del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle ‘el mismo valor probatorio del original’ es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos [...]”

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 31217. Sentencia de 18 de octubre de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 300-02 (AG)

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18636.

*opone en el nuevo proceso, y v) cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso*³⁸.

En relación con el valor probatorio de las fotografías, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que *“dentro del género de los documentos las fotografías corresponden a la especie de los representativos, puesto que “... no contiene ninguna declaración, sino que se limita a fijar una escena de la vida en particular, en un momento determinado, es decir, a representarla.”*³⁹ Con la intención de definir el valor probatorio de las fotografías que se relacionarán a continuación, la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los documentos que han de apreciarse como pruebas deben ser auténticos, *“es decir debe haber certeza respecto de la persona que lo ha elaborado y de que el hecho plasmado en el documento, en este caso en las fotografías, corresponda a la realidad, puesto que, al igual que en cualquier otro documento, hay riesgo de alteración”*⁴⁰.

Resulta pertinente resaltar que en el presente asunto los siguientes documentos fueron aportados en copia simple:

A. Copias simples aportadas al expediente 10807

- a. Fotografías que representan rastros de incineración⁴¹.
- b. Copia simple del expediente No. 062 - 6504 tramitado ante la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja por hechos ocurridos en el corregimiento Sabana de Torres, Santander⁴².

B. Copias simples aportadas al expediente 11157

- a. Copia simple de la solicitud de 28 de junio de 1993 presentada por MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA a la PROCURADURÍA DELEGADA EN DERECHOS HUMANOS para efectos de que se adelantara la investigación sobre los hechos objeto del presente asunto⁴³.
- b. Copia simple de la certificación expedida por el Personero Municipal de Florián, Santander, mediante la cual manifiesta que, tras una inspección ocular al terreno de los hechos, verificó que la casa de la señora MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA fue totalmente quemada⁴⁴.
- c. Copia simple de la denuncia presentada por MARIA EDELMIRA CASTAÑEDA ante el Juzgado de Florián⁴⁵ mediante la cual informó acerca de los hechos objeto de estudio en el presente asunto.
- d. Copia simple de la solicitud de 23 de septiembre de 1993 presentada por MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA a la CRUZ ROJA NACIONAL para efectos de que fueran incluidos en el programa de beneficiarios del Programa de Atención a Víctimas de la Violencia⁴⁶.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18636.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. A.P. Exp. 1472.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Fls. 27 a 32 del Exp. 10807.

⁴² Fls. 409 a 463 del Exp. 10807.

⁴³ Fl. 32 a 34 del Exp. 11157.

⁴⁴ Fl. 36 del Exp. 11157.

⁴⁵ Fl. 37 del Exp. 11157.

⁴⁶ Fls. 38 a 46 del Exp. 11157.

a. Copias simples aportadas al expediente 11158

- a. Copia simple de la providencia de 15 de noviembre de 1994 calificadora del mérito de la investigación penal militar por los hechos ocurridos el 18 de mayo de 1993⁴⁷.
- b. Copia simple del Informe de la Operación Invierno rendido el 22 de mayo de 1993 por el Ejército Nacional⁴⁸.
- c. Copia simple del Informe de desarrollo de la Operación Invierno desarrollada entre los días 17 y 18 de mayo de 1993⁴⁹.

C. Copias simples aportadas al expediente 11160

- a. Copia simple de la providencia de 28 de enero de 1998 mediante la cual se calificó el mérito de la investigación adelantada ante la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos⁵⁰.

Pues bien, en atención a las anteriores consideraciones, la Sala concluye que dichos documentos carecen de valor probatorio por cuanto no reúnen los requisitos previstos en los artículos 252 y 254 del C.P.C.

En relación con las fotografías, además de que resulta imposible establecer su autenticidad, lo cierto es que bajo ningún supuesto pueden ser valoradas dado que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas⁵¹.

3. Hechos probados

Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

A. Hechos probados en el expediente 10807

- a. MAGDA YASMIN⁵², CESAR FERNANDO⁵³ y NORBEY ARTEMIO⁵⁴ son hijos de NORBERTO ARTEMIO VERANO y GLADYS CONSUELO SIERRA, quienes contrajeron matrimonio el 27 de junio de 1986⁵⁵.
- b. El 25 de mayo de 1993, la señora GLADYS CONSUELO SIERRA presentó denuncia ante el Juzgado de Florián, Santander, en relación con los hechos acaecidos el 18 de mayo del mismo año⁵⁶. Según la denunciante, miembros del Ejército incineraron su casa ubicada en la vereda San Gil del Municipio de Florián.
- c. El 19 de septiembre de 1993, el PERSONERO MUNICIPAL DE FLORÍAN, Santander, certificó que los muebles y enseres de la señora GLADYS CONSUELO SIERRA fueron saqueados e incinerados⁵⁷.

⁴⁷ Fls. 59 a 64 del Exp. 11158.

⁴⁸ Fls. 65 a 68 del Exp. 11158.

⁴⁹ Fls. 69 a 88 del Exp. 11158.

⁵⁰ Fls. 206 a 239 del Exp. 11160.

⁵¹ *Cfr.* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de febrero de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18034.

⁵² Fl. 5 del Exp. 10807.

⁵³ Fl. 6 del Exp. 10807.

⁵⁴ Fl. 7 del Exp. 10807.

⁵⁵ Fl. 8 del Exp. 10807.

⁵⁶ Fls. 33 a 35 del Exp. 10807.

⁵⁷ Fl. 37 del Exp. 10807.

- d. El 23 de septiembre de 1993, la señora GLADYS CONSUELO SIERRA solicitó ayuda al Programa para la Atención a las Víctimas de la Violencia de la Cruz Roja Nacional⁵⁸.
- e. El 31 de agosto de 1993, la señorita MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA presentó queja ante la Defensoría del pueblo sobre los hechos acaecidos el día 18 de mayo de 1993⁵⁹.
- f. Certificado de pago de 489.060.00 por parte de la CRUZ ROJA NACIONAL a NEFTALI ESPITIA RODRÍGUEZ, a título de auxilio económico, el día 22 de octubre de 1993⁶⁰.
- g. Certificado de pago de 489.060.00 por parte de la CRUZ ROJA NACIONAL a MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA, a título de auxilio económico, el día 22 de octubre de 1993⁶¹.
- h. Certificado de pago de 489.060.00 por parte de la CRUZ ROJA NACIONAL a MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA, a título de auxilio económico, el día 22 de octubre de 1993⁶².
- i. Oficio de 8 de octubre de 1993 mediante el cual la Alta Consejería para la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos reconoce que NEFTALI RODRÍGUEZ, MARIA EDELMIRA PINZÓN y GLADYS CONSUELO SIERRA son víctimas de la violencia⁶³.

B. Hechos probados en el expediente 11157

- a. JOYCE STSMITH⁶⁴, YEIVINSON EMERIO⁶⁵, NILA BRICEIDA⁶⁶, CLAUDIA YANIL⁶⁷, EDGAR EMIGDIO⁶⁸, MILTON ROGERIO⁶⁹, ELDA MARÍA⁷⁰, NEYDA EMILCE⁷¹ y NIDIA EUFEMIA⁷² son hijos de CAMPO EMIGDIO PINZÓN y FLOR MARÍA CASTAÑEDA quienes contrajeron matrimonio el 31 de enero de 1962⁷³.
- b. El 23 de septiembre de 1993, la Asociación de Ayuda Solidaria - Andas solicitó al FONDO DE AYUDAS INDIVIDUALES A DESPLAZADOS la suma de 150.000 a título de “ayuda” para cada una de las siguientes personas: NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ, MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA y GLADIS CONSUELO SIERRA⁷⁴.
- c. Para el año 1993, el niño JOICE SMITH PINZÓN CASTAÑEDA cursaba tercer grado de básica primaria en la Escuela Rural “La Esperanza” del municipio de Florián⁷⁵.
- d. Para el año 1993, el niño EMERIO PINZÓN CASTAÑEDA cursaba primer grado de básica primaria en la Escuela Rural “La Esperanza” del municipio de Florián⁷⁶.

⁵⁸ Fls. 75 a 78 del Exp. 10807.

⁵⁹ Fls. 201 a 203 del Exp. 10807.

⁶⁰ Fls. 205 a 208 del Exp. 10807.

⁶¹ Fls. 222 y 226 del Exp. 10807.

⁶² Fls. 222 y ss. del Exp. 10807.

⁶³ Fl. 255 del Exp. 10807.

⁶⁴ Fl. 3 del Exp. 11157.

⁶⁵ Fl. 4 del Exp. 11157.

⁶⁶ Fl. 6 del Exp. 11157.

⁶⁷ Fl. 7 del Exp. 11157.

⁶⁸ Fl. 9 del Exp. 11157.

⁶⁹ Fl. 10 del Exp. 11157.

⁷⁰ Fl. 11 del Exp. 11157.

⁷¹ Fl. 12 del Exp. 11157.

⁷² Fl. 13 del Exp. 11157.

⁷³ Fl. 30 del Exp. 11157.

⁷⁴ Fls. 16 a 18 del Exp. 11157.

⁷⁵ Fl. 19 del Exp. 11157.

⁷⁶ Fl. 21 del Exp. 11157.

e. El 18 de mayo de 1993, la Brigada Primera del Batallón de Infantería Bolívar desarrolló la denominada Operación Invierno en el sector de Florián. De dicha operación no se adelantó informe administrativo alguno, según el oficio número 640 de 21 de abril de 1997 remitido por el Ejército Nacional⁷⁷.

C. Hechos probados en el expediente 11158

a. BETTY LISTBETH⁷⁸ y ANDRES YESID ESPITIA PINZÓN⁷⁹ son hijos menores de edad de NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ.

b. El 23 de septiembre de 1993, el señor NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ solicitó a la CRUZ ROJA NACIONAL que le fueran extendidos los beneficios del Programa de Atención a Víctimas de la Violencia por los hechos objeto de estudio en el presente asunto⁸⁰. En dicha ocasión, solicitó un auxilio por el valor de \$3.780.000.00, cifra que discriminó en la *“reconstrucción de su vivienda, apoyo económico para alojamiento transitorio, apoyo económico para alimentación transitoria, traslado dentro del territorio nacional y atención primaria en salud”*.

c. El 20 de mayo de 1993, el señor NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ presentó su denuncia sobre los hechos ocurridos el 17 de mayo del mismo año ante el Juzgado de Florián⁸¹. Según el denunciante, miembros del Ejército saquearon e incineraron su casa ubicada en la vereda San Gil del Municipio de Florián.

d. El señor NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ convivía con la señora DORIA PINZÓN MONSALVE en la vereda San Gil del municipio de Florián⁸².

e. Mediante oficio de 19 de septiembre de 1993, el PERSONERO MUNICIPAL DE FLORÍAN certificó que la casa del señor NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ fue quemada totalmente⁸³.

f. El 15 de septiembre de 1993, el señor NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ presentó solicitud ante la PROCURADURÍA DELEGADA EN DERECHOS HUMANOS para efectos de que se adelantara la investigación e impusieran las sanciones correspondientes a los responsables de los hechos acaecidos el 18 de mayo de 1993⁸⁴. Junto con dicha solicitud, los señores NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ y la señora GLADIS CONSUELO SIERRA presentaron *“Inventarios de Bienes perdidos”*. El primero liquidó sus bienes perdidos en la suma de \$ 6.197.500.00, mientras que la señora SIERRA los calculó en \$ 2.335.000.00.

g. El 22 de octubre de 1993, el Alcalde del Municipio de Florián certificó que *“[e]l día 18 de mayo del año en curso hubo conflicto armado en la vereda San Gil de esta jurisdicción y como consecuencia del bombardeo se generaron incendios en los cuales perdieron sus habitaciones las siguientes personas: FLOR MARIA CASTAÑEDA y NEFTALI ESPITIA GARZÓN”*⁸⁵.

h. Según la declaración rendida por GLADYS CONSUELO SIERRA el 7 de octubre de 1996, *“NEFTALI estaba en Bogotá con la señora, se había ido a visitar a los suegros, y en la casa se quedó WILSON PINZÓN. En ese tiempo hubo un enfrentamiento entre el ejército con la guerrilla en la Vereda de San Gil, y ahí fue cuando le quemaron la casa a NEFTALI, le quemaron toda la ropa y todo eso quedó vuelto cenizas (...) Pues llegaron y encontraron solo el ejército le prendió candela a la casa, dentro de la casa estaba al ropa, una máquina de coser, un poco de café y maíz como era cosecha, y en la cocina todos los enceres, y un cerdo que se le perdió”*. También manifestó que las casas quemadas fueron las de

⁷⁷ Fl. 126 del Exp. 11157.

⁷⁸ Fl. 2 del Exp. 11158.

⁷⁹ Fl. 3 del Exp. 11158.

⁸⁰ Fls. 5 a 8 del Exp. 11158.

⁸¹ Fls. 9 y 10 del Exp. 11158.

⁸² Fls. 13 y 14 del Exp. 11158.

⁸³ Fl. 15 del Exp. 11158.

⁸⁴ Fls. 15 a 19 del Exp. 11158.

⁸⁵ Fl. 20 del Exp. 11158.

“la señora FLOR CASTAÑEDA, la de NEFTALI, y la mía, por el mismo grupo del Ejército. Como la guerrilla salía por ahí porque ahí queda el camino y las casas estaban solas porque se enfrentó la guerrilla y el ejército como a las siete y media de la mañana entonces a nosotros nos dio miedo y nos salimos, y nos fuimos para el monte. Y nosotros observamos cuando el ejército había esas cosas y los identificamos por el uniforme eso se ve bien. A la guerrilla no lo vimos lo que si aseguro es que el ejército era y nos gritaba que no se nos diera nada que iban a bombardear toda la vereda, entonces a nosotros nos dio miedo y salimos”⁸⁶. (Sic).

i. Según declaración rendida por la señora FLOR MARÍA GONZALEZ el 7 de octubre de 1996, *“A mi me consta lo que yo ví, el tiroteo, porque como nosotros no vimos, pero se cree que era la guerrilla y el ejército, porque como llegaron al frente de las casas, nos tocó salirnos y entrarnos al monte, porque nos dio miedo, al trapiche y entrarnos al monte, porque nos dio miedo, al trapiche llegaron y dejaron del marido que le habían regalado, todo eso no dejaron nada, huevos unas troneras, las casas las dejamos de par en par y todo lo que había se llevaron, un radio, una grabadora, un reloj despertador, tres linternas, un estuche, pan, cuatro gallinas, un pizco (...) Eso si que el Ejército porque se posesionó ahí durante tres días, desde allá desde donde doña CONSUELO SIERRA, porque la casa de ella queda ahí cerca. Nosotros no los vimos que eran esas gentes porque nosotros supimos que ellos estaban enfrentados por allá en el río, pero nosotros vimos.” (Sic)⁸⁷.*

j. Según declaración rendida por JOAQUIN ORTIZ el 7 de octubre de 1996, *“A mi de pronto no me constan muchas cosas, por la sencilla razón de que fui un damnificado, porque fui detenido por el Ejército, a mi me recogió el Ejército el día antes, osea el 15 de mayo a las cuatro de la tarde, en un cañito que se llama rio bamba, iba a traer una remesa que hbaía encargado de acá el día antes, osea el Domingo, entonces ahí me encontré con la comisión del ejército, a mi me cojieron como rehen y me llevaron, me llevaron para donde fue el enfrentamiento de ellos con la guerrilla, en la vereda de San Gil, de ahí me tuvieron hasta el miércoles como a las nueve de la mañana, de ahí me sacaron a una lomita a donde pudiera aterrizar el helicoptero, ahí fue cuando el Teniente DORIA así lo llamaban, yo no miré el apellido ni nada, el dijo que que el otro teniente estaba haciendo muchos atropellos que no le quedaba muy bien eso. Porque estaba quemando las casas, y ahí en esas fue cuando resultaron quemadas las casas de don NEFTALI ESPITIA, y la casa de la señora FLOR CASTAÑEDA, de todas maneras a mi de esas cosas no me constan porque a mi me tenían en cun caó abajo, y no podía certificar si eso era verdad o no era verdad”⁸⁸ (Sic).*

k. Declaración rendida por MERY LEONOR NIÑO SIERRA el 8 de octubre de 1996, *“(...) eso era como las dos de la tarde, estábamos en la casa, y nosotros escuchábamos un plomaceo cerquita a la casa, al escuchar eso nosotros salimos para donde hay una casa de un vecino, y nos estuvimos ahí un rato donde ellos OSCAR PEÑA, la casa de él, y ya cuando seguimos escuchando la plomacea más de para arriba, entonces salimos a donde hay una escuela y ahí duramos y entre más de para arriba se escuchaba más plomaceo, y entonces mi marido me mandó que me viniera para acá para Florían, me vine con los niños, EUFEMIA y mi marido (...) Pues nosotros no los vimos pero la gente decía que era el ejército y la guerrilla, y los disparos se escuchaban en una hondonada. Yo ví a un grupo uniformado, de verde con ropa de Policía, ellos se encontraban en el sitio de la escuela de San Gil, la vieja, y portaban armas de las que portan el ejército y la Policía” (Sic)⁸⁹.*

⁸⁶ Fls. 173 y 174 del Exp. 11158.

⁸⁷ Fls. 20 y 21 del Exp. 11158.

⁸⁸ Fls. 91 y 02 del Exp. 11158.

⁸⁹ Fl. 178 del Exp. 11158.

l. Declaración rendida por NELSON CASTRO BUENO el 8 de octubre de 1996, *“Yo ese día de los hechos no estaba, me encontraba en la ciudad de Bucaramanga, tramitando unos documentos personales, pero posteriormente si estuve allí, acompañando a una Juez, que venía de Chiquinquirá, como a la semana siguiente me parece que fue que estuve allí. Allí si ví la casa totalmente quemada, cenizas (...) Yo no podría precisar porque no se qué cosas de valor tendría dentro.”* (Sic). También manifestó que la casa del señor NEFTALI ESPITIA *“estaba construida en madera y teja de casa de regular tamaño, una casa nueva, no creo que tuviera servicios de luz eléctrica, agua sí pero llegaba en mangueras (...) Allí el comentario era de que el ejército era quien había realizado esas quemadas (...) Creo que en ese entonces estaba el Batallón Simón Bolívar de Tunja, pero no se quien lo comandaba”* (Sic)⁹⁰.

m. Declaración rendida por el señor GUILLERMO ANTONIO MATEUS PEREZ el 8 de octubre de 1996, *“Los únicos conocimientos, es que cuando yo regresé de la cárcel, comentaron que la casa la habían quemado y que un marrano que habían traído se lo habían llevado, yo ese día de los hechos yo estaba detenido, porque a mi me detuvieron el día domingo antes de éstos hechos, a mi me detuvo el ejército en la base que había acá en Florían, porque me acusaban de guerrillero, por eso yo no presencié los hechos, porque ese domingo me detuvieron y me llevaron para el Puente y en esa semana fue que hubo enfrentamiento”* (Sic). Manifestó además que, en relación con la quema de las casas de los campesinos, *“Los comentarios de la gente eran que había sido el ejército, porque como el ejército era el que estaba ahí, porque como por ahí fueron los combates con la guerrilla, por eso la gente comentaba que había sido el ejército.”*⁹¹

n. Declaración rendida por el señor WILSON ARTURO PINZÓN MONSALVE el 8 de octubre de 1996, *“El martes, a las 7:30 de la mañana, empezaron los disparos abajo en el rio bamba, yo me retiré de la casa, aproximadamente a unos 200 metros me retiré, y por ahí como a las dos horas, llegó el ejército a la casa, pero ahí no quemaban tiros, llegaron y le prendieron a la casa, yo me retiré, para allá para donde una vecindad, y el miércoles me vine para el pueblo (...). Afirmó que los había identificado por “el camuflado, porque yo aproximadamente a unos doscientos metros entre una rastrojera, porque escondí allá cuando llegaron ellos, pero yo los pude identificar que eran ellos. Yo vi aproximadamente a unos 20 hombres (...)”*⁹².

o. Declaración rendida por el señor JORGE OCTAVIO ESPITIA RODRIGUEZ el 11 de octubre de 1996, *“En esos días NEFTALI y la señora estaban por Bogotá, y bajó el Ejército, y bien lejos seguro hubo un enfrentamiento con la guerrilla, dicen que por ahí cerca al rio Bamba, yo me encontraba era en la vereda de Viani, y la casa de NEFTALI estaba sola y dicen que llegó el Ejército y le echó candela”*⁹³ (Sic).

p. Declaración rendida por el señor MANUEL DARIO GONZALEZ GONZALEZ el 17 de octubre de 1996, al preguntársele acerca de los hechos ocurridos el 18 de mayo de 1993 manifestó que *“Yo no sé de nada de eso porque cuando eso yo me encontraba detenido, ahí en Moniquirá, a mi me llevó el Ejército el Domingo antes de la noche, me llevaron para Puente Nacional, y de ahí a Moniquirá. Se oyó decir que fue el ejército per no me consta no”*⁹⁴ (Sic).

q. Declaración rendida por el señor TULIO HELI NIÑO GONZALEZ el 22 de octubre de 1996, al preguntársele acerca de los hechos ocurridos el 18 de mayo de 1993 manifestó que *“No tengo conocimiento de ello en nada. Me comentaron*

⁹⁰ Fl. 179 del Exp. 11158.

⁹¹ Fl. 25 del Exp. 11158.

⁹² Fls. 26 y 27 del Exp. 11158.

⁹³ Fls. 27 y 28 del Exp. 11158.

⁹⁴ Fls. 28 y 29 del Exp. 11158.

de que habían quemado la casa donde habitaba el señor NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ. Lo que se escuchaba que había sido el Ejército pero razones no se.”⁹⁵

r. Declaración rendida por la señor MARGARITA MARTINEZ el 21 de noviembre de 1996, “Quiero que esto quede muy claro, ni para bién de las autoridades ni para bien del señor que me ha nombrado no me consta absolutamente nada, puesto que yo vivo en el casco urbano, y para dar una declaración tan delicada, debe uno de haber observado con sus vistas y haber observado digo haber oído con sus oídos.” (Sic)⁹⁶.

D. Hechos probados en el expediente 11160

a. MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA⁹⁷ es hija CAMPO EMIGDIO PINZÓN y FLOR MARÍA CASTAÑEDA quienes contrajeron matrimonio el 31 de enero de 1962⁹⁸.

c. El 28 de junio de 1993, la señora MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA solicitó a la PROCURADURÍA DELEGADA PARA DERECHOS HUMANOS que adelantara la investigación correspondiente por los hechos ocurridos el 18 de mayo de 1993⁹⁹.

d. El 19 de septiembre de 1993, el PERSONERO MUNICIPAL DE FLORIAN, Santander, certificó que la casa de MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA fue totalmente quemada¹⁰⁰.

e. El 20 de mayo de 1993, la señorita MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA presentó denuncia ante el Juez de Florián, Santander, por los hechos ocurridos el 18 de mayo de 1993¹⁰¹.

f. El 28 de junio de 1993, la señorita MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA solicitó al PROCURADOR DELEGADO PARA LAS FUERZAS MILITARES que adelantara la investigación e impusiera las sanciones correspondientes a los responsables de los hechos acaecidos el día 18 de mayo de 1993¹⁰².

g. El 31 de agosto de 1993, la señorita MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA presentó queja ante la Defensoría del pueblo sobre los hechos acaecidos el día 18 de mayo de 1993¹⁰³.

4. Daño antijurídico

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que “*ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario*”¹⁰⁴. En este sentido, se ha señalado que “*en cada caso concreto deberá establecerse si el*

⁹⁵ Fls. 29 y 30 del Exp. 11158.

⁹⁶ Fl. 186 del Exp. 11158.

⁹⁷ Fl.1 del Exp. 11160.

⁹⁸ Fl. 30 del Exp. 11157.

⁹⁹ Fls. 4 a 6 del Exp. 11160.

¹⁰⁰ Fl. 7 del Exp. 11160.

¹⁰¹ Fl. 8 del Exp. 11160.

¹⁰² Fls. 9 a 17 del Exp. 11160.

¹⁰³ Fl. 155 del Exp. 11160.

¹⁰⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

*daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico*¹⁰⁵.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “*responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables*”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho*”¹⁰⁶, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “*el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación*”¹⁰⁷.

En el presente asunto, la Sala encuentra debidamente acreditado el daño antijurídico consistente en la incineración de las viviendas habitadas por las familias RODRIGUEZ MONSALVE, VERANO SIERRA y PINZÓN CASTAÑEDA, así como la casa donde vivía la señora MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA junto con su hijo. Dicho daño antijurídico acaeció en el marco de los enfrentamientos militares entre el Ejército Nacional y miembros de un grupo insurgente, que tuvieron lugar el día 18 mayo de 1993 en la vereda San Gil del Municipio de Florián, Santander.

De la incineración de los inmuebles en los que habitaban las referidas familias se derivaron ciertos perjuicios respecto de los cuales la Sala se pronunciará párrafos adelante.

5. Imputación

5.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado. Reiteración de jurisprudencia

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “*constitucionalización*”¹⁰⁸ de la responsabilidad del Estado¹⁰⁹ y se erigió como garantía de los derechos e

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

¹⁰⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

¹⁰⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ 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*

intereses de los administrados¹¹⁰ y de su patrimonio¹¹¹, sin distinguir su condición, situación e interés¹¹². 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”¹¹³. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad¹¹⁴; 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”¹¹⁵.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹¹⁶ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹¹⁷ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo¹¹⁸.

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.

¹¹⁰ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coord.). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

¹¹¹ “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.

¹¹² 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 general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ “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.

¹¹⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.

¹¹⁶ “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.

¹¹⁷ 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

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 fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”¹¹⁹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad ¹²⁰, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica¹²¹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹²².

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.

¹¹⁸ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

¹²⁰ 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.

¹²¹ 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.

¹²² “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

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”¹²³. 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”¹²⁴.

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”¹²⁵. 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 de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no¹²⁶. 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”¹²⁷.

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

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.

¹²³ “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.

¹²⁴ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹²⁵ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹²⁶ 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, expediente:14170.

¹²⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

proporcionalidad¹²⁸ 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 ponderación¹²⁹ 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”¹³⁰.

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 protección¹³¹ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹³². 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*

¹²⁸ “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.

¹²⁹ “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.

¹³⁰ 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 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 Ángeles, Berkeley, 1998, p.430.

¹³¹ 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.

¹³² Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs. 1 y ss.

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”¹³³.

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 sociedad¹³⁴, 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- 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

¹³³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

¹³⁴ “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal.*, ob., cit., p.15.

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 riesgos¹³⁵¹³⁶.

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 garante¹³⁷.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación 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 universal¹³⁸, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse que en su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”¹³⁹.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos¹⁴⁰, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito

¹³⁵ 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.

¹³⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

¹³⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹³⁸ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

¹³⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

¹⁴⁰ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211.

negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

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.

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.

5.2. Falla del servicio por vulneración del principio de distinción del DIH

De conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado. Así las cosas, no es suficiente acreditar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración¹⁴¹.

La Sala reitera que en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad¹⁴², según el cual, resulta procedente reconocer la indemnización del daño antijurídico a cargo del Estado siempre que concurren sustento fáctico y atribución jurídica¹⁴³.

Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el *principio de distinción*¹⁴⁴, según el cual “*las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares*”¹⁴⁵. Dicho principio se justifica en la necesidad de que “*las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles.*”¹⁴⁶

¹⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19974.

¹⁴² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Ramelli Arteaga, Alejandro. “*Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*” GIZ, 2011. Pp. 145. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

¹⁴⁵ Marco Sassoli. “*Legitimate targets of attacks under international humanitarian law*”. *Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*. 2003. Disponible en: <http://www.hpcrrresearch.org/sites/default/files/publications/Session1.pdf>.

¹⁴⁶ Valencia Villa, Alejandro. “*Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano*”. USAID y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2007. P. 121. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. “*Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes “en conflicto harán*

El Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra¹⁴⁷ establece el principio de distinción en relación con los bienes militares y civiles en los siguientes términos:

“Artículo 52: Protección general de los bienes de carácter civil

1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.
2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.
3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.”

Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contienen expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles¹⁴⁸, ésta ha sido incorporada en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos. En efecto, los artículos 3.7 del *Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos enmendado el 3 de mayo de 1996*¹⁴⁹ y 2.1 del *Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias*¹⁵⁰ establecen la prohibición de atacar bienes civiles.

Asimismo, la Resolución 1265 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó todos los ataques dirigidos en contra de bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario¹⁵¹.

Por su parte, el *Customary International Humanitarian Law* también establece el principio de distinción entre los bienes civiles y militares en los siguientes términos:

“Regla 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

¹⁴⁷ Cfr. Ley 11 de 21 de julio de 1992, “por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977”. Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 1993.

¹⁴⁸ Algún sector de la doctrina ha señalado que dicha prohibición podría entenderse incorporada en el artículo 13 del Protocolo II Adicional según el cual “1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares.”

¹⁴⁹ **Artículo 3: Restricciones generales del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos** “7. Queda prohibido, en todas las circunstancias, emplear las armas a las que se aplica el presente artículo, sea como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil propiamente dicha o contra personas civiles o bienes de carácter civil.”

¹⁵⁰ **“Artículo 2. : Protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil** 1. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil.”

¹⁵¹ <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1946.pdf?view=1>

Regla 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Regla 9. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares.

Regla 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean."¹⁵²

Así las cosas, tal como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción pretende *"la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares"*¹⁵³.

Es preciso resaltar que según la jurisprudencia constitucional tales normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario integran el denominado Bloque de Constitucionalidad¹⁵⁴. Al respecto, la propia Corte Constitucional ha señalado que *"[e]l hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...) El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en "eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad", y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo."*¹⁵⁵

Así, además de estar previsto en normativa de Derecho Internacional Humanitario, el principio de distinción constituye una norma consuetudinaria e integra el *ius cogens*. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que:

"el principio de distinción –el cual es obligatorio para el Estado colombiano por su doble naturaleza de norma convencional y consuetudinaria de derecho internacional, además de ser una norma de ius cogens-, que incluyen la

¹⁵² ICRC. Customary International Humanitarian Law. "Rule 7. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects. Rule 8. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose partial or total destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage. Rule 9. Civilian objects are all objects that are not military objectives. Rule 10. Civilian objects are protected against attack, unless and for such time as they are military objectives."

¹⁵³ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996. "[it] is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets"

¹⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-225 de 1995 y C-291 de 2007.

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003.

*prohibición de dirigir ataques contra la población civil o contra personas civiles, y la prohibición de llevar a cabo actos dirigidos a aterrorizar a la población civil*¹⁵⁶.

En relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que *“es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”*¹⁵⁷. En este sentido, Los bienes civiles son *“aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”*¹⁵⁸; los objetivos militares, por su parte, son *“aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”*¹⁵⁹.

Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación *“falla del servicio”*¹⁶⁰.

En el presente asunto, la Sala considera que de la lectura y análisis conjunto del acervo probatorio obrante en el expediente el daño antijurídico consistente en la incineración de los lugares de habitación de las familias RODRIGUEZ MONSALVE, VERANO SIERRA y PINZÓN CASTAÑEDA, así como la casa donde vivía la señora MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA junto con su hijo, se produjo como consecuencia de la persecución y ataque a miembros de un grupo insurgente por parte de efectivos del Ejército Nacional en el marco de la denominada operación invierno adelantada en el municipio de Florián, Santander, el 18 de mayo de 1993.

El análisis de los hechos acreditados arroja como resultado la ocurrencia de un daño antijurídico de naturaleza anormal y excepcional; es decir, un daño antijurídico que los demandantes no tenían la obligación de soportar como la pérdida del lugar de habitación como consecuencia de la labor de mantenimiento del orden público, y persecución y combate efectivo de las fuerzas insurgentes constitucionalmente asignada a las Fuerzas Militares¹⁶¹.

En efecto de la prueba documental allegada al expediente la Sala concluye sin vacilación alguna que (i) los demandantes ostentan la condición de víctimas por la pérdida de sus lugares de habitación en los hechos ocurridos el 18 de mayo de 1993; (ii) en tal fecha, el Ejército Nacional adelantó labores de persecución y combate en la vereda San Gil del municipio de Florián Santander, lugar donde

¹⁵⁶ Corte Constitucional. Auto 092 de 2008. Cfr. Sentencia SU747 de 1998. *“Como se señala en la sentencia C-225/95 de esta Corporación, los no combatientes no pueden ser en ningún momento objeto de acciones militares y, además, no pueden ser involucrados dentro del conflicto armado, pues eso los convertiría en actores del mismo y, en consecuencia, en objetivos militares. Es claro entonces que el Estado colombiano no está autorizado para atacar o aterrorizar a la población civil ni para involucrarla en el conflicto armado, en calidad de actor militar.”*

¹⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. Cfr. TPIY. Caso Fiscal Vs. Tihomir Blaskic. *“Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”* [Traducción informal: *“The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”*].

¹⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

¹⁵⁹ *Ibídem*.

¹⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de julio de 2005. C.P. Alier Eduardo Hernández. Rad. 13969. Aclaración de Voto de Stella Conto Díaz del Castillo a la sentencia de 9 de diciembre de 2011. Rad. 21201.

¹⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 15591.

habitaban las familias demandantes; y (iii) dado lo anterior, los demandantes han sido beneficiarios de ayudas humanitarias provenientes de Programa para la Atención a las Víctimas de la Violencia de la Cruz Roja Nacional.

Ahora bien, tal como se relacionó en el acápite "*hechos probados*" de la presente providencia, algunas declaraciones de testigos e informes dan cuenta que la incineración de los inmuebles donde vivían los demandantes fue producto del accionar directo de miembros del Batallón de Infantería No. 1 Bolívar de Tunja, Boyacá.

Al respecto, resulta pertinente resaltar que si bien en el escrito de contestación a la demanda presentado el 18 de enero de 1996 por el representante de las fuerzas militares dentro del expediente 10807 se intentó justificar la conflagración de ciertas casas campesinas por cuanto allí "*(...) se hallaban plantas eléctricas, telas para confeccionar uniformes militares, uniformes confeccionados, máquinas de coser y casetes con grabaciones de la subversión*"; lo cierto es que tales afirmaciones no se encuentran acreditadas en el expediente de la referencia.

Así, la Sala encuentra acreditado que la conflagración de las casas habitadas por las familias RODRIGUEZ MONSALVE, VERANO SIERRA y PINZÓN CASTAÑEDA, así como la casa donde vivía la señora MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA junto con su hijo, fue producto de las labores de persecución adelantadas por miembros del Ejército Nacional en contra de miembros de la insurgencia.

En tales términos, el material probatorio obrante en el expediente permite concluir sin vacilación alguna que en el asunto *sub judice* el accionar de los miembros del Ejército Nacional, además de causar el daño antijurídico referido párrafos atrás, vulneró el principio de distinción por cuanto se perpetraron ataques en contra de bienes civiles.

Resulta pertinente resaltar que la Sala no desconoce el papel actuante de las Fuerzas Militares en defensa del sistema constitucional y del Estado de derecho, como tampoco la complejidad inherente al cumplimiento de dichas funciones en ciertas zonas del país caracterizadas por la presencia de los diferentes grupos armados al margen de la ley; sin embargo, se reitera que dicha función está sometida al ordenamiento jurídico¹⁶². En particular, el desarrollo de operaciones militares en todo caso deberá ceñirse a la normatividad del DIH que impone especiales cargas y obligaciones para las partes en desarrollo de los conflictos armados.

En el presente caso, en desarrollo de las referidas funciones de salvaguarda de la seguridad pública y el orden constitucional y como consecuencia del conflicto entre miembros del Batallón de Infantería No. 1 Bolívar de Tunja, Boyacá, y grupo insurgente, el Ejército Nacional incineró algunas casas y bienes muebles de campesinos.

Así, además de vulnerarse el principio de distinción, lo cierto es que los ataques y defensa militares implementados por el Ejército resultaron, a todas luces, completamente desproporcionados a tal punto que se destruyeron bienes civiles. En efecto, está proscrito que las partes en la contienda militar usen ciertas armas, métodos o tácticas de guerra, que causen daños a civiles en su persona o bienes.

¹⁶² Artículos 217 y 218 de la C.P. "*Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*"

Si el desarrollo de las operaciones militares de cada una de las partes en conflicto tiene por finalidad debilitar al adversario, en todo caso los ataques y defensas militares implementados deberán ser proporcionales en relación con la naturaleza y magnitud del objetivo militar o del ataque que se pretende repeler. En el presente asunto, el accionar de los efectivos militares del Ejército Nacional no resultó proporcional ni se limitó a neutralizar y vencer al grupo insurgente, por el contrario, se extendió a bienes de naturaleza civil.

Así las cosas, en el presente asunto, la Sala encuentra acreditados los supuestos necesarios para que resulte procedente declarar la responsabilidad del Estado a título de falla del servicio por cuanto el Ejército Nacional vulneró el principio convencional y consuetudinario de distinción propio del Derecho Internacional Humanitario, en particular, la prohibición de atacar bienes civiles.

7. Liquidación de perjuicios

Se reitera que la Sala encuentra debidamente acreditada la conflagración de las casas habitadas por las familias RODRIGUEZ MONSALVE, VERANO SIERRA y PINZÓN CASTAÑEDA, así como la casa donde vivía la señora MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA junto con su hijo, como consecuencia de los enfrentamientos entre el Ejército Nacional y las FARC en el municipio de Florián, Santander, el día 18 de marzo de 1996.

No obstante lo anterior, la Sala únicamente condenará a la entidad demandada por concepto de perjuicios morales, que no de materiales, en atención a las siguientes consideraciones:

Si bien se demostró que las referidas familias habitaban casas que resultaron incineradas en la vereda San Gil del Municipio de Florián, Santander, lo cierto es que no se acreditó calidad alguna de propietarios, poseedores, meros tenedores, arrendatarios, entre otras tantas, en relación con los lugares donde habitaban.

Así, en los expedientes número 10807 y 11157, los demandantes alegaron la calidad de propietarios con fundamento en un documento privado¹⁶³ y una certificación de la Alcaldía municipal¹⁶⁴, respectivamente; por su parte, en el expediente 11158, los demandantes hicieron lo propio mediante un certificado expedido por la Caja Agraria¹⁶⁵. No obstante, tal como salta a la vista, dichas pruebas no son conducentes ni idóneas para acreditar la pretendida condición de propietarios.

En fin, ninguna de las familias demandantes que perdieron su habitación en la incineración referida acreditaron condición o calidad alguna en relación con las

¹⁶³ Fl. 36 del Exp. 10807. Documento privado de 20 de abril de 1993 mediante el cual se celebró un contrato de compraventa de un inmueble rural con extensión de una hectárea y media en la vereda San Gil del municipio de Florián. El señor CARLSO ABEL VERANO figura como vendedor y NORBERTO ARTEMIO VERANO GONZALEZ, como comprador.

¹⁶⁴ Fl. 22 del Exp. 11157. Certificado expedido por la Alcaldía Municipal de Florián el 15 de mayo de 1995, mediante el cual se certificó que “*el señor CAMPO EMIGDIO PINZÓN FLOREZ, natural y vecino de la vereda San Gil, jurisdicción de esta municipalidad, es propietario de la finca denominada NARANJITOS, situada en la vereda de San Gil, jurisdicción de este municipio.*”

¹⁶⁵ Fl. 11 del Exp. 11158. Certificado de 12 de septiembre de 1993, la Caja Agraria certificó que el señor NEFTALÍ ESPITIA RODRIGUEZ es propietario de “*la escritura 287 de 2 de julio de 1992 registrada en Puente Nacional Santander correspondiente a una finca rural.*”

casas objeto de la conflagración; simplemente afirmaron que allí vivían, versión corroborada por los testimonios recibidos en el transcurso del periodo probatorio.

Igual aconteció con los enseres y bienes muebles que, según los demandantes, perdieron como consecuencia de la conflagración. Es preciso señalar que en el expediente simplemente obra el listado o inventario de bienes muebles y enseres incinerados que los demandantes presentaron a la Cruz Roja en busca de ayuda humanitaria y la enunciación de los mismos en el texto de la demanda.

Así las cosas, no obra prueba alguna en el expediente que acredite que (i) los demandantes eran propietarios de los bienes muebles y enseres enlistados en los referidos documentos y (ii) que tales bienes se perdieron como consecuencia de la conflagración causada a raíz de los enfrentamientos entre los miembros del Ejército y los miembros del grupo armado, registrados el 18 de marzo de 1996 en el municipio de Florián, Santander.

Al respecto, esta corporación ha señalado al unísono que el perjuicio indemnizable puede ser actual o futuro, “[...] pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública.”¹⁶⁶ Así las cosas, el perjuicio debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el proceso; “los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza”¹⁶⁷.

En este sentido, si el demandante no acredita la existencia del perjuicio y su cuantía, la pretensión indemnizatoria está llamada al fracaso pues sin la certeza de la ocurrencia y la magnitud de tal elemento resulta imposible edificar juicio de responsabilidad alguno¹⁶⁸.

Al respecto, la Sección Primera de esta corporación recientemente sostuvo que “[e]l carácter resarcible del daño depende fundamentalmente de la certeza de su ocurrencia, pues es claro que las lesiones de carácter hipotético, estocástico o contingente no pueden ser objeto de reparación o compensación. El agravio debe estar revestido entonces de certeza para que produzca efectos jurídicos y dé lugar al resarcimiento, pues todo aquello que constituya una simple conjetura o una suposición no puede dar lugar a una indemnización”¹⁶⁹.

En atención a las anteriores consideraciones, la Sala no reconocerá indemnización a favor de los demandantes por concepto de perjuicios materiales por cuanto no se encuentran acreditados en el expediente. Únicamente se reconocerá indemnización por los perjuicios morales derivados de la conflagración de los lugares de habitación de las familias RODRIGUEZ MONSALVE, VERANO SIERRA y PINZÓN CASTAÑEDA, así como la casa donde vivía la señora MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA junto con su hijo.

7.1. Perjuicios morales

¹⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 13168.

¹⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de abril de 2011. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Exp. 18878.

¹⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de enero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 15800.

¹⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 10 de marzo de 2011. C.P. Marco Antonio Velilla. Exp. 03941.

La Sala encuentra acreditado que la incineración de los lugares de habitación de las familias RODRIGUEZ MONSALVE, VERANO SIERRA y PINZÓN CASTAÑEDA, así como la casa donde vivía la señora MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA junto con su hijo, en los hechos *sub judice* causó perjuicios morales a los integrantes de tales núcleos familiares.

Por otro lado, como la parte actora fijó el valor de la indemnización de los perjuicios morales en gramos de oro, la Sala advierte que tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646), la cual, abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales, y en su lugar, estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salarios mínimos legales mensuales vigentes por una estimación que responda a la reparación integral y equitativa del daño.

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.

La Sala encuentra acreditado el padecimiento moral de los integrantes de las familias RODRIGUEZ MONSALVE, VERANO SIERRA y PINZÓN CASTAÑEDA, así como de la señora MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA y su hijo, como consecuencia de la incineración de sus lugares de habitación. Sin embargo, dada la dificultad material de acreditar la medida de la aflicción moral padecida por su familia, esta Sala ha sostenido que la valoración o tasación de dicho perjuicio la debe realizar el juzgador en cada caso según su prudente juicio, el cual está supeditado a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, de modo que en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado, es procedente condenar al Estado hasta por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en 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” .

Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su arbitrio judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser o

bien perdido, para fundado en el principio de equidad alcanzar una cuantificación y liquidación justa de su indemnización.

Lo anterior, significa que el arbitrio judicial en materia de tasación y liquidación de los perjuicios morales no está sujeto a imposiciones jurisprudenciales, ni a limitaciones conceptuales, menos a aquellas con las que pueda socavarse no sólo su libre ejercicio por el juez, sino que se condicione de tal manera que se convierta una construcción jurisprudencial en precedente cuando no tiene dicho alcance, implicando, además, en el fondo la generación de desigualdades e, incluso, de discriminaciones.

De ahí, pues, que como manifestación del arbitrio judicial se emplea (sin convertirse en regla normativa) la metodología del test de proporcionalidad, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad¹⁷⁰, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, con mínimos criterios objetivos, como por ejemplo: i) núcleo familiar; ii) relaciones afectivas; iii) relaciones de cercanía (no sólo material, sino desde la perspectiva de las relaciones que se logre establecer existía entre los miembros de la familia de la víctima o lesionado), y otras inherentes al concepto de familia, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden¹⁷¹ que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor

¹⁷⁰ “La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.).

En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia”.

¹⁷¹ Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.

genérico del perjuicio moral que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y la imputación.

La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología en el ejercicio del arbitrio *iudicis*, tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales. Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”¹⁷². Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban de la idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza:

“Las cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.

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

La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones”¹⁷³.

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

Así mismo, para la tasación y liquidación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya

¹⁷² TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

¹⁷³ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad¹⁷⁴ desde la perspectiva del juicio de igualdad¹⁷⁵, y de la necesidad de ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción¹⁷⁶, sino que debe trascenderse, como se busca con el

¹⁷⁴ “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general - como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

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

¹⁷⁵ 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

¹⁷⁶ Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales “es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de

test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo valore, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación¹⁷⁷ de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial colisión de los derechos señalados que pueda representarse en la tasación y liquidación de los perjuicios morales atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando una mayor colisión de los mismos, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia¹⁷⁸ es que procede, dentro del arbitrio judicial, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente ponderación. De ahí que en la jurisprudencia constitucional se sostiene:

“Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada¹⁷⁹ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”¹⁸⁰.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala:

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente¹⁸¹, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas¹⁸², el perjuicio estético causado¹⁸³ o el daño a la

subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto”. SOBREVILLA, David: “La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. “El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. N.23, 2011, p.327.

¹⁷⁷ “La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales”. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

¹⁷⁸ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

¹⁷⁹ 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

¹⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁸¹ 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

¹⁸² 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

reputación¹⁸⁴. 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 oro¹⁸⁵¹⁸⁶.

El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto¹⁸⁷. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al

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.”

¹⁸³ 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

¹⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

¹⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

¹⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁸⁷ 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.

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

De acuerdo con lo anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso se sujetará 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.

Si bien la metodología descrita ha sido aplicada para efectos de determinar el quantum indemnizatorio en casos de afectaciones o perjuicios en la esfera corporal o psicológica de los sujetos, o para afectaciones a seres cercanos, lo cierto es que nada obsta para que se recurra a la misma para determinar la indemnización que corresponde por concepto de perjuicios morales tratándose de pérdidas materiales.

Al respecto, es preciso resaltar que la jurisprudencia y doctrina nacionales han reiterado al unísono que hay lugar a predicar daño moral siempre que se cause aflicción, congoja, afectación o padecimiento en la esfera interna de los sujetos. En tales términos, independientemente de que dicha aflicción se cause por lesiones personales, pérdida de un ser querido o afectaciones a bienes, se predicará daño moral siempre que el individuo experimente en su fuero interno la referida congoja o padecimiento.

Así las cosas, sin importar la causa que determine el padecimiento moral, resultará procedente su reconocimiento e indemnización siempre que éste resulte acreditado en el expediente, junto con los demás elementos del juicio de responsabilidad.

En otras palabras, y siguiendo la jurisprudencia de la Corporación, la Sala considera que hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, lo que incluye aquel perjuicio derivado de la pérdida de bienes materiales, siempre y cuando dichos perjuicios sean demostrados en el proceso. Es decir, que el juzgador debe tener la convicción y la certeza de que la víctima tuvo padecimientos a causa de la pérdida de bienes materiales y, por tanto, no exista duda del derecho que asiste a quienes sufrieron el daño para acceder a una condena por este concepto¹⁸⁸.

En relación con el elemento relativo a la idoneidad, conforme a la prueba testimonial allegada al expediente, la Sala considera debidamente acreditado que a los demandantes se les causó profundo dolor, aflicción y tristeza con la incineración y pérdida de las casas de habitación y enseres máxime si se tienen presentes las violentas y traumáticas circunstancias en que se produjeron los daños inferidos.

¹⁸⁸ En este sentido véanse las siguientes Sentencias, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 24 de septiembre de 1987, Exp. 4039; 13 de octubre de 1994, Exp. 9.206; 28 de noviembre de 2002, Exp. 14.040, 18 de marzo de 2004, Exp. 14.585 y 26 de marzo de 2008, Exp. 15.535.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la Sala encuentra demostrado que las estructuras familiares de los demandados estaban arraigadas en las casas y territorios incinerados. En efecto, además de demostrar que los demandantes vivían y trabajaban allí, probaron que del cultivo de dichas parcelas obtenían lo básico para su subsistencia. Así, la destrucción de tales viviendas, además de una grave afrenta a la dignidad de los campesinos demandantes, representó, entre otras, una afectación intensa a su mínimo vital y desarrollo vital.

Por último, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, resulta claro que la incineración de las casas de habitación y enseres de los demandantes surtió graves efectos en su devenir; impuso graves sacrificios materiales que sin lugar a dudas causaron intensa congoja y aflicción moral; además del desasosiego y ansiedad por haber perdido no sólo su lugar de habitación sino su fuente de subsistencia.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del *a quo* en la que denegó las pretensiones de la demanda; y en su lugar, condenará al Ejército Nacional - Ministerio de Defensa al pago de los perjuicios morales que se presume sufrieron los demandantes, en la cuantía que se expone a continuación:

NOMBRE	PERJUICIO MORAL (solicitado)	PERJUICIO MORAL (reconocido)
NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ	1.000 gramos oro	90 smlmv
DORIS PINZÓN MONSALVE	1.000 gramos oro	90 smlmv
BETTY PINZÓN MONSALVE	1.000 gramos oro	90 smlmv
LISETH ESPITIA PINZÓN	1.000 gramos oro	90 smlmv
ANDRÉS YESID ESPITIA PINZÓN	1.000 gramos oro	90 smlmv
NORBERTO ARTEMIO VERANO	1.000 gramos oro	90 smlmv
GLADYS CONSUELO SIERRA	1.000 gramos oro	90 smlmv
MAGDA YASMIN VERANO SIERRA	1.000 gramos oro	90 smlmv
CESAR VERANO SIERRA	1.000 gramos oro	90 smlmv
FERNANDO VERANO SIERRA	1.000 gramos oro	90 smlmv
NORBHEY ARTEMIO VERANO SIERRA	1.000 gramos oro	90 smlmv
CAMPO EMIGDIO PINZÓN	1.000 gramos oro	90 smlmv
FLOR MARIA CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
JOYCE STMITH PINZÓN CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
YEIVINSON	1.000	90

EMIRIO PINZÓN CASTAÑEDA	gramos oro	smlmv
NILA BRICEIDA PINZÓN CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
CLAUDIA YANIL PINZÓN CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
EDGAR EMIGDIO PINZÓN CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
EDGAR EMIGDIO PINZÓN CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
MILTON ROGERIO PINZÓN CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
ELDA MARIA PINZÓN CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
NEYDA EMILCE PINZÓN CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
NIDIA EUFEMIA PINZÓN CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA	1.000 gramos oro	90 smlmv
YENY LEIR PINZÓN	1.000 gramos oro	90 smlmv

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

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 14 de junio de 2001 proferida en el presente asunto por la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo con Sede en Cali.

SEGUNDO: DECLÁRESE la responsabilidad administrativa y patrimonial del Ejército Nacional - Ministerio de Defensa de la incineración de las casas donde habitaban los señores NEFTALI ESPITIA RODRIGUEZ y DORIS PINZÓN MONSALVE, y sus hijos BETTY LISETH y ANDRÉS YESID ESPITIA PINZÓN; NORBERTO ARTEMIO VERANO y GLADYS CONSUELO SIERRA, y sus hijos MAGDA YASMIN, CESAR FERNANDO y NORBEY ARTEMIO VERANO SIERRA; CAMPO EMIGDIO PINZÓN y FLOR MARIA CASTAÑEDA, y sus hijos JOYCE STMITH, YEIVINSON EMIRIO, NILA BRICEIDA, CLAUDIA YANIL, EDGAR EMIGDIO, MILTON ROGERIO, EDLDA MARIA, NEYDA EMILCE y NIDIA EUFEMIA PINZÓN CASTAÑEDA; MARIA EDELMIRA PINZÓN CASTAÑEDA y su

hija YENY LEIR PINZÓN, en hechos acaecidos el día 18 de marzo de 1996 en el municipio de Florián, Santander.

TERCERO: CONDENÁSE a la entidad condenada a pagar a los demandantes, por concepto de perjuicios morales, la suma de noventa salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de los demandantes, tanto padres como hijos, referidos en el numeral anterior.

CUARTO: REMÍTASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

ENRIQUE GIL BOTERO
Consejero

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

FALLA DEL SERVICIO - No es título de imputación exclusivo o principal

Me aparto del planteamiento así esbozado, pues estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (...) no es aceptable que se asimile la responsabilidad de tipo objetivo con la figura del seguro o el reaseguro, en atención a que el derecho de daños contiene disímiles fundamentos conceptuales y prácticos que diferencian cada escenario. En consecuencia, restringir la responsabilidad del Estado sólo a aquellos eventos en que se acredite un comportamiento inadecuado, negligente, descuidado o ilegal, implica una significativa limitación a los estándares modernos del derecho de la responsabilidad que avalan la posibilidad de que se irroguen daños en el ejercicio de actividades lícitas.

PERJUICIOS MORALES - Reiteración posición Sala. TEST DE PROPORCIONALIDAD - Inaplicabilidad en la determinación de perjuicios morales / ARBITRIO IURIS - Aplicación para la liquidación de perjuicios morales

Es preciso advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia para la liquidación de los perjuicios morales 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 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 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.

PRUEBAS - Copias simples. Valor protatorio / COPIAS SIMPLES - Valor probatorio

Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades para señalar que el hecho de que las copias simples hayan obrado en el proceso y las partes no las hayan tachado de falsas es fundamento suficiente, de la mano del principio constitucional de buena fe (art. 83) para que sean valorables por parte del funcionario judicial.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 83

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012)

Radicación número: 68001-23-15-000-1997-00807-01(22377)

Actor: NORBERTO ARTEMIO VERANO GONZALEZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - 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, comparto la decisión adoptada el 27 de abril del año en curso de declarar la responsabilidad y condenar al Estado en el caso concreto, me aparto de algunos temas y consideraciones de la parte motiva que inciden en la resolutive, circunstancia por la cual disiento de las mismas.

1. Contenido y alcance de la decisión materia de aclaración de voto

El derrotero en relación con las discrepancias que se formulan, es el siguiente: 1) La falla del servicio como título jurídico de imputación aplicable al caso concreto;

2) la aplicación del test de proporcionalidad en cuanto a la liquidación de los perjuicios morales, y 3) la posibilidad de valorar las copias simples que han obrado en el proceso.

1.1. La falla del servicio como título jurídico de imputación en el caso concreto

Pareciera que la posición mayoritaria se orienta a definir todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de la verificación o no de la falla del servicio, pues en la parte motiva se señala, como *obiter dictum* y, a mi modo de ver, con desconocimiento de las implicaciones que ello acarrea, que “[e]n concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla del servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos...” (página 44).

Me aparto del planteamiento así esbozado, pues estoy convencido de que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *A contrario sensu*, considero que la formulación de otros títulos de imputación (v.gr. los de naturaleza objetiva), ha sido definida en la mayoría de los casos por el legislador, o por la jurisprudencia, en atención a determinados hechos o circunstancias que, por su propia lógica, ameritan que el análisis de la discusión sea examinado sin consideración alguna al elemento subjetivo (culpa o falla) del sujeto de derecho demandado.

No es que el legislador y el juez hayan construido una teoría acerca de los títulos de imputación, de forma caprichosa, sino que tal estructura y contenido, tienen su fundamento en el hecho de que, en ciertas ocasiones, no es posible endilgar responsabilidad bajo un esquema subjetivo, como quiera que desde ciertos supuestos el actuar diligente o cuidadoso de la persona frente a quien se endilga responsabilidad, no es trascendente para efectos de enervar la pretensión resarcitoria.

Desde la perspectiva personal, no pretendo discutir el contenido y alcance que se le ha dado al artículo 90 de la Constitución Política, por parte de esta Corporación, esto es, que la falla del servicio continúa siendo el título de imputación por excelencia y que, de manera excepcional, deben ser definidas las controversias a partir del régimen objetivo; no obstante lo anterior, debo defender la idea según la cual existen eventos, decantados por la jurisprudencia, en los cuales el litigio debe ser definido a través de títulos de naturaleza objetiva, de manera principal, por razones jurídicas o motivos de solidaridad, igualdad y equidad¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación puntualizó:

“La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o

En esa línea de pensamiento, estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio en aquellos eventos en que, del análisis del proceso, aparezca claro el acaecimiento de la misma y, por consiguiente, haya lugar a declararla, puesto que esta interpretación se acompasa con la aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). No obstante lo anterior, discrepo de la hermenéutica plasmada en la providencia, en cuanto pretende restringir la responsabilidad a la constatación de una falla del servicio (escenario subjetivo), lo que supondría un retroceso jurisprudencial de varias décadas, ya que esta Jurisdicción ha avanzado significativamente en el reconocimiento y delimitación de títulos objetivos de responsabilidad estructurados en la noción de riesgo excepcional y del daño especial, este último bajo la égida de que actuaciones lícitas y legítimas de la administración pueden romper el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En efecto, los títulos de imputación de carácter objetivo no pretenden fijar una responsabilidad automática o absoluta de la administración pública —a diferencia de un sistema de aseguramiento universal o de fondos de solidaridad— sino de un esquema en el que el fundamento normativo de la reparación integral de la lesión antijurídica no se define única y exclusivamente en comportamientos culposos de la organización estatal.

De allí que, las afirmaciones que se realizan en el fallo desconocen un principio que se trasunta de las construcciones teóricas que se han desarrollado por esta Corporación desde 1947, según el cual, se itera, el Estado puede desencadenar daños antijurídicos con su comportamiento lícito y legítimo, bien porque introduce un riesgo a la sociedad que concreta un daño o porque con su comportamiento adecuado y legal rompe de manera grave el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En ese orden de ideas, no es aceptable que se asimile la responsabilidad de tipo objetivo con la figura del seguro o el reaseguro, en atención a que el derecho de daños contiene disímiles fundamentos conceptuales y prácticos que diferencian cada escenario.

En consecuencia, restringir la responsabilidad del Estado sólo a aquellos eventos en que se acredite un comportamiento inadecuado, negligente, descuidado o ilegal, implica una significativa limitación a los estándares modernos del derecho de la responsabilidad que avalan la posibilidad de que se irroguen daños en el ejercicio de actividades lícitas.

Como corolario, es preciso que la Subsección o el pleno de la Sección Tercera reflexione sobre el contenido y alcance de los argumentos que defiende la providencia, en tanto se estaría modificando sustancialmente la hermenéutica del artículo 90 de la Constitución Política que ha prohijado la aplicación no sólo de títulos de imputación subjetiva (falla del servicio), sino de igual forma de carácter objetivo como son el riesgo excepcional y el daño especial.

Entonces, estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio en aquellos eventos en que, del análisis del expediente, aparezca claro el acaecimiento de la misma y, por consiguiente, haya lugar a declararla, toda vez

en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes.

que esta interpretación se acompasa con la aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho).

En consecuencia, el uso del principio de distinción contenido en los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra, conlleva a que la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares y terceros ajenos al conflicto interno, se vean compelidos a demostrar una falla del servicio por la violación al citado postulado normativo internacional que se aplica en Colombia en virtud del bloque de constitucionalidad.

Por consiguiente, considero que la aplicación del citado principio de distinción a al escenario de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado es un desacierto, en tanto restringe de manera injustificada la aplicación de regímenes de responsabilidad objetiva, tales como el daño especial, que han sido aceptados de antaño por la jurisprudencia de la Sección, así como de la Sala Plena de la Corporación para resolver escenarios en los cuales en el marco de una actividad legítima y lícita de la administración pública como controlar el orden público y defender a la población civil se producen daños antijurídicos.

Considero, en ese sentido, desafortunada la transpolación contenida en el proveído toda vez que en virtud de la normativa que regula los conflictos internos y las guerras entre Estados se restringen principios y estructuras basales propias del derecho de daños que atienden a la reparación integral de la víctima y, por lo tanto, se concentran en el eje central de la responsabilidad, esto es, en la afectación negativa que no se está en el deber jurídico de soportar, al margen de la calificación o graduación del comportamiento que pueda imputársele al Estado, es decir, si su comportamiento fue culposo o, si por el contrario, es atribuible bajo la aplicación de un título objetivo como el riesgo excepcional o el daño especial.

1.2. Principio de proporcionalidad en la liquidación del perjuicio moral

En cuanto al principio de proporcionalidad en la liquidación del perjuicio moral, es preciso advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia para la liquidación de los perjuicios morales 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.

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, 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 aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

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

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

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

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

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”¹⁹⁰

De allí que, la aplicación –a mi modo de ver 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.

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

Así las cosas, 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

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, toda vez 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.**¹⁹¹ (Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su 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 ponderación¹⁹², 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 argumentación¹⁹³. 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*”¹⁹⁴. 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 enfrentados¹⁹⁵.

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

¹⁹¹ 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.

¹⁹² 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.

¹⁹³ Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

¹⁹⁴ Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. *Ibidem* pág. 99.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 101 a 103.

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.”¹⁹⁶

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera 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 los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

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

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”¹⁹⁷

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

¹⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

o colisión de principios o de 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 la de 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.

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.

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

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

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”¹⁹⁸

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

¹⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

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

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 una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”¹⁹⁹

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.

El criterio que se defiende y prohija 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*²⁰⁰:

“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.

¹⁹⁹ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

²⁰⁰ 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.

“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), reimpression, 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.

“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.”

Lo anterior fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de noviembre de 2011, en la que se señaló:

“(…) corresponderá al juez del conocimiento, de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo el tradicional criterio del *arbitrium iudicis*”²⁰¹

En esa perspectiva, 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, pues 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.

²⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. No. 11001-3103-018-1999-00533-01, M.P.: William Namen Vargas.

Ahora bien, por la vía de aplicación de manera incorrecta del 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, toda vez que 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 afecto²⁰².

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, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo²⁰³.

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 sentencia en cuestión –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

²⁰² 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.

²⁰³ “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macrorregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

aplicación del criterio mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial²⁰⁴.

El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley²⁰⁵.

No puedo compartir, de ningún modo, un sistema que intrínsecamente se torne injusto porque no se cumplen una serie de requisitos formales como la convivencia, el número de años compartidos, la cercanía afectiva de los integrantes del núcleo familiar, etc²⁰⁶.

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

De otro lado, en el caso concreto resulta paradójico que se nieguen los perjuicios materiales por la falta de acreditación de la propiedad –según los lineamientos de la Sala– pero se reconozca una indemnización por concepto de perjuicios morales por la pérdida de las cosas; en mi sentir, ello supone entrar en una contradicción porque al margen de la propiedad –que no estaba probada - la posición mayoritaria condenó al pago del citado daño inmaterial (ver páginas 44 y 55).

1.3. La posibilidad de valorar las copias simples que han obrado en el proceso

En la sentencia se negó la posibilidad de reconocer valor probatorio a las copias simples que han obrado a lo largo de la actuación procesal.

²⁰⁴ “*Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas.*” Plauto.

²⁰⁵ “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

²⁰⁶ “¿Sabes qué decía mi padre? Él se encoge de hombros. Instintivamente enciendo la grabadora. *Que no es la distancia sino la proximidad lo que nos hace invisibles.*” Efraim Medina.

Sobre el particular, la Sala se pronunció en reciente oportunidad –con ponencia del mismo Consejero de Estado– en sentencia proferida el 18 de enero de la presente anualidad, en el proceso radicado con el número 1999 -01250, en el cual se indicó *in extenso*:

“(…) Ahora, la Sala observa que con la demanda la parte actora aportó en copia simple un documento que contiene la valoración de los daños ocasionados por la toma guerrillera al corregimiento de Tres Esquinas, realizado por el Comité Técnico para la Valoración de Daños, el cual fue suscrito por el Alcalde Municipal, el Secretario de Planeación, el Presidente de la Cruz Roja, el Secretario de Obras Públicas y el Promotor Comunitario. En dicho documento se incluyó el listado de las personas afectadas y el presupuesto establecido por el comité para el resarcimiento de los daños, correspondiéndole a la señora Gloria Orjuela de Lozano la suma de \$55’000.000, con la constancia de que *“el Comité Local de Emergencias del Municipio de Cunday, unánimemente da por aceptado los valores presentados por el Comité Técnico de Valoración para los fines pertinentes”* (fols. 12 a 14 c. 1).

“En principio dicho documento carecería de valor probatorio al obrar en copia simple tal como la Sala lo ha explicado en numerosas providencias, comoquiera que no cumple con las reglas contenidas en el artículo 254 del C. de P.C., según las cuales los documentos públicos y privados aportados en fotocopia simple por personas que no los suscriben no pueden ser tenidos en cuenta, en consideración a que únicamente tienen valor probatorio aquellos aportados en original o en copia autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial o autenticada por notario, previa comparación con el original o con la copia autenticada que se le presente.

No obstante lo anterior, en este caso la Nación, al contestar la demanda admitió tenerlo como prueba y aceptó el hecho al que se refería dicho documento. Así se advierte del escrito presentado oportunamente por la Nación:

“Los hechos números 1-2-3-4-5-6-7 y 9 son ciertos de acuerdo a los documentos que se anexan, los hechos números 8-10-11 y 12 no me constan y por lo tanto me atengo a lo que legalmente resulte probado dentro del proceso.

(...).PRUEBAS.

Además de las solicitadas y aportadas con la demanda, muy respetuosamente me permito anexar fotocopia del informe 00711/030498 y sus anexos, por medio del cual se informó a la Dirección Operativa de la Policía Nacional, el hecho ocurrido el 21 de febrero de 1998 en la localidad de Tres Esquinas.

Así mismo me permito solicitar se decrete la siguiente prueba: (...).”

Y en la demanda, en el hecho 6, que fue aceptado como cierto por parte de la Nación, se narró lo siguiente:

“6. El 27 de febrero a las 9 A.M., según acta No. 006 se reúne nuevamente el CLE para escuchar el informe de los señores Jhon Jenry Morales y Ferney Figueroa G., destacándose en dicha acta que la pérdida de la vivienda de mi poderdante Gloria A. Orjuela de Lozano, asciende a cincuenta y cinco millones de pesos, después de haberse reajustado el precio inicial que daba cuenta de cincuenta millones de pesos”.

“De conformidad con las manifestaciones de las partes, para la Sala dicho documento que obra en copia simple, tiene en esta oportunidad mérito para ser analizado y valorado, comoquiera que la parte demandada pidió tener esa copia como prueba y valorarla como tal; en otras palabras, la Nación no desconoció dicho documento ni lo tachó de falso, sino que conscientemente

manifestó su intención de que el mismo fuese valorado dentro del proceso. **“En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda.**

“Es dable precisar que la interpretación que hoy se efectúa no puede entenderse como la exoneración de la carga de cumplir con las reglas contenidas en la ley procesal civil frente a la aportación de copias de documentos que siguen vigentes y en pleno rigor. Lo que sucede en esta ocasión ambas partes aceptaron que ese documento fuera apreciable y coincidieron en la valoración del mismo en forma recíproca no solo al momento de su aportación, sino durante el transcurso del debate procesal.

“Cabe agregar que la autenticación de las copias tiene por objeto que éstas puedan ser valoradas bajo el criterio de la sana crítica como si se tratara de documentos originales, de manera que frente a la parte contra quien se aducen, ese requisito tiene por finalidad garantizar su derecho de defensa, máxime cuando con tal prueba se pretende probar un hecho que en principio se aduce en su contra. Siendo esto así, cuando las partes de común acuerdo solicitan la apreciación y valoración de un documento aportado en copia simple, como en este caso, no sería dable soslayar ese interés para exigir el cumplimiento de una formalidad y las partes no podrían desconocer la decisión que con sustento en tal documento se adoptare por cuanto esa conducta atentaría contra el principio de la buena fe e implicaría atentar contra sus propios actos.

“Frente a esto último resulta necesario recordar que en la contestación de la demanda la Nación, no solo aceptó el hecho que se pretendía probar con el documento aportado en copia simple, sino que además admitió a éste último como prueba, sin haber alegado en momento alguno que tal documento no se podía valorar, circunstancia que por demás, hubiere significado la trasgresión al principio constitucional de buena fe que protege la confianza que los particulares depositan al deber de coherencia en el actuar de quien tiene la carga de respetar y de someterse a una situación creada anteriormente por su propia conducta. En estos términos la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado

“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. ()”²⁰⁷.

²⁰⁷ Sentencia C-836 que dictó la Corte Constitucional el 9 de agosto de 2001. Exp: D-3374. Actor: Carlos Alberto Maya Restrepo. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

“Al respecto cabe resaltar el siguiente texto doctrinal:

“La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad. He aquí por donde la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas”

“Cabe destacar igualmente el reciente pronunciamiento de la Sala en relación con el valor probatorio de las copias en similares eventos excepcionales:

“Cabe señalar que aunque esas pruebas obran en el expediente en copia simple y fueron aportadas por la parte demandante, las mismas pueden ser valoradas en este proceso, porque:

“-La exigencia legal de los requisitos para que una copia simple tenga valor probatorio en un proceso fue declarada exequible por la Corte Constitucional al resolver la demanda presentada en contra del numeral 2 del artículo 254 y el numeral 3 del artículo 268, por considerar que esas disposiciones no quebrantan los artículos 83 y 228 de la Constitución que, respectivamente, consagran la presunción de buena fe de los particulares en todas las gestiones que éstos adelanten ante las autoridades públicas y el principio de la primacía del derecho sustancial: (...).

“-No obstante, la Sala, sin desconocer las disposiciones que fueron declaradas exequibles, pero aplicando, entre otros, los principios de equidad y de buena fe y como protección al derecho de defensa, ha considerado que las copias simples de un documento tienen valor probatorio, cuando le resulte imposible a quien las aporte obtener la copia auténtica, porque la parte contra la que se aduce sea justamente quien conserve el original y se niegue a aportarlo al expediente, sin aducir una razón jurídica atendible (...).

“-En esa misma providencia destacó la Sala, otros eventos en los cuales el ordenamiento jurídico le confiere valor probatorio a las copias simples: a) en el numeral 6 del artículo 133 del C. de P. Civil a propósito del trámite de reconstrucción por pérdida total o parcial de un expediente, se establece que si sólo concurriere a la audiencia que para el efecto se cita una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el proceso con base en su exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en aquélla, dentro de las cuales pueden ser aportadas copias simples de documentos que obraban en el proceso y que estuvieren en su poder; o b) en el artículo 274 ibídem, cuando una vez citado al autor del documento para su reconocimiento, se presenta renuencia por parte del mismo porque no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas, en cuyos casos no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento, y así se declarará en nota puesta al pie del documento.

“-Pero, además, se añade en esta oportunidad, que con fundamento en el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil es posible, sin contrariar lo dispuesto en los artículos 244 y 268 ibídem, conferir valor probatorio a las copias simples, cuando la parte contra la cual se aducen conserva el original de las que se señala fueron reproducidas y puede por lo tanto, efectuar su cotejo y tacharlas de falsedad cuando no estén conformes, sin necesidad de que practique la inspección judicial de que trata la norma. (...).

“Sin embargo, resultaría superfluo que la misma parte que tiene bajo su guarda los documentos originales, de los cuales la parte contraria afirma haber obtenido las copias que aporta, solicite una inspección judicial para que se practique el cotejo, cuando esa misma parte puede practicar la confrontación sin intervención judicial y en caso de encontrar disconformidad, proponer la tacha de falsedad de que tratan los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. (...).

“-Más evidente aún resulta la carencia de necesidad de que se autenticquen las copias simples aportadas en contra de quien tiene a su disposición los originales o copias auténticas anteriores, o de que éstas se cotejen en diligencia de inspección judicial, en aquellos eventos en los que quien tiene bajo su guarda esos originales o copias auténticas y en contra de quien se aducen las copias simples, en vez de tachar éstas de falsedad, se remite a las mismas para fundamentar su defensa, con ese comportamiento procesal, ha de entenderse que la parte contra quien se aducen las copias ha verificado su autenticidad y las acepta como pruebas válidas del proceso.

“(...). Esa actuación de la parte contra la cual se aducen las copias debe ser valorada atendiendo el principio de lealtad procesal, que debe gobernar el comportamiento de las partes en toda la actividad procesal, principio que la Sala ha aplicado, por ejemplo, para flexibilizar las exigencias legales en relación con la prueba trasladada, por considerar que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, éstas pueden ser valoradas, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el proceso al cual se trasladan, considerando que, en tales eventos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión.

-Finalmente, que para la Sala no cabe duda de que las pruebas traídas por las partes en copia simple, pueden ser apreciadas sin limitación alguna en lo que les resulten desfavorables, en aplicación, igualmente, del principio de lealtad procesal. Por lo tanto, todas las consideraciones anteriores resultan relevantes pero cuando esas copias simples se aducen en contra de la otra parte, que, se reitera, tiene en su poder los originales en las que ellas reposan o las copias auténticas de los mismos”.

“Con fundamento en todo lo anterior, la Sala tendrá como base para la liquidación de los perjuicios materiales la suma de \$55'000.000, que comprende tanto el valor del inmueble de propiedad de la señora Orjuela Grimaldo, como lo solicitado por la miscelánea que quedaba al interior del mismo (...)”^{208 209}

Aunado a lo anterior, la Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades para señalar que el hecho de que las copias simples hayan obrado en el proceso y las partes no las hayan tachado de falsas es fundamento suficiente, de la mano del principio constitucional de buena fe (art. 83) para que sean valorables por parte del funcionario judicial²¹⁰.

²⁰⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012. M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. No. 1999- 01250.

²⁰⁹ Ver entre otras, las sentencias de la Sección Tercera, Subsección C, en los procesos radicados con los Nos. 1996-0142 y 1994-0845. MP. Enrique Gil Botero.

²¹⁰ Ver entre otras, las sentencias de la Sección Tercera, Subsección C, en los procesos radicados con los Nos. 1996-0142 y 1994-0845. MP. Enrique Gil Botero.

Son las anteriores razones las que me compelen a tener que apartarme de forma parcial de la decisión adoptada.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA 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., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012)

Radicación número: 68001-23-15-000-1997-00807-01(22377)

Actor: NORBERTO ARTEMIO VERANO GONZALEZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - 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 resolutive de la misma, me aparto de la manera como se invita a realizar la liquidación de los perjuicios morales, en especial, a la aplicación del test de proporcionalidad.

En la sentencia se estableció que el fundamento de este test comprende tres sub principios, siendo estos, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto, al tenor se dijo:

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”.*

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 precio²¹¹ 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 Villaveces²¹², 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 ocasionado²¹³.

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 persona²¹⁴, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos²¹⁵ o amigos que demuestren la intensidad de la afectación²¹⁶, 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 virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el arbitrio judicial para cuantificar el perjuicio moral²¹⁷, 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

²¹¹ 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.

²¹² 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.

²¹³ Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II.

²¹⁴ 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.

²¹⁵ 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.

²¹⁶ 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.

²¹⁷ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de junio de 1941; M.P. Hernán Salamanca.

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 afectados²¹⁸, 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 administrativa²¹⁹. 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 iudicis*, o *arbitrio juris*.

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”*²²⁰.

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*

²¹⁸ 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.

²¹⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646; C.P. Alier Eduardo Hernández

²²⁰ CFed San Martín 8/11/91, “B.,J.O. c/Transportes automotores Lujan SA”, LL,1992-C-570.

*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*²²¹.

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.

Con toda consideración y respeto,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

²²¹ 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.