

VALORACION COPIAS SIMPLES APORTADAS POR UNA ENTIDAD PUBLICA - Pleno valor probatorio / PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES - Que han obrado en el expediente. Pleno valor por haberse surtido el principio de contradicción

El aporte de documentos en copia simple que haga una entidad pública se tienen en el proceso como documentos auténticos, porque provienen de una autoridad estatal que les impregna esta condición de validez, por la sola circunstancia de haberlos aportado. No obstante, la misma regla aplica cuando la entidad pública, sin haberlos aportado, al contestar la demanda o en otra actuación procesal, manifiesta que se acoge a los medios de prueba aportados por la otra parte. Éste es el caso sub iudice. ii) Además sólo en gracia de discusión para este proceso, también se valorarán como auténticas las pruebas aportadas por el actor, porque frente a la demandada la Sala observa que los documentos han obrado en el expediente desde el auto de pruebas y, por consiguiente, respecto de ellos se surtió el principio de contradicción.

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Regulación normativa / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C. (...) las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso de conformidad con la regla de integración, normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 11 de la Ley 1395 de 2010

Es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que modificó el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo- se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción (...) la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011. Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes–

terceros-. (...) con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllos o por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción. (...) las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de la justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1395 DE 2010

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso
VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 16 del Decreto 1736 de 2012 que derogó el inciso primero del artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011. C.P.A.C.A. (...) al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1564 DE 2012 / DECRETO 1736 DE 2012

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso a partir de la entrada en vigencia. 1 de enero de 2014

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014 según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes: (...). Cuando entran en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanza de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de fe pública constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer las siguientes conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachan de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectuar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes del proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 243 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 243 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 627.6

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Procedencia. Aplicación del principio constitucional de buena fe

La entidad demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por los demandantes y, especialmente, las copias simples en comento, sin embargo, su validez no fue objeto de cuestionamiento alguno y, por el contrario, hizo uso contundente de las mismas para la construcción de su defensa, de allí que se colija su complicidad para la práctica de las pruebas rogadas por la parte demandante, adhesión que -por lo menos- en cuanto a los testimonios solicitados en la demanda, se expresa en oportunidad de contestación por parte del INPEC-. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso -incluidas las providencias de la Procuraduría del Poder Judicial para las Fuerzas Militares, y lo concerniente a la investigación y providencias de la Jefatura de Estado Mayor Conjunto y Tribunal Superior Militar-, que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su autenticidad por el ente territorial demandado, cuando por el contrario gozó de su aquiescencia durante el respectivo análisis. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin ambigüedad, es el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos Leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación implicaría afectar -de modo significativo e injustificado- el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 de la Constitución Política). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar los documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio cuando han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en sus actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgado desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de equidad y celeridad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 83 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 229 / DECRETO LEY 1400 DE 1970 / DECRETO LEY 2019 DE 1970 / LEY 270 DE 1996 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11 / LEY 1437 DE 2011 / 1564 DE 2012

PROCESOS EJECUTIVOS - Obligación de aportar original o copia auténtica del documento público o privado

No quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales la presentación de su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo, público o privado. En efecto, existirán escenarios -como los procesos ejecutivos- en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título de valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia sin

sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –n Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–. No obstante, el leg del año 2011, al reconocer la importancia de los principios constitucionales y la función que ejercer cumplen en la armonización de los postulados legales del orden procesal, determinó en la nueva disposición del artículo 167 *ibidem*, que “no será necesario acompañar su copia [la de las normas d alcance no nacional], en el caso de que las normas de carácter local que se señalen como infringida encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 167 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 141

COPIA SIMPLE QUE NO HA SIDO TACHADA DE FALSA - Valor probatorio. Valoración prob

La tesis que se acoge en esta oportunidad ha sido avalada por otras Secciones del Consejo de Estad manera concreta, la Segunda, al establecer que el hecho de que no se hubieran tachado de falsas las simples permite deducir la anuencia frente a los citados documentos. (...) constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en l los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino c deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por lo tanto, im que el juez adopte decisiones inhibitorias. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal diu en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defienc intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigo formales que entorpezcan la aplicación del mismo. Ahora bien, todo cambio o unificación de jurisprudencia genera una aplicación de la nueva hermenéutica adoptada, razón por la cual el posibil argumento referente a la modificación de la línea jurisprudencial que sobre la materia ha sostenido Sección y, de manera concreta, una de sus Subsecciones, no puede constituir razón suficiente para mantener la vigencia de una tesis que no consulta los postulados constitucionales y los lineamiento procesales modernos. Una de las finalidades principales del orden jurídico o normativo reside en la efectividad de los derechos y las garantías de los sujetos procesales, por lo tanto, una postura excesivamente formal deslegitima los fines esenciales del derecho procesal o adjetivo, máxime si l partes han guardado silencio a lo largo de la actuación, lo que ha permitido convalidar su postura fi los documentos que reposan en el plenario en copia simple. NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia del 2 de agosto de 2007, exp. 2003-01162-01(1926-04).

PRUEBA TRASLADADA - Investigación disciplinaria / INVESTIGACION DISCIPLINARIA - Valoración probatoria / INVESTIGACION DISCIPLINARIA - No será apreciada para efectos de valoración / INVESTIGACION DISCIPLINARIA - Su práctica se realizó por quien figura como demandante

En relación con la investigación disciplinaria, que fuera adelantada por la Cárcel del Circuito Judic Arauca –bajo la administración del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-, en contra de los internos: Aldemar Lozano Ostos, Elio Angulo Díaz y William Gómez Irreño, con ocasión del inten fuga que protagonizaron el 26 de febrero de 1999 –obrante en el proceso de folios 36 al 59, no será apreciada para efectos de su valoración. (...) La providencia de apertura referenciada está suscrita p Director del penal de la época, Jaime Alfonso Valencia Correa, y en ella se evidencia que la pesqui disciplinaria fue dirigida por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, quien para entonces oficiaba com

de la Oficina Jurídica del establecimiento, pero que en el presente proceso integra la parte demandada alegando su calidad de lesionado-, por demás, en virtud de los mismos hechos. Ahora bien, respecto al traslado de pruebas, el Código de Procedimiento Civil consagra de la siguiente manera: (...) Como puede inferirse sin lugar a mayor elucubración-, no se espera conducente la apreciación de una prueba más que haberse practicado a petición y con audiencia de la parte contra la que se pretende aducir -es decir, el INPEC-, fue inmediata, apreciada y resuelta -en representación de la entidad, bajo la calidad de investigador-, por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero -abogado de profesión-, quien para la época de los hechos se desempeñaba como funcionario de la parte que ahora obra como su demandada.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

DAÑO ANTIJURIDICO - Afectación psicológica sufrida por un empleado administrativo del Inpec en intento de fuga de presos en la cárcel del circuito de Arauca / DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación y Configuración

Conforme a la valoración probatoria, se encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico, consistente en las lesiones sufridas por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero y, en consecuencia, por su grupo familiar, lesiones que no estaban en la obligación de soportar, en razón a que el ordenamiento jurídico no les imponía la carga de tolerar los perjuicios irrogados con motivo del intento de fuga perpetrado por los internos de la Cárcel de Arauca. En efecto, resulta incuestionable que, a partir del violento intento de fuga que adelantaron internos de la Cárcel del Circuito de Arauca el 26 de febrero de 1999 -en horas de la mañana-, el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero -funcionario público del INPEC, quien se desempeñaba en ese sitio de reclusión como Asesor Jurídico-, sufrió una afectación psicológica denominada "síndrome de estrés postraumático", que se manifestó en su estabilidad emocional y, además, en la disfunción de su miembro viril, padecimientos que afectaron permanentemente y parcialmente su capacidad laboral en un 41,3%, y terminaron por proyectarse en las relaciones cotidianas con su entorno. A su vez, la antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisarse se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, tanto no exista el deber jurídico de tolerar o padecer el daño. En ese orden de ideas, se pudo comprobar la antijuridicidad del daño, pues la participación y exposición en una fuga armada a la que se dan unos violentos asociales que, por dicha categoría, se encuentran bajo la custodia y vigilancia de la Administración -privados de la libertad-, no se trata de una carga que le imponga el Estado a todos los ciudadanos en las mismas condiciones -Asesores Jurídicos de las cárceles del INPEC-, bajo las que se desempeñó el abogado Sanjuán Quintero, ni aún -en observación de las circunstancias particulares- en consecuencia de inexactitudes cometidas en el desempeño de su labor, subterfugio que no pueden ser imputadas a las entidades demandadas para exculpar su intervención.

DAÑO - Afectación psicológica sufrida por un empleado administrativo del Inpec en intento de fuga de presos en la cárcel del circuito de Arauca / TITULO DE IMPUTACION APLICABLE - Teoría del daño especial / DAÑO ESPECIAL - El Estado en desarrollo legítimo de sus funciones expuso a los demandantes a un daño que no estaban en la obligación de soportar.

El Estado en desarrollo legítimo de sus funciones, colateralmente provocó un daño especial que no buscaba; la resistencia a la fuga exigió a los guardias y policías cerrar las rejas y enfrentar a los internos armados, sin que alcanzaran a liberar del inminente peligro a los dos funcionarios que se vieron atrapados en medio del escenario violento, vulnerables ante el desespero irracional de los internos y la dificultad de su rescate -ofrecida por la reja cerrada-, en una situación, irrefutablemente sobrecogedora, que se prolongó alrededor de media hora. (...) El análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia del daño, que a todas luces tiene la característica de ser anormal y excepcional, es decir, un daño antijurídico.

que el grupo de demandantes no tenía la obligación de soportar, en cuanto se le impuso una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de labor estratégica de mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza de policía. (...) considerar los actos de violencia contra la Nación como el hecho exclusivo de un tercero, en términos del mal llamado nexo de causalidad, implicaría condenar a la impotencia a la población, dado que quien tiene el deber jurídico de protegerla, porque tiene el mor legítimo de la fuerza, es el Estado, encarnado en sus fuerzas militares y de policía –y en este caso d INPEC-. En todo evento que pueda tener ocurrencia y que vaya dirigido contra la sociedad en su co y no obstante su carácter de absolutamente injustificable, sería utópico pretender que los ciudadano tienen el deber de soportar las cargas que su ocurrencia implica. NOTA DE RELATORIA: Sobre e consulta sentencia de mayo 3 de 2007, exp. 16696

TEORIA DEL DAÑO ESPECIAL - Fundamento para su aplicación

Instrumentalizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso, implica la realiz de un análisis que acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícit Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea de éste, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente l cargas que como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando una concreción real el principio de igualdad. (...) La teoría del daño especial es conveniente, no sol porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento iusprincipialista que nutre de contenido constitucional la soluci en estos casos profiere la justicia contencioso administrativa. Sin descartar desde luego, que en algu eventos equivalentes, podrán aplicarse los otros regímenes de responsabilidad -falla del servicio y r excepcional- si las facticidades que se juzgan así lo reclaman, pues se itera, la teoría del daño espec subsidiaria, en el entendimiento de que sólo se aplica, si los hechos materia de juzgamiento no encu tipicidad, en alguno de aquéllos otros sistemas de responsabilidad administrativa a los que ya se alu

APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - No constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral / ARBITRIO JURISPRUDENCIAL

Aplicación

La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna d sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárqui jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encu fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el op judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo. (...) la Subse con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones: Los perjuici morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de soluc 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 determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la ór

individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a esta a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables. Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrument mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su ob finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consona una norma en relación con los mismos. (...) resulta imperativo para esta Sala reiterar su precedente horizontal y, por lo tanto, la línea jurisprudencial sobre la materia, según la cual los perjuicios mora dada su connotación de inconmensurables no pueden ser sometidos a reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización, ya que están encaminados a compensar –no indemnizar– bienes jur de contenido personalísimo –subjetivos– y, por ende, que no pueden ser sometidos a una ponderaci que no existen derechos en conflicto o tensión.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Noción. Definición. Concepto / SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Método de ponderación / METODO DE PONDERACION - Elementos estructuración / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación jurisprudencial constitucior

El principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación s realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido (...) la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalida 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. (...) principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundam como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéutic tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tale que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc. Ahora bien desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el q preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene 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. (...) el manejo del principio de proporcionali sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principio derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervenc legislador. Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judic la noción de arbitrariedad. Y ello no es correcto, puesto que el arbitrio juris ha sido empleado desde teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas con analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado d afectación interior o que produce el daño antijurídico.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Afectaría el derecho fundamental igualdad / APLICACION DEL ARBITRIO JURIS - fundamento / TASACION DEL DAÑO MOR. Aplicación de los principios del arbitrio juris y la equidad

La 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 iudicis y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elemen objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflic

padecida. (...) es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien esta es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral (...) la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral es el de los principios del arbitrio iuris y la equidad (...) El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de margen de man 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 ley. NOTA DE RELATOR CONSULTAR Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 17 de noviembre de 2011, exp. 199-533, MP. William Namén Vargas. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de septiembre de 2001, exps. 13232 y 15646

PERJUICIO MORAL - Lesiones ocasionadas a un empleado administrativo del Inpec en intento de escape de presos en la cárcel del circuito de Arauca / **PERJUICIO MORAL** - Miembros más cercanos del núcleo familiar. Presunción de dolor. Aplicación reglas de la experiencia

En cuanto a la presunción del perjuicio moral de los familiares en los casos de lesionados, la Sala ha precisado que para ello no es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones. En efecto, independientemente de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear con la que impera en la sociedad colombiana, no resulta equitativo que ese padecimiento moral, su prueba y reconocimiento se condicione al resultado material del daño en cuanto a su mensurabilidad. Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar.

DAÑO A LA SALUD - Tasación

La Sala en sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente: 22.163, determinó, de acuerdo con el principio del arbitrio iuris, los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud, en cuanto a su contenido objetivo (estático) y subjetivo (dinámico). Conforme a lo anterior, debe señalarse que en los casos en los que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, es de 41,3%, se le reconocerá por este concepto el valor de 165 salarios de la misma índole, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal.

MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Grave lesión al derecho a la salud. Derecho a la intimidad sexual / **LESION AL DERECHO A LA SEXUALIDAD** - Afectaciones psicofísicas. Estudio jurídico

Existen dos formas de abordar el estudio jurídico de las afectaciones psicofísicas relacionadas con la esfera sexual del ser humano: i) el plano del amor o del romanticismo, que constituye un sentimiento

que un impulso, y que, en términos del psicólogo evolucionista Steven Pinker se originaría en el amor (teoría dualista), y ii) el sexo y la sexualidad, que en las sociedades modernas sería considerado algo privado, ponderado de manera obsesiva, regulado por la costumbre y por el tabú, objeto de chismes, burlas, y desencadenante de furiosos ataques de celos. En esa perspectiva, un estudio de la sexualidad implica, necesariamente, diferenciarla del amor –entendido éste en sus diversas manifestaciones–. En efecto, el amor como se precisó con anterioridad, tiene tres dimensiones que hacen parte de la esfera interna, emocional o afectiva del sujeto, mientras que la sexualidad se relaciona de manera directa con el ámbito psicofísico –principalmente el genital - y el impulso o el deseo que se genera en relación con el sexo como actividad placentera–. Por ende, el análisis de la sexualidad debe ser desligada de los parámetros del amor, ya que si bien son manifestaciones diferentes en el ser humano. La sexualidad como lo puso de presente el reconocido profesor Michel Foucault, en su reconocido texto de la “Historia de la sexualidad”, ha estado regida por el tabú y por una moral victoriana que generó que su estudio y análisis se centrara desde dos perspectivas, ambas censurables desde el plano filosófico y biológico: i) desde el psicoanálisis (Freud) en el que cualquier orientación diferente a la aceptada por la moral hegemónica era analizada como una desviación o aberración, y ii) desde la medicina en relación con el estudio de las enfermedades y las curas, relativas a los órganos genitales masculino y femenino. (...) La sexualidad es una clara manifestación de la integridad psicofísica del ser humano, ya que se relaciona de manera directa con un componente orgánico de la persona –los órganos genitales y reproductivos de ambos sexos– y con una parte funcional y psicológica, la búsqueda de placer en el otro, el encuentro que el ser humano demuestra que lejos de toda su evolución, hace parte de una gran especie, de un mundo animal, que es parte inescindible de este mundo que se integra no sólo de racionalidad sino de sentimientos, impulsos, deseos y pasiones; el sexo, resulta innegable, nos reitera que somos otra especie más del género, que con independencia de nuestras capacidades hacemos parte fundamental de un mundo y un ecosistema, de esta manera nos devuelve –en cierto sentido– a una condición primitiva pero para liberar nuestros impulsos y pasiones, para que, de un lado, podamos perdurar –a partir de la reproducción y, de otro, esa interacción –con el ser deseado y/o amado– permita alcanzar un noble ideal, esto es, la felicidad.

MODIFICACION NEGATIVA A LA ORBITA PSICOFISICA DEL SUJETO EN EL AMBITO SEXUAL - Debe ser indemnizada como daño a la salud

Es necesario insistir que la modificación negativa a la órbita psicofísica del sujeto –incluida la del ámbito sexual– es un factor que debe ser indemnizado bajo el prisma del daño a la salud y, por ende, bajo los parámetros resarcitorios contenidos en las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, así como en la providencia del 28 de marzo de 2012, exp. 22163, proferida por esta Subsección, oportunidad en la que se desarrollaron los componentes estático y dinámico que integran el daño a la salud, así como se empleó la metodología con apoyo en la cual se liquida y valora el mismo. (...) no resulta viable reconocer indemnidad autónoma al “daño sexual” porque, precisamente, el daño a la salud permite la reparación –en el caso de los perjuicios inmateriales– de la integridad psicofísica, esfera dentro de la que se enmarca o ubica la imposibilidad de desarrollar el acto sexual, bien por una disfunción o pérdida anatómica corporal, o por una alteración psicológica que afecta la posibilidad de llevarlo a cabo.

DAÑO CORPORAL SEXUAL - Criterios de valoración

Resulta conveniente en esta oportunidad fijar una serie de criterios de valoración del daño corporal –sexual– cuyo análisis y verificación deviene imprescindible por parte del operador judicial, en aras de establecer una adecuada apreciación de las dimensiones estática y dinámica del daño a la salud. Entre los parámetros, son: La incapacidad funcional derivada de la alteración de la función sexual y, por lo tanto, la capacidad para realizar el acto sexual y, consecuentemente, obtener placer. El sufrimiento o

padecimiento psíquico, derivado de la pérdida de la vida sexual. La incapacidad para desarrollar de manera armónica una vida afectivo-familiar y la vida de pareja. La alteración estética si la hay.

MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Procede su decreto cuando el daño proviene de graves violaciones a derechos humanos o la vulneración grave a derechos fundamentales

En procesos en los que el daño proviene de graves violaciones a derechos humanos o la vulneración o significativa de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de restitutio in integrum y de reparación integral. Así las cosas, en este tipo de procesos, siempre que se constate la violación a un derecho humano, sea fundamental o no, a causa de una grave lesión, será procedente adoptar todo tipo de medidas de justicia restaurativa para proteger no sólo la dimensión subjetiva sino objetiva del derecho afectado. En los procesos en los que el daño no proviene de graves lesiones a derechos humanos, es posible que el hecho dañoso lesione o afecte un derecho fundamental –tanto en su órbita subjetiva como objetiva-, razón por la que se podrán adoptar las medidas resarcitorias solicitadas con la demanda o las que de oficio o a petición de parte considere el juez, y encaminadas a salvaguardar el núcleo esencial del derecho, bien sea en su órbita subjetiva u objetiva. Como consecuencia, se insiste, nada impide que en la demanda se soliciten medidas de justicia restaurativa dirigidas a reparar integralmente el daño, pero ello deberá estar expresamente consignado en el respectivo libelo introductorio, salvo que el daño se derive de graves violaciones a derechos humanos o derechos fundamentales, en cuyo caso el juez administrativo debe velar porque la reparación del daño sea adecuada a la magnitud de los hechos.

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., veinticuatro (23) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 07001-23-31-000-2000-00118-01(26621)

Actor: MIGUEL JOAQUIN SANJUAN ESCALANTE

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 17 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, en la que se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. En libelo demandatorio presentado el 23 de febrero de 2000, Miguel Joaquín Sanjuán Escalante, Nelly Quintero de Sanjuán, Carmen Lucinda Uribe Alarcón y Álvaro Fernando Sanjuán Quintero -

actuando en nombre y causa propia, y en representación de los menores: Rogelio y Surgey Natalia Uribe-, solicitaron que se declarara administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa, Policía Nacional e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-, por las lesiones físicas y psicológicas que sufrió este último el 26 de febrero de 1999 –durante un intento de fuga de presos-, cuando cumplía sus funciones como Profesional Universitario en la oficina de asesoría jurídica de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca.

En consecuencia, deprecaron las siguientes condenas:

“(…) por concepto de daños morales subjetivos, lo siguiente:

a) Al suscrito ALVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO, un mil gramos (1.000 grs.) oro puro

b) A mis padres MIGUEL JOAQUÍN SANJUÁN ESCALANTE Y MARÍA NELIA QUINTERO I SANJUÁN, un mil gramos (1.000 grs) oro puro, para cada uno, para un total de dos mil gramos (2.000 grs) oro puro por partes iguales.

c) A mi esposa CARMEN LUCINDA URIBE ALARCÓN, un mil gramos (1.000 grs) oro puro.

d) A mis hijos ROGELIO Y SURGEY NATALIA SANJUÁN URIBE, el valor de mil gramos (1.000 grs) oro puro, para cada uno, para un total de dos mil gramos (2.000 grs) oro puro.

“TERCERA: Declárese responsable a la Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC-, de los perjuicios materiales que se demuestren en el proceso padecidos por el suscrito, mis padres, esposa e hijos, con quienes comparto techo, en la cuantía que se demuestre de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustadas a la fecha de ejecutoria de la providencia que imponga.

CUARTA: Declárese responsable a la Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC- a pagarle al demandante por concepto de perjuicios fisiológicos, lo siguiente:

- Al suscrito ALVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO, cinco mil gramos (5.000 grs) oro puro. Toda vez que por causa de la lesión síquica se ha perdido la capacidad de erección (impotencia), por el impacto psicológico, quedando al margen de los placeres de la vida o la alegría de vivir dentro de una relación sana en el mundo de pareja.

QUINTO: Que la liquidación de las anteriores condenas deben efectuarse en sumas líquidas de moneda curso legal en Colombia, y que se ajusten dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor, conforme lo dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Se de cumplimiento al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo sobre las sumas líquidas teniendo como base la sentencia C-188 del 24 de marzo de 1999 de la Honorable Corte Constitucional.

SÉPTIMO: Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

El pago del equivalente del gramo oro al tiempo de la sentencia se hará con base en el certificado de valor expedido por el Banco de la República (…)

2. Como fundamento de las pretensiones, en la demanda se narraron los siguientes hechos:

2.1. El 26 de febrero de 1999 -aproximadamente a las 9:30 am-, el señor Álvaro Fernando Sanjuán

Quintero, encontrándose en la oficina de asesoría jurídica de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca, al desempeñar sus funciones, se dio cita con el Dragoneante Edilberto Rangel Zambrano en la reja número uno -que accede al reclusorio-, donde se dispuso a entregar una cédula de ciudadanía perteneciente a un interno que había recuperado su libertad el día anterior.

2.2. Cuando se disponía a dejar constancia escrita del procedimiento, dos internos despojaron de sus armas de dotación –mini ametralladora, revólver y dos granadas- al agente de Policía Luis Armando Cruz, que se encontraba de servicio en el recinto de la guardia.

2.3. Al percatarse de la situación hostil que se presentaba, el Dragoneante Rangel Zambrano, con la intención de asegurar los espacios que separaban a los internos del exterior, se apresuró a cerrar la segunda puerta de seguridad -que daba acceso a la guardia-, dejando aprisionados, en un espacio aproximado de tres metros, al abogado Sanjuán Quintero y a un efectivo de la Policía.

2.4. Al darse la voz de alarma, los demás miembros de la fuerza pública que se encontraban de servicio allí apostados, apoyaron la situación desencadenándose un intercambio de disparos con los internos armados, fuego en medio del cual quedaron confinados el policía y el abogado Sanjuán Quintero.

2.5 La situación se prolongó aproximadamente por 40 minutos, lapso durante el cual las víctimas –medio de la lucha de los internos por fugarse y la resistencia justificada de la fuerza pública-, padecieron el miedo y la angustia de la muerte inminente.

2.6 Finalmente los agentes del orden, en medio del cruento enfrentamiento, lograron violentar la seguridad de la reja del reclusorio y rescatar con vida a los cautivos.

2.7 Sin embargo, a raíz del traumático episodio -agobiado por la ansiedad, depresión, angustia e insomnio-, el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero se vio compelido a consultar, por medicina general, al galeno del Instituto de los Seguros Sociales de Arauca, quien después de evaluarlo lo remitió a la psiquiatría, donde el especialista le diagnosticó “síndrome de estrés postraumático” y, en consecuencia, lo medicó para controlar los estados de crisis nerviosa.

2.8 Como consecuencia de su perturbación mental, el señor Sanjuán Quintero vio también afectada su capacidad eréctil -sufriendo la disfunción de su órgano sexual-, situación que terminó por afectar considerablemente, no solo su relación de pareja, sino su desempeño familiar, social y laboral, lo que además incidió en detrimento de sus ingresos económicos, y en general de toda su existencia, bien de integración.

2.9 Los demandantes atribuyeron el hecho a la falta de personal de custodia y vigilancia de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca, a la negligencia, descuido e impericia del agente de la Policía Nacional Armando de la Cruz, cuyo exceso de confianza e inobservancia del protocolo de seguridad –inescibir de cualquier sistema penitenciario-, permitió a los internos intentar su fuga, poniendo en riesgo la integridad de las personas que allí se encontraban.

3. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Arauca, mediante auto del 8 de marzo de 2000, fijada en lista y notificada en debida forma.

4. Oportunamente -en la contestación-, el Ministerio de Defensa –Policía Nacional-, disintió de los hechos narrados en la demanda, en la que propuso, además, la inexistencia de la obligación, comoquiera que es evidente que la Policía Nacional no provocó ni fue la causa del resultado dañoso.

Para efectos probatorios solicitó oficiar: al Departamento de Policía de Arauca, para que allegara copia de los expedientes de los internos que se encontraban en la reja número uno el día del hecho.

informe que le fuera rendido con ocasión de los hechos; a la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Policía Nacional para que certificara si se adelantó investigación disciplinaria a partir del intento de fuga; al Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar del Circuito de Arauca para que certificara si en ese despacho tramitó investigación por los acontecimientos del caso; y a la Auditoria Auxiliar de Guerra No. 69 de Arauca, para que certificara si -por las mismas circunstancias-, cursó investigación.

Por otro lado, el INPEC dio contestación ratificando, en efecto, las circunstancias de tiempo respecto de los hechos, aceptando que el señor Sanjuán Quintero se desempeñaba como asesor jurídico -en calidad de provisional- bajo asignación de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca. Sin embargo, discrepó con las alteraciones de salud que dijo padecer el funcionario, así como de que las mismas se le hayan originado a partir de ese episodio. Combinó en que la persona que fue desarmada por los internos es un agente en servicio de la Policía Nacional, pero exhorta a la demostración del descuido, negligencia y demás causas atribuidas. Negó que la situación se hubiera prolongado por 40 minutos. Sostuvo que en cualquier manera las lesiones son de una entidad insuficiente y que de existir no son consecuencia de los hechos acusados. Adujo que los funcionarios y policías actuaron de manera legítima en cumplimiento de su deber, y que la responsabilidad es del funcionario, puesto que -al momento de los hechos-, se encontraba corrigiendo inconsistencias de su labor.

Acto seguido, presentó denuncia del pleito a La Previsora de Vida S.A., en calidad de aseguradora de riesgos profesionales de esta entidad estatal.

Como soporte probatorio, deprecó los testimonios de todos los demandantes, así como el de los Dragoneantes, Guillermo Martínez, Leonardo Vesga Suárez, Silvia Cárdenas García, Carlos Orduz Murcia, Ana Cecilia Hernández, Edilberto Rangel Zambrano y Meneses Ricardo Jiménez; también el del Inspector Jefe, Rubén Darío Rosas Molina y del agente de policía, Luis Armando de la Cruz. Solicitó interrogatorio a la psicóloga de La Previsora, llamada en garantía, y de Nancy Castro Álvarez, Mari Pilar Beltrán y a la enfermera Aura Alicia Santos. Invocó, además, la práctica de inspección judicial, intervención de peritos en balística y dictamen del instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses orden documental, solicitó la valoración psicológica del señor Sanjuán Quintana que practicara La Previsora, manual de procedimiento de entrada, estadía y salida de internos y la estructura orgánica de los establecimientos Carcelarios y Penitenciarios; el reglamento interno de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca y la minuta de guardia externa del establecimiento. Finalmente, deprecó certificación expedida por el Consejo Superior de la Judicatura sobre investigaciones o condenas disciplinarias del abogado Álvaro Fernando Sanjuán Quintero.

5. El apoderado del INPEC solicitó la inadmisión de la demanda por falta del requisito de presentación personal, frente a lo que, en auto del 28 de junio de 2000, el a-quo aplicó el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, dándole continuidad al trámite del proceso.

6. A continuación, en auto del 29 de junio de 2000, el a-quo aceptó el llamamiento en garantía -solicitado como denuncia del pleito-, de la Aseguradora de Riesgos Profesionales La Previsora de Vida S.A., y ordenó la suspensión del proceso mientras se surtía la respectiva notificación.

7. En su contestación, presentada el 14 de agosto de 2000, La Previsora S.A., se opuso al llamamiento en garantía, argumentando que oportunamente realizó evaluación psicológica de las personas que se encontraban laborando en el lugar y día de los hechos -para medir el impacto del intento de fuga, que por calificar como incidente-, examen a partir del cual se le diagnosticó al señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero “crisis de ansiedad asociada a incidente de trabajo”, y se le recomendó, como tratamiento, a talleres de manejo del estrés, estilos de vida saludables y manejo de situaciones generadoras de conflicto, luego de lo cual aduce que no volvió a tener conocimiento respecto de la evolución de su

de ninguna otra de las personas evaluadas, ni de incapacidades temporales, permanentes, o invalidez hayan afrontado.

Insistió en que, bajo los presupuestos de una eventual condena al asegurado, la compañía llamada e garantía no tendría que responder, toda vez que la cobertura de riesgos profesionales se excluye cuando accidente de trabajo o enfermedad profesional se produce por culpa imputable al empleador, pero en caso no aplican las indemnizaciones de origen laboral, ya que el evento se calificó como un accidente laboral, con lo cual –además-, la connotación del conflicto lo restringiría a la competencia de los jueces laborales.

Como fundamento probatorio solicitó: certificación del ISS para constatar eventuales recobros hechos a La Previsora S.A., por concepto de accidente o enfermedad profesional padecida por Álvaro Sanjuán Quintero; al Director de la Cárcel del Circuito de Arauca para que certificara si se reportó a La Previsora de Vida S.A. accidente de trabajo o enfermedad profesional del funcionario Álvaro Sanjuán Quintero; finalmente, a la dependencia correspondiente de la Aseguradora La Previsora de Vida S.A., para que certificara si se ha gestionado reclamación alguna respecto a accidente de trabajo o enfermedad profesional del mismo señor y, de ser así, para que remitiera toda la información relacionada.

8. El inicio de la etapa probatoria fue decretado en auto del 4 de septiembre de 2000, y ante la solicitud de la parte demandante –habida cuenta de la falta de recepción de algunas de las pruebas documentales decretadas-, prorrogada en providencia del 25 de abril de 2001. Una vez vencido el término concedido mediante auto del 6 de agosto de 2001, el a-quo corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para la presentación de alegatos de conclusión. No obstante, la parte actora interpuso en oportunidad recurrida reposición contra esta decisión, por considerar que –sin culpa que se le atribuya-, una de las pruebas decretadas –de suma trascendencia para el proceso-, no había sido practicada aún, solicitud a la cual el a-quo accedió, revocando el cierre de la etapa probatoria mediante auto del 27 de septiembre de 2001 ampliando su término y ordenando la práctica de la faltante.

9. Mediante auto del 6 de mayo de 2002, se corrió traslado a las partes del dictamen psiquiátrico, reemplazado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses –Seccional Norte de Santander-. En esta oportunidad, además, se ordenó oficiar a dicho instituto para que remitiera de regreso la historia clínica del actor con el fin de reincorporarla al proceso –lo cual no sucedió-.

Posteriormente, en respuesta a la solicitud del 4 de junio de 2002 –elevada por la parte demandante que se ordenara la complementación de la prueba-, en auto del 4 de julio de la misma anualidad, se ordenó que se enviara al actor Sanjuán Quintero junto con los documentos pertinentes –tales como historia clínica y dictamen de Medicina Legal-, a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de la misma seccional, para que determinara el porcentaje de incapacidad sufrida.

En efecto, el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez se encuentra fechado el 13 de agosto de 2002, y su traslado a las partes se corrió mediante auto del 9 de septiembre siguiente, término durante el cual la parte demandante se acogió al procedimiento de la contradicción de la pericia –solicitando su complementación-, conforme al artículo 238 del C. de P.C. En consecuencia, mediante auto del 24 de octubre posterior se ordenó a la junta la complementación del dictamen.

El 17 de marzo de 2003, el colegiado de galenos allegó respuesta a la solicitud de complementación del dictamen. Mediante auto del 24 de abril siguiente se corrió traslado a las partes. Durante ese término, la parte demandante –amparada por el artículo 238 del C. de P.C., y ante la negativa de la junta para complementar el dictamen-, lo objetó por error grave, comoquiera que consideró equivocado en la calificación de la disfunción eréctil en el criterio de “deficiencia” –que alcanzó el 20%-, puesto que

argumentó-, de ningún artículo del Decreto 917 de 1999 (Manual de Calificación de Invalidez) –mucho menos del acápite correspondiente al síndrome de estrés postraumático-, se puede inferir que “las deficiencias o patologías que se derivan de las demás no serán tenidas en cuenta para su calificación que se deba calificar solo la patología o enfermedad principal del paciente, suponiendo que a su valoración se subsumen las secundarias.

10. Posteriormente, mediante auto del 28 de mayo siguiente, vencido el término probatorio, se corrió nuevo traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegaciones finales y con respecto a la decisión que de nuevo fue blanco de recurso de reposición, por parte de los demandantes, argumentando que el tratamiento otorgado a la objeción por error grave del dictamen pericial –ante la renuencia de la Junta Médica Regional de Calificación de Invalidez al requerimiento para realizar la complementación del mismo-, fue inadecuado, pues no se remitió con las pruebas pertinentes para resolver sobre la existencia del error (...) no dándose aplicación al numeral 5 del artículo 238 de P.C. (...) a no ser que el despacho haya decidido definir la objeción en la sentencia (...). El a quo profirió auto fechado el 30 de julio de 2003, mediante el cual decidió no reponer la decisión impugnada –explicando que la objeción al dictamen sería resuelta en la sentencia-, y, en consecuencia, le dio continuidad al trámite del proceso.

En su alegato de conclusión, la parte demandante sintetizó los hechos y confrontó –con fundamento en el régimen de la falla en el servicio- los elementos de la responsabilidad versus las pruebas practicadas que le permitió concluir que el daño sufrido –que consideró plenamente acreditado-, es atribuible a la falta de personal de guardia y exiguo armamento de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca, así como a la negligencia del agente de policía que, por la inobservancia del protocolo de seguridad, facilitó su acceso a manos de los internos, fallas que le son imputables al Estado por la concurrencia de circunstancias que propiciaron que sus agentes perdieran el control del penal y favorecieran las circunstancias para el intento de fuga. Finalmente, insistió en la objeción que realizó en contra del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander por error grave, comoquiera que –a pesar de haber ordenado judicialmente- no se efectuó la complementación al mismo, y deprecó del fallador su criterio al no haber estudiado, puesto que el concepto estableció el porcentaje de invalidez en el 41,3%, omitiendo el valor correspondiente a la disfunción eréctil que resultó probada, lo que habría arrojado más del 50% de pérdida de la capacidad laboral.

El apoderado del Ministerio de Defensa –Policía Nacional-, argumentó que no se encontraron acreditados los elementos estructurales de la responsabilidad que se imputa. Argumentó que así como no se demostró la acción u omisión de la entidad, por demás, tampoco el daño quedó acreditado, presentándose una clara ausencia de imputación.

Por su parte, el delegado del Ministerio Público presentó su concepto oportunamente, escrito en el cual precisó que –de acuerdo al acervo probatorio-, resulta irrefutable que el 26 de febrero de 1999 se produjo un intento de fuga en la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca –establecimiento del orden Nacional administrado por el INPEC-, cuando unos internos redujeron a un agente de policía –apoderándose de las armas y enfrentando a los demás uniformados que servían en el reclusorio-. Adujo que también es fehaciente que al momento de los hechos el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, profesional en derecho, era funcionario público, y se desempeñaba como asesor jurídico del penal.

Consintió con las pruebas en que para la fecha y hora de los hechos, el señor Sanjuán Quintero se encontraba desempeñando las funciones de su cargo en las instalaciones de la cárcel, cuando accidentalmente se vio conminado a soportar –en medio de los bandos, encerrado y sin posibilidad de resistirse o resguardarse-, el enfrentamiento armado de sus actores.

Concluyó que el señor Álvaro Fernando, a pesar de haber salido físicamente ileso del suceso, vio gravemente afectada su salud mental y estabilidad emocional, consecuencias que fueron respaldadas en el informe del Instituto de Medicina Legal –Seccional de Norte de Santander-. Sin embargo, enfatizó que los experticios dejan la sensación de que el daño psicológico sufrido era o es -en el evento de que a subsista- reparable y superable a través del tratamiento adecuado, toda vez que no se determinó que fuera permanente e irreversible; precisó necesario concluir que su naturaleza es de tipo temporal.

Argumentó que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander refirió el suceso como un “accidente de trabajo”, discrepando del término “incidente”, utilizado por la ARP La Previsora, para calificar los hechos. Estando de acuerdo con tal postura, agregó que “dicha empresa aseguradora del riesgo se limitó a efectuar una visita al penal, a entrevistar a los presuntos afectados y formular unas simples recomendaciones”. Manifestó que se comprobó que el afectado se encontraba en su lugar de trabajo y en desempeño de su función pública cuando, de manera imprevista y sin que él lo haya propiciado-, se presentó el intento de fuga, de allí que, al no evidenciarse falla en el servicio alguna, no solo es procedente el llamado en garantía efectuado a La Previsora S.A. Compañía Seguros si no, además, que se le condene a la indemnización y rehabilitación del afectado. Para dar fe de la posibilidad de ello en esta jurisdicción, apoyó su concepto en la figura del fuero de atracción y el principio de solidaridad, regente en materia laboral.

Así las cosas, teniéndose el suceso como un accidente de trabajo, consideró que la solidaridad se debe repartir entre el patrono y la ARP -en su mayor proporción esta última-, y la indemnización fundamentarse con base en el dictamen de la Junta Médica Regional de Calificación de Invalidez, que determinó a Álvaro Fernando Sanjuán Quintero 20% de incapacidad laboral por deficiencia, 3,8 por discapacidad y 17,5% por minusvalía, para un total de 41,3%.

Posteriormente, acentuó que no evidenció el error grave del que fue objeto el dictamen de la Junta Médica Regional, e instó a elucidar si el hecho de que los experticios fueran rendidos por entidades seccionales diferentes a las naturales del lugar de los hechos, constituya causal de invalidez. Finalmente, coligió que no habiéndose demostrado que la incapacidad ponderada es de carácter definitivo, la indemnización debe calcularse en justa proporción y en armonía con dicha realidad.

La entidad demandada, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Acogiendo de manera parcial la postura del Ministerio Público, el a-quo reconoció que, en efecto, se trata de un accidente laboral, aunque negó las súplicas de la demanda por no haberse gestionado oportunamente dicha calificación ante la ARP La Previsora S.A. -a través de las vías administrativas y judiciales dispuestas para ello-, único medio que asistía al demandante para reclamar la indemnización estimada en el tratamiento requerido.

Así mismo consideró que los argumentos de la parte demandante se estructuraron en el régimen de responsabilidad objetiva, por lo cual, en ejercicio del principio *Iura Novit Curia*, adecuó el estudio del caso al régimen de la falla en el servicio, en desarrollo de lo cual precisó los elementos necesarios que la configurarían y, de paso, las causales que en tal evento eximirían la responsabilidad. Ello, aunado a la lectura del análisis probatorio, le condujo a discernir así:

“Al analizar el acervo probatorio arrimado al expediente, la Sala encuentra que no se configuran los elementos necesarios para que en el subjúdice [sic] se de [sic] la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que si bien se acredita la pérdida de la capacidad laboral por síndrome de estrés postraumático del actor, dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez Seccional Santander, no e

suficiente material probatorio que de [sic] la certeza a la Sala de la fecha a partir de la cual el accionante sufría dicha discapacidad, es decir no se demuestra la relación de causalidad entre este y los hechos que dieron origen a la presente acción (...)

Se admite, en la providencia, que la gestión adecuada a seguir -agotando vía gubernativa y, posteriormente, por vía judicial-, era obtener la calificación de accidente de trabajo ante la ARP, con el fin de lograr, igualmente, las pretensiones de tratamiento e indemnización ante la compañía aseguradora de la profesión que desempeñaba.

Para el a-quo, resultaron contundentes las pruebas que indican que el señor Sanjuán Quintero presentó una crisis de ansiedad, manejable a través de las terapias grupales que recomendó en su dictamen la representante legal de la Administradora de Riesgos Profesionales La Previsora de Vida S.A. -el mismo diagnóstico que nunca fue contradicho ni demandado en sede judicial-.

En apoyo de lo anterior, expuso que el dictamen médico practicado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander expresamente confirma que para su fin no se acompañó reporte de accidente de trabajo ni exámenes pre ocupacionales, mucho menos conceptos de salud ocupacional o información relacionada con la empresa”. Adujo que en el mismo se hace constar que no se aportó historia clínica completa ni epicrisis o resumen de la misma.

Con fundamento en el Decreto 1346 de 1994, afirmó que tampoco se cumplió con el lleno de los requisitos consagrados para la solicitud del reconocimiento de “accidente de trabajo”, de allí que, no existe soporte jurídico que respalde la aseveración de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de justipreciar así los sucesos, y no como un simple incidente.

Adujo que, conforme al complemento del dictamen oficiado, es fácil concluir que si -aún después de ser reevaluado- no se dispuso aumento en la pérdida de capacidad laboral, es porque el señor Sanjuán Quintero no padece la disfunción orgánica del miembro viril, o que, de ser así, se trata de una patología psíquica temporal, superable con un tratamiento de psicoterapia.

Finalmente, respecto a la acusación de error grave que elevaron los actores en contra del dictamen referido, adujo que lo correcto habría sido apelar el experticio ante la propia Junta Regional de Calificación de Invalidez -dentro del término establecido para ello-, y no haber descargado la responsabilidad en el fallador.

Así concluyó la providencia:

“(...) Establecida la falencia señalada, considera la Sala que no se hace necesario realizar más elucubraciones sobre el asunto, pero si se resalta que la actividad realizada por la Policía Nacional es legítima para reforzar el cordón de seguridad establecido en la Cárcel en cumplimiento de su función institucional que consiste en garantizar el orden público y la seguridad ciudadana (...)

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

1. El 31 de octubre de 2003, la parte demandante -inconforme con la decisión-, interpuso y sustentó recurso de apelación. Así pues, expresó que en innumerables sentencias ha sido suficiente el dictamen pericial emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sin perjuicio de la credibilidad que garantizan los dictámenes formulados por las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, no siendo -en aras de determinar la discapacidad- excluyentes entre sí los experticios de estas entidades.

Más aún, enfatizó que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez es determinante para tasar el porcentaje de discapacidad, no así para establecer si se trató de un accidente de trabajo o de un simple incidente, en últimas mucho menos para que, a partir de la utilización de este término informe, se pueda presumir con certidumbre que la connotación de su uso se encaminó de manera consistente a desestimar la importancia del asunto o competencia de su conocimiento, pues no es del de las funciones de la entidad.

También así, criticó el alto valor probatorio que se le asignó al concepto emitido por la representante de la ARP La Previsora, y más todavía que el a-quo se haya visto influido por la abundancia de aspectos coincidentes con el informe rendido por la psicóloga de la misma compañía aseguradora pero –además sorprendente es que el valor que se les concedió en conjunto haya prevalecido sobre el de los dictámenes especializados, realizados por los expertos en psiquiatría forense.

Cuestionó que el fallador haya pasado por alto la aplicación del principio de oficiosidad de la prueba máxime si se considera que su fundamento principal para negar las pretensiones se circunscribió a la falta de evidencia que cimentara la imputación. En tal sentido, acusó la exigua laboriosidad del a-quo, por permitir el ejercicio de las facultades que le hubiesen conducido a esclarecer la verdad. Adujo, además la potestad de decretar las pruebas de oficio a que haya lugar en el proceso no es discrecional, sino por el contrario-, constituye un deber, una exigencia dispuesta en desarrollo de la protección y garantía de la verdad, baluarte en virtud del cual el legislador le concede el poder oficioso de su intervención en materia probatoria.

Inquirió la coherencia de la decisión, puesto que el fallo se sustentó, equivocadamente, en el hecho de que la Junta Regional de Calificación de Invalidez fue la que dictaminó el síndrome de estrés posttraumático cuando en verdad quien respaldó dicha realidad fue el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses –sección de Psiquiatría Forense-. La intervención de la Junta fue para aportar, precisamente, la calificación de la invalidez sufrida en un 41,3% -de incapacidad permanente parcial-, a partir del 20 de febrero de 1999 –fecha de los hechos-, y su error residió en ignorar la valoración de la disfunción e incapacidad familiar a nivel de pareja.

Argumentó que ello, le condujo a objetar el dictamen por error grave, denuncia a la cual el a-quo respondió asegurando que la refutación se resolvería en sede de la decisión de fondo, oportunidad en la cual –en contravía de lo establecido por el artículo 233 y ss. del C. de P.C

-, solo atinó a decir:

“(…) Ahora bien, como quiera [sic] que el actor insiste en cuestionar dicho dictamen, se hace necesario precisar que el procedimiento a seguir hubiese sido el apelar dicha decisión dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto 1346 de 1994, ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y no trasladar dicha responsabilidad a la autoridad judicial (…)” (fl. 300 del Cuaderno Ppal.)

Frente al punto en cuestión, concluyó afirmando que “cambiar de procedimiento es injurídico [sic], contrario al derecho; además, la Junta regional de Invalidez [sic] tiene clara su posición, cuando actúan como parte interesada.

Posteriormente, expresó que ninguna disposición del Código Contencioso Administrativo le obliga

agotar por vía gubernativa –como lo sugirió el fallo-, la gestión para obtener la calificación de “accidente de trabajo”, ni mucho menos a interponer recursos en contra del oficio de La Previsora en que calificados hechos como un simple “incidente de trabajo”.

Para terminar, replicó la indebida valoración del conjunto probatorio obrante en el expediente, y así que:

“(…) el despacho desecho por completo el material probatorio, al establecer presuntamente la faler dictamen pericial (de porcentaje) de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Norte de Santander; detenerse en un rigorismo técnico (art. 23 y 24 del Decreto 1346 de 1994) es negar lo evidente por negarlo, pudiendo hacer uso como quedó esbozado con antelación, de la facultad-deber de la oficiosidad de la prueba, si es que hay algún resquicio de duda (…)” (negritas propias del texto).

2. Por ser oportuno y estar debidamente sustentado, el recurso de apelación fue concedido mediante del 16 de enero de 2004 y admitido por esta Corporación el 30 de marzo siguiente.

En escrito de complementación a la sustentación del recurso de apelación, presentado el 15 de marzo 2004, la parte demandante realizó nuevamente el análisis de los elementos constitutivos de la falla servicio por parte del Establecimiento -con origen en la omisión de su deber-, y transcribió apartes testimonios adelantados en el proceso, con fundamento en los cuales insistió en que se demostró suficientemente que la causa primordial del intento de fuga fue la escasez de personal e insuficiencia armamento asignado al penal.

Arguyó que el daño y su antijuridicidad también se encontraron suficientemente acreditados, y que palmariamente la responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, no de la ARP La Previsora pues no era del resorte de las funciones del señor Sanjuán Quintero la custodia y vigilancia de los penales.

Finalmente, se opuso a lo argumentado en el fallo, y denunció la equivocación en la que incurrió, corrigiendo lo motivado así:

“(…) De otro lado el a-quo manifiesta que “no existe el suficiente material probatorio que de la cerca la Sala de la fecha a partir de la cual el accionante sufría dicha discapacidad”...

La respuesta a lo anterior la encontramos en el dictamen No. 83 del siquiatra forense, practicado al suscrito, hoja No. 3, que dice: “DISCUSIÓN”: “Se debe plantear antes de resolver el cuestionario e a esta Seccional que ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO posterior a los hechos vividos Penitenciaria de Arauca ha desarrollado un síndrome de stress [sic] postraumático, que le ha repercutido incluso en su vida de pareja, presentando signos y síntomas en la actualidad”.

“No figura en la xerocopias [sic] de historia clínica del I.S.S. presencia de esta sintomatología ante hechos vividos”.

Podemos concluir de lo anterior y de conformidad con lo establecido en el dictamen 560/2002, hoja emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, que la fecha de estructuración de la incapacidad permanente parcial es a partir del 26-02-1999; de origen profesional accidente de trabajo (…)” (subrayas y cursivas propias del texto original).

3. Oportunamente, la apoderada del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, presentó sus alegatos conclusión, en los que se refirió así:

“(…) En nuestro criterio, las consideraciones del Tribunal han sido conforme a la ley y al Derecho; sobre todo se encuentran demostradas a través de la valoración probatoria realizada conforme a la s...

crítica y a los hechos en sí mismos (...)”.

Expresó que fue clara la ausencia de los elementos de la responsabilidad extracontractual que se de del artículo 90 de la Constitución Política. Interpeló que no se encontró probada la existencia del dolo antijurídico, ni mucho menos “se demostró la relación de causalidad entre los hechos ocurridos el 2 de febrero de 1999, con las lesiones síquicas que pretende ser responsabilizada a la administración”, en cuanto no obra prueba que demuestre que el actor no sufría, desde antes de esa fecha, la patología que alega.

Adujo que no es dable alegar la responsabilidad por omisión del Estado ya que la misma no se entiende en términos absolutos, “porque es evidente que no puede esperarse que sea omnipotente, omnisciente y omnipresente por principio”.

Aseveró que a pesar de los esfuerzos del INPEC para cumplir cabalmente a sus fines, y por la difícil situación de las cárceles, es imposible para la institución garantizar que hechos, como los que son citados en este proceso, no se presenten, por lo cual se debe analizar la responsabilidad desde la perspectiva de la naturaleza de los centros carcelarios y de la realidad que en estos lugares se afronta –realidad que es conocida por el demandante, como funcionario del Establecimiento, identificaba perfectamente, de allí que no debe desconocer tales circunstancias con la finalidad de obtener réditos injustificados de parte de la Administración-.

Refrendó la actuación de los policías y guardias que -en cumplimiento de su deber de garantizar el orden público y la seguridad ciudadana-, repelieron la violenta fuga, impidiendo que se llevara a cabo.

Concluyó respaldando el fallo cuando en éste se afirmó que no se configuraron los elementos estructurales de la falla en el servicio; expuso las condiciones del nexo causal –proximidad, deber ser determinado si es apto o adecuado-, y selló su intervención alegando que no se confirmó relación de causalidad entre las presuntas lesiones físicas y psicológicas que adujo el actor y la situación de hecho del caso.

Igualmente, el apoderado del Ministerio de Defensa –Policía Nacional-, alegó de conclusión dentro del término, exponiendo en su escrito que no se halló en el acervo medio probatorio alguno que permitiera endilgarle responsabilidad por los hechos que se demandan.

Afirmó que a partir del fallo lo que se deduce es que la patología del actor consistió en una “CRISIS TRANSITORIA DE ANSIEDAD” causada por un incidente de trabajo, provocada en una situación de la cual su naturaleza es -sin duda-, propia de una cárcel, antecedente que como funcionario público del INPEC seguramente conocía el señor Sanjuán Quintero desde antes de aceptar el cargo que desempeñaba.

Arguyó que los exámenes científicos arrojaron que la dolencia del señor Sanjuán Quintero era superable mediante psicoterapias en las que existe un alto porcentaje de respuestas favorables.

Defendió que no se puede aplicar la falla del servicio a la luz de un Estado ideal, sino que se deben tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en contexto con la realidad en que se presentan los hechos, así como la verdadera cobertura que en materia de seguridad permite el Estado, propugnando por evitar el detrimento injustificado del patrimonio común.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 17 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca.

1. El valor probatorio de las copias simples

Advierte la Sala que, en lo referente a los documentos que obran en el expediente, aún cuando el a- calificó ni se pronunció respectó al cumplimiento de las disposiciones del legislador -en lo atinente reglas de traslado-, se observan irregularidades en su incorporación al proceso -en especial lo conce a las Resoluciones 1296 del 31 de marzo de 1998 y 2304 del 13 de julio de 1999 –proferidas por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario-, el acta de posesión No. 4 –de abril 24 del m año-, los folios correspondientes a la historia clínica del paciente Sanjuán Quintero –así como las fórmulas de los medicamentos formulados-, el reconocimiento e informe de valoración del Instituc Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y el dictamen de la Junta Regional de Calificació Invalidez -Seccional Norte de Santander-, constituyen una circunstancia que, prima facie, hace inva estos medios de convicción. No obstante, de conformidad con los lineamientos legales y jurisprude recientes de la Subsección, se reconocerá valor a estos documentos, porque:

i) Fueron admitidos por la parte demandada y la Sección Tercera tiene establecido, en forma pacífic reiterada, que en estos casos el aporte de documentos en copia simple que haga una entidad pública tienen en el proceso como documentos auténticos, porque provienen de una autoridad estatal que le impregna esta condición y validez, por la sola circunstancia de haberlos aportado. No obstante, la n regla aplica cuando la entidad pública, sin haberlos aportado, al contestar la demanda o en otra actu procesal, manifiesta que se acoge a los medios de prueba aportados por la otra parte. Éste es el caso iudice, aunque sólo respecto de la demanda Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

ii) Además, y sólo en gracia de discusión para este proceso, también se valorarán como auténticas l pruebas aportadas por el actor, porque frente a la demandada la Sala observa que los documentos h obrado en el expediente desde el auto de pruebas y, por consiguiente, respecto de ellos se surtió el principio de contradicción.

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C., normas cuyo sentido literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 252. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 2003. El nuevo texto es el siguiente: Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la pers que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras n compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

“El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

“1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido

“2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

“3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la p contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella.

“4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.

“5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la p contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artíc 274.

“Se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, contenido y las firmas de pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, recibos, y títulos de inversión en establecimientos de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, contratos de cuentas corrientes bancarias, extractos del movimiento de éstas y de cuentas con aquellos establecimientos, recibos de consignación y comprobantes de créditos, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por los mismos establecimientos, y los títulos de acciones en sociedades comerciales y bonos emitidos por estas, títulos valores, certificados y títulos de almacenes generales de depósito y demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción.

“Inciso modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente: En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.

“Se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos establecidos en el artículo cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.

“Los memoriales presentados para que formen parte del expediente se presumirán auténticos salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio y los poderes otorgados a apoderados judiciales que, en todo caso, requerirán de presentación personal o autenticación.” (Negra subrayado adicionales).

“.....

“ARTÍCULO 254. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Artículo modificado por el artículo numeral 117 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Las copias tendrán el mismo probatorio del original, en los siguientes casos:

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

Como se aprecia, las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración, normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

De otro lado, es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010 que modificó el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revistan la condición de dispositivos.

No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición aplicable a los asuntos de conocimiento en esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente:

“ARTÍCULO 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas o falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

“La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el que los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.”

De allí que la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011.

Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación, bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado–, así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–.

En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de fe contenido en el texto constitucional (artículo 83) y desarrollado ampliamente en el Código Civil –entre vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no correspondían con el original y, tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento.

Es así como, con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por ellas mismas o por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción.

En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 son el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

La confianza, en el sentido filosófico y sociológico, ha sido delimitada en los siguientes términos:

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorgar o no confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupone confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.

“Este punto de partida puede considerarse como referencia, como una afirmación incontrovertiblemente verdadera. Cada día ponemos nuestra confianza en la naturaleza del mundo, que de hecho es evidente por sí misma, y en la naturaleza humana. **En este nivel que es el más básico, la confianza (Zutrauen) es un rasgo natural del mundo, parte integral de los límites dentro de los cuales vivimos nuestras vidas cotidianas, aunque no es un componente intencional (y, por lo tanto, variable) de la experiencia.**

“En segundo lugar, la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto

apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas direcciones. Por medio de este camino se llega a las máximas éticas o a la ley natural... (Negrillas del original).

En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de diferentes etapas que integran el procedimiento judicial. Sobre la valoración de la conducta procesal de las partes, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“(...) Los sujetos procesales pueden asumir, según sea la ocasión, papeles principales –actores, demandados, terceristas- o eventuales –terceros con interés jurídico relevante- que les otorgan facultades, deberes y cargas.

Los modos en que ejecutan esas conductas no resultan irrelevantes para la suerte de sus pretensiones individuales y la finalidad del proceso judicial.

Las leyes de procedimiento contienen normas particulares que, de ordinario, prevén las consecuencias del incumplimiento de las conductas esperadas, pero también normas más amplias y abarcadoras, llamados principios, que permiten extraer las consecuencias de aquellas que aluden los principios, los contravienen abiertamente o, por el contrario –por qué no-, los respetan.

Con esto queremos decir que la conducta desarrollada por quienes se ven involucrados en un pleito y debe ser valorada por el juez, tanto positiva como negativamente.

También, que el espacio-tiempo a considerar es el que va desde la interposición de la demanda hasta el dictado de la sentencia. No es posible, sin lesionar la unidad del proceso, separarlo a estos efectos en etapas inconexas entre sí.

El principio de adquisición procesal, si bien adquiere su máxima utilidad en materia probatoria, es plenamente operativo a partir del primer acto introductorio de la instancia.

En lo que toca al actor, su conducta se dejará ver en los términos de la demanda, en la claridad de su pretensión, en el cumplimiento de las formas iniciales, en su esfuerzo por cumplir con las notificaciones de manera real y eficaz, en la coherencia de sus actos durante todo el juicio que ha decidido llevar adelante.

Durante el periodo de prueba, las reglas estáticas le imponen cierta actividad ineludible. Pero sin duda una “actitud” de aportación –o facilitación- de pruebas cuya carga correspondería, según la clásica división de los hechos, al demandado, habla en favor del respeto por su parte al principio de colaboración.

Contrariamente, una posición de excesiva pasividad en circunstancias de prueba difícil, por ejemplo, podría ser considerada negligencia, y poner en marcha alguna de las reglas dinámicas de la carga.

Asimismo y dependiendo de las particularidades del caso, el pedido de clausura del término probatorio con aprovechamiento de la imposibilidad material de producir la prueba dentro de los exigüos plazos otorga la ley, en comparación con las atestadas agendas judiciales –una verdadera situación de fuerza mayor procesal-, podría estar indicando una especie de ejercicio abusivo de un derecho, por anti función y violatorio de los principios de buena fe, lealtad y economía.

El demandado, esa parte que viene al juicio por exclusiva voluntad del actor, puede optar por asumir distintas conductas que serán causa de otros tantos efectos.

Ese amplio espectro de actitudes posibles conforma lo que se denomina en forma genérica el derecho de reacción o de defensa en juicio.

Durante su ejercicio, se encontrará también con cargas, deberes y facultades susceptibles de ser cumplidos –aún estratégicamente- dentro de los carriles de los principios finalistas del proceso o deslizándose de ellos”. (...–

En el caso sub examine, por ejemplo, la parte demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada en la etapa probatoria, circunstancia que no acaeció, tanto así que los argumentos expuestos para oponerse a las pretensiones, no se relacionan con el grado de validez de las pruebas integradas al plenario, sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación de culpa y con las condiciones para atribuir la eventual responsabilidad al Estado por su falla en el servicio.

No obstante el análisis anterior, con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo Código General del Proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A.

En efecto, el artículo 16 del Decreto 1736, estableció:

“ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. Corriójase el literal a) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:

"Artículo 626.

“A partir de la promulgación de esta ley quedan derogados: artículos 126, 128, la expresión "y a la declaración a los testigos indicados por los solicitantes" del 129, 130, 133, la expresión "practicada diligencias indicadas en el artículo 130" del 134, las expresiones "y no hubiere por este tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130" y "sin tales formalidades" del 136 y 202 del Código Civil; artículos 9º y 21 del Decreto 2651 de 1991; los artículos 8º inciso 2º parte final, 209 A y 209 B de la Ley 270 de 1996; el artículo 148 de la Ley 446 de 1998; 211 y 544 del Código de Procedimiento Civil; el numeral 1 del artículo 19 y la expresión "por sorteo público" del artículo 67 inciso 1º de la Ley 1206 de 2006; el inciso 2º del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008; la expresión "que requerirá presentación personal" del artículo 71, el inciso 1º del artículo 215 y el inciso 2º del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011; la expresión "No se requerirá actuar por intermedio de abogado" del artículo 58 numeral 4, e literal e) del numeral 5 del artículo 58 y el numeral 8 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; el artículo 34 del Decreto-ley 19 de 2012; y, cualquier norma que sea contraria a las que entran en vigencia a partir de la promulgación de esta ley.,

“(...)”

Así las cosas, al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada.

Corregido por el art. 18, Decreto Nacional 1736 de 2012

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes:

“Artículo 243. Distintas clases de documentos.

“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

“Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

“Artículo 244. Documento auténtico.

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

“Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

“También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente cuando se incluyan las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

“Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

“La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

“Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

“Artículo 245. Aportación de documentos.

Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

“Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si lo tuviere conocimiento de ello.

“Artículo 246. Valor probatorio de las copias.

“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

“Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

“(…)” (Negrillas y subrayado del original).

Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenido en el artículo 243 del C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es un reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes aporten documentos falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tienen el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, el legislador insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 243 y 254 del C.P.C., ya que la ley 1395 fue derogada, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia.

Como ya se dijo, en el caso sub examine, la entidad demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por los demandantes y, especialmente, las copias simples en comento, sin embargo, su validez no fue objeto de cuestionamiento alguno y, por el contrario, hizo uso contundente de las mismas para la construcción de la defensa, de allí que se colija su complicidad para la práctica de las pruebas rogadas por la parte demandante, adhesión que –por lo menos– en cuanto a los testimonios solicitados en la demanda, se hizo expresa en oportunidad de contestación por parte del INPEC–.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso que, durante las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su autenticidad por las entidades demandadas cuando por el contrario gozó de su aquiescencia para el respectivo análisis.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1438 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 229 C.P.).

Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener

dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valerse de los documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio. Tanto cuando han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos y actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgado desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de equidad y celeridad.

De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que esta Subsección ha favorecido en pluralidad de decisiones, entre ellas vale la pena citar 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” (fls. 12 a 14 c. 1).

En principio dicho documento carecería de valor probatorio al obrar en copia simple tal como la Sala 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 sin firma 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 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 mil 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 simple 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 formalidades 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 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, 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 adopta 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 sólo 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 debía valorar, circunstancia que por demás, hubiere significado la trasgresión al principio constitucional de la buena fe que protege la confianza que los particulares depositan al deber de coherencia en el actuar 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 a

frente a una misma situación. ()”.

Al respecto cabe resaltar el siguiente texto doctrinal:

“La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes se señaló 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 falta 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 declarada executable por la Corte Constitucional al resolver la demanda presentada en contra del núcleo 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 particulares en todas las gestiones que éstos adelanten ante las autoridades públicas y el principio de primacía del derecho sustancial: (...).

-No obstante, la Sala, sin desconocer las disposiciones que fueron declaradas executables, pero aplicadas 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 con el propósito del trámite de reconstrucción por pérdida total o parcial de un expediente, se establece que sólo concurrirá 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 cuando estuvieren en su poder; o b) en el artículo 274 ibídem, cuando una vez citado al autor del documento su reconocimiento, se presenta renuencia por parte del mismo porque no concurre a la diligencia, o 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 notificación 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 aduce conserva el original de las cuales se señala fueron reproducidas y puede por lo tanto, efectuar su cotejo y tacharlas de falsedad cuando no sean 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 si

intervención judicial y en caso de encontrar disconformidad, proponer la tacha de falsedad de que t los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. (...).

-Más evidente aún resulta la carencia de necesidad de que se autentiquen las copias simples aportadas 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 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, invierta 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 le resulten desfavorables, en aplicación, igualmente, del principio de lealtad procesal. Por lo tanto, todas las consideraciones anteriores resultan relevantes 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”. (...)

(negritas fuera del texto).

Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos judiciales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral de título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohíja en esta providencia, es relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contratos, reparaciones directas, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–.

No obstante, el legislador del año 2011, al reconocer la importancia de los principios constitucionales y la función que ejercen o cumplen en la armonización de los postulados legales del orden procesal, detalla en la nueva disposición del artículo 167 ibídem, que “no será necesario acompañar su copia [la de las normas de alcance no nacional], en el caso de que las normas de carácter local que se señalen como infringidas se encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifiesta en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente.”

Como se aprecia, el derecho procesal moderno parte de la confianza que existe en la sociedad, se trata una visión filosófica que encuentra su fundamento en la dimensión de la filosofía y sociología funcionalista, así como en la teoría de los sistemas sociales.

En otros términos, la hermenéutica contenida en esta sentencia privilegia –en los procesos ordinarios– la buena fe y el principio de confianza que debe existir entre los sujetos procesales, máxime si uno de los extremos es la administración pública.

En otros términos, desconoce de manera flagrante los principios de confianza y buena fe el hecho de que las partes luego del trámite del proceso invoquen como justificación para la negativa de las pretensiones de la demanda o para impedir que prospere una excepción, el hecho de que el fundamento fáctico que soporta se encuentra en copia simple. Este escenario, de ser avalado por el juez, sería recompensar una actitud desleal que privilegia la incertidumbre sobre la búsqueda de la certeza procesal. De modo que a partir del artículo 228 de la Constitución Política el contenido y alcance de las normas formales y procesales –necesarias en cualquier ordenamiento jurídico para la operatividad y eficacia de las disposiciones de índole sustantivo– es preciso efectuarse de consuno con los principios constitucionales en los que, sin hesitación, se privilegia la materialización del derecho sustancial sobre el procesal, es decir, un derecho justo que se acopla y entra en permanente interacción con la realidad a través de un medio comunicante.

De allí que, el proceso contencioso administrativo y, por lo tanto, las diversas etapas que lo integran constituyen el procedimiento judicial litigioso no pueden ser ajenas al llamado de los principios constitucionales en los que se hace privilegiar la buena fe y la confianza. Esta circunstancia de la superación fáctica frente a lo normativo, fue puesta de presente por la teoría del método científico en el derecho (antiformalista) de Francois Geny, quien con total claridad sobre la materia, puntualizó:

“Así considerado el problema, se reduce a los términos siguientes: la legislación, esté o no codificada entendiéndola en su sentido más amplio, esto es, tomándola como todo acto de la autoridad que tiene por fin dictar reglas jurídicas generales en forma de imposición obligatoria, ley propiamente dicha, decretos, reglamentos legalmente dictados, el *jus scriptum*, en una palabra, ¿puede, en nuestro estado social y constitucional ser suficiente para la revelación del derecho, permitiendo su completa aplicación, que sea completamente inútil para la práctica toda jurisprudencia positiva? ¿No descubrimos, por el contrario, la naturaleza y en la acción de la ley, lagunas y limitaciones esenciales, que hagan necesarias otras fuentes de derecho, tal como la costumbre, o bien cuando menos la intervención de la libre investigación científica, dirigida a la elaboración del sistema jurídico, capaz de dar satisfacción a todas las necesidades de la vida social?

“Este campo de investigación que descubrimos parece poco explorado. Y esto, si no me equivoco, procede del que se hayan contentado fácilmente con el principio de omnipotencia legislativa. Se ha pensado indudablemente que este dogma constitucional excluía a priori toda idea de medida de la actividad del poder en materia de revelación del derecho, y se ha considerado además que en nuestro estado social y social el legislador creía manifiestamente reservar para sí solo el monopolio de toda innovación jurídica.

Esta hermenéutica jurídica que permite la interacción permanente de los principios constitucionales con los aspectos legislativos, máxime si existen lagunas o puntos oscuros en el derecho, tales como sabido es posible a la luz de diáfanas y sistemáticas modificaciones normativas aplicar un sistema interpretativo que las copias simples tengan valor probatorio en los procesos ordinarios en materia contencioso administrativa, es lo que el neo iusnaturalismo, en cabeza de Ronald Dworkin ha señalado como la necesidad de estructuración de un sistema jurídico en el que las reglas o normas –en sentido estricto–

devienen insuficientes, razón por la cual los operadores jurídicos “echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices política tipo de pautas.

Por último, esta tesis ha sido avalada por otras Secciones del Consejo de Estado, de manera concreta Segunda, al establecer que el hecho de que no se hubieran tachado de falsas las copias simples permite deducir la autenticidad frente a los citados documentos. Sobre el particular, la mencionada Sección señaló

“En el sub-lite las copias simples corresponden a documentos que obran en los archivos de la Gobernación del Departamento de Boyacá, como son las Órdenes de Prestación de Servicios y la papeleta ante la Gobernación Departamental del reconocimiento de las prestaciones reclamadas, entre otros. Además, se trata de copias de documentos públicos que no fueron tachados de falsos y tienen el reconocimiento implícito de quien los aporta (artículo 276, ejusdem), por lo que no puede descartarse su valor probatorio. El Tribunal desconoció el valor probatorio de las copias aportadas sin valor antes dicho y olvidando, además que en materia de conciliación podía solicitar en forma oficiosa los documentos. Así, el sólo aporte en copia simple de algunos documentos no constituía óbice para incluirlos en el Acuerdo Conciliatorio. Entrando al fondo del asunto conviene indicar que, según reiterada jurisprudencia, cuando se trata del contrato realidad es el valor pactado en el contrato y no otro el que sirve de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que de cualquier documento y que el tiempo a reconocer en el “contrato realidad” es el efectivamente laborado.

En esa perspectiva, constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de la confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a menoscabar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la verdad en el caso concreto y, por lo tanto, impidan que el juez adopte decisiones inhibitorias. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, y no el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan la aplicación del mismo.

Así las cosas, conviene que la aplicación de esta hermenéutica influya en la materia, tal como lo ha hecho esta Subsección, toda vez que el tradicionalismo férreo no puede constituir razón suficiente para menoscabar la vigencia de una tesis que no consulta los postulados constitucionales y los lineamientos procesales modernos. Una de las finalidades principales del orden jurídico o normativo reside en la efectividad de los derechos y las garantías de los sujetos procesales, por lo tanto, una postura excesivamente formal deslegitima los fines esenciales del derecho procesal o adjetivo, máxime si las partes han guardado silencio a lo largo de la actuación –o han consentido expresamente en la valoración–, lo que ha permitido convalidar su postura frente a los documentos que reposan en el plenario en copia simple, respecto de los cuales se ha hecho referencia.

2. Previo a resolver de fondo, se debe precisar que en relación con la investigación disciplinaria, que adelantada por la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca –bajo la administración del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario–, en contra de los internos: Aldemar Lozano Ostos, Elio Angulo Díaz y Víctor Gómez Irreño, con ocasión del intento de fuga que protagonizaron el 26 de febrero de 1999 –obran en el expediente de folios 36 al 59, no será apreciada para efectos de su valoración. En efecto, se observa a lo largo del cuaderno No. 1:

“(…) AUTO COMISORIO PARA APERTURA DE INVESTIGACIÓN

Arauca, Arauca, Marzo 1º de 1999

Téngase en cuenta el informe presentado por el Comandante de Guardia RICARDO JIMÉNEZ

MENESES, como base para dictar esta providencia de Auto cabeza de proceso y para que adelante investigación formal Disciplinaria, se comisiona al Jefe de la Oficina Jurídica Doctor ÁLVARO FERNANDO SANJUAN QUINTERO, quien queda investido de amplias facultades (...)

La providencia de apertura referenciada está suscrita por el Director del penal de la época, Jaime A Valencia Correa, y en ella se evidencia que la pesquisa disciplinaria fue dirigida por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, quien para entonces oficiaba como Jefe de la Oficina Jurídica del establecimiento que en el presente proceso integra la parte demandante -alegando su calidad de lesionado-, por demerito de los mismos hechos.

Ahora bien, respecto al traslado de pruebas, el Código de Procedimiento Civil

consagra de la siguiente manera:

ARTÍCULO 185. PRUEBA TRASLADADA. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso pueden trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella (Negrillas fuera del texto original)

Como se puede inferir -sin lugar a mayor elucubración-, no se espera conducente la apreciación de la prueba que, más que haberse practicado a petición y con audiencia de la parte contra la que se pretende aducir -es decir, el INPEC-, fue inmediata, apreciada y resuelta -en representación de la entidad, bajo la calidad de investigador-, por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero -abogado de profesión-, quien por la época de los hechos se desempeñaba como funcionario de la parte que ahora obra como su demandante.

Aunque en etapa adelantada de dicha gestión, así también fue reconocido por el propio investigador Álvaro Fernando Sanjuán Quintero-, quien en misiva del 20 de mayo de 1999 declaró:

“(…) Teniendo en cuenta la declaración del Dragoneante RANGEL ZAMBRANO EDILBERTO, quien me trae a colación al suscrito investigador, en los hechos acaecidos el pasado 26 de febrero del año que me avanza, y como fui uno de los damnificados en el conato de fuga, por parte de los internos investigados en este centro reclusorio, mal puedo en aras de la imparcialidad, seguir conociendo la presente causa, por la que me declaro impedido, y remito a la Dirección de la Cárcel las diligencias en el estado en que se encuentran, constante de 32 y 19 folios, original y copia, respectivamente, para lo de su cargo (...)” del cdno. No. 1)

2. Valoración Probatoria

2.1. Para acreditar el período de su vinculación laboral con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, acompañó, con el escrito de demanda, copia simple de la Resolución 1296 del 31 de marzo de 1998 -proferida por su Director General-, en la que resolvió “nombrar provisionalmente en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO código 3020, grado 10, de la Cárcel Judicial del Circuito de Acaes, al doctor ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO (...)”. Así mismo, en copia simple, se adjuntó el acta No. 4 -de abril 24 del mismo año-, mediante la cual el designado prestó juramentos constitucionales y de ley, y suscribió la posesión de su cargo. A posteriori, mediante copia de la Resolución 2304 - suscrita por el Director General el 13 de julio de 1999-, se verificó la declaratoria de insubsistencia en su cargo, es decir, la cesación definitiva de su vinculación laboral con la entidad (ver al 88 del cdno. No. 1).

2.2. También así, adjuntó copias simples de legajos pertenecientes a la historia clínica -seguida por el Instituto de Seguros Sociales-, del paciente Álvaro Fernando Sanjuán Quintero. Tienen fechas de: 1

abril, 21 de julio, 13 de octubre y 01 de diciembre de 1999, y 3 de enero de 2000. De la información en dichos folios se registra, es legible muy poco, pero se entiende bien que, en las mencionadas fechas el susodicho paciente –de 40 años- consultó en la especialidad de psiquiatría. En una de las anamnesis puede leer: (...) ansiedad, intranquilidad, insomnio - posterior a episodio que vivió en su sitio de trabajo (Cárcel de Arauca). En el diagnóstico presuntivo de otras fechas se entiende con claridad: síndrome de estrés posttraumático y, en la última, continúan dificultades de erección que se precede (fls. 60 al 64 del cdno No. 1).

2.3 Seguidamente presentó copias al carbón -o segundas copias-, de fórmulas de medicamentos, diligenciadas en formatos de control del Instituto de Seguros Sociales, donde se confirmó que al paciente Sanjuán Quintero se le recetaron, durante el período comprendido entre mayo de 1999 y febrero de 2000, medicinas como Somece, Lumprazolán, Ludiomil, Anafranil o Somni

<http://www.vademecum.es/>

, indicadas para controlar las crisis de ansiedad, depresión, angustia e insomnio (fls. 65 a 74 del cdno No. 1).

2.4 A continuación, aportó original del derecho de petición que interpuso el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, ante el Instituto de Seguros Sociales, solicitando que le fuera allegada su historia clínica al especialista que lo trataba, ya que sin el oportuno acceso a la misma, no se podía hacer un verdadero seguimiento de su evolución en las consultas, a lo que el Instituto contestó:

“(…) En respuesta a su solicitud hecha el día 16 del presente mes fundamentada en el Derecho de Petición, me permito informarle que su Historia Clínica pertenece al CAA de los Patios, puesto que las Referencias expedidas por el Doctor Serrano su residencia está ubicada en Montebello II.

Solicite su Historia Clínica a dicho CAA, en la cual le anexaré las Referencias de atención de Psiquiatría de los días 3 de agosto, 25 de agosto, 13 de octubre y 1 de diciembre de 1999 (...)” (fl. 77 del cdno No. 1).

Igualmente, para otorgar certeza de su enfermedad, anexó copia simple de fórmula de medicación en formato del ISS, fechada el 15 de junio de 2000, donde le fue recetado Viagra y Erostaí (fl. 215 del cdno No. 1).

2.5 Se observaron, igualmente, copias simples del reconocimiento No. 1572, expedido el 7 de marzo de 2002 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses –Seccional Norte de Santander. Allí determinó:

“(…) Se observa paciente masculino eutrófico de 44 años de edad que demuestra mayor edad que la cronológica, colaborador que no refiere ni encuentra alteración morfo funcional alguna en la fecha amerite incapacidad médico legal.

Su cuestionario está especialmente orientado a determinar una perturbación funcional psíquica así como el uso de medicamentos específicos de neurología-psiquiatría por lo tanto se da traslado para que el psiquiatra forense determine al respecto (...)” (fl. 238 del cdno ppal).

El 13 de marzo de 2002, el psiquiatra forense efectuó la valoración mental de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, y así determinó en el informe:

“(…) EXAMEN PSIQUIÁTRICO FORMAL:

Ingresa al consultorio por sus propios medios, saluda al entrevistador, revela su edad cronológica. Su estado psicomotor prima por movimientos no adaptativos.

Ansioso, deprimido; la forma de su pensamiento es lógica, acelerado en el curso de su pensamiento.

El contenido prima su ideación minusvática y su referencialidad.

La sensopercepción es adecuada.

Orientada en tiempo, espacio y persona.

Autocrítica y prospección comprometidas.

DISCUSIÓN:

Se debe plantear antes de resolver el cuestionario enviado a esta seccional que **ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO** posterior a los hechos vividos en la Penitenciaría de Arauca ha desarrollado síndrome de estrés postraumático, que le ha repercutido incluso en su vida de pareja, presentando sus síntomas en la actualidad.

No figura en las xerocopias de historia clínica del I.S.S. presencia de esta sintomatología antes de los hechos vividos.

RESOLUCIÓN DEL CUESTIONARIO:

1. El entrevistado **ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO** presenta clínicamente lo que el IV denomina Síndrome de Strees [sic] Postraumático.
2. Actualmente presenta sintomatología activa y puede afirmarse que ese síndrome obedece a la experiencia vivida en el Penal de Arauca.
3. Se origina obviamente con la época en la que laboró en la Penitenciaría de Arauca. Afirmarse que sobrepasado un semestre de signos y síntomas una vez vivida la experiencia, lo cual lo situaría con síndrome strees [sic] postraumático y en términos forenses equivaldría a un Trastorno Mental Perr
4. El proceso clínico de **ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO** ha tendido a la cronicidad.
5. Ha generado alteraciones psíquicas y comportamentales, tales como disfunción familiar a nivel de pareja y disfunción eréctil.

Se utilizó como técnica y metodología: la revisión de historia clínica y la entrevista psiquiátrica (... 239 a 242 del cdno. ppal) (cursiva y subrayas de la Sala)

A partir del experticio es posible concluir que -a pesar de la insistencia de la parte demandante en lo contrario-, lo cierto es que no fue el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses –Sec Norte de Santander- el que diagnosticó el síndrome de estrés postraumático, sino que, por el contrario dicho informe claramente se fundamentó en la historia clínica elaborada por el Instituto de Seguros Sociales, es decir, es esta la fuente -primera referencia- del diagnóstico, puesto que -tal como se surtió la metodología utilizada se fundamentó en la observación de la historia clínica y en la entrevista de pero, en tal sentido, el dictamen forense proyecta un cariz de prueba -en referencia- de una serie de documentos tan trascendentales como desconocidos.

Por otra parte, salta a la atención que, del estudio de los antecedentes médicos -puesto que “no figu

presencia de esta sintomatología –o similar- en las xerocopias de historia clínica del I.S.S. (...) ante los hechos vividos”-, el perito haya llegado a concluir que el origen de la patología se suscitó con o de la experiencia traumática, lo que conminaría –forzosamente-, a verificar la historia clínica del p^a Sanjuán Quintero, con el fin de confirmar sus preexistencias. Sin embargo, a pesar de no poder corroborarlas –gracias también a la ausencia de la historia clínica del señor Sanjuán Quintero en el proceso-, defender semejante postura significaría ignorar por completo principios de tanta preeminencia como los de la carga de la prueba, lealtad procesal y la buena fe; siendo este último una presunción de fuerza constitucional, consecuentemente le correspondería al contradictor la carga de probar una acusación en tal sentido, acontecer que no se presentó en este caso, pues la demandada no allegó al proceso prueba así dirigida, de allí que resulte execrable afirmar –para el juez o para las partes-, que el demandante no probó un hecho que, por demás, contradice sus propias afirmaciones.

2.6 Columna vertebral del acervo de pruebas allegado, es el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez -Seccional Norte de Santander-. A folio 243 del cuaderno No. 1, donde reposa copia si de la decisión de dicho órgano, se puede observar:

CRITERIO	PORCENTAJE (%)	
DEFICIENCIA	20.0	LIZCANO
DISCAPACIDAD	3.8	MURILLO DE G
MINUSVALÍA	17.5	MURILLO DE G
TOTAL	41.30	

El informe elabora una descripción del dictamen, particularizando la evaluación de cada criterio y la manera en que se calificó, para finalmente declarar la estructuración de una incapacidad permanente parcial de origen profesional, y determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral en un 41.30% a partir del 26 de febrero de 1999.

Tal como se verificó, en el aparte de relación de documentos, los galenos legistas registraron aquellos que se estudiaron y tuvieron en cuenta como fundamento para proferir el dictamen final:

DOCUMENTO	SE TUVO EN CUENTA
REPORTE DE ACCIDENTE DE TRABAJO	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
HISTORIA CLÍNICA COMPLETA	NO
EPICRISIS O RESUMEN DE HISTORIA CLÍNICA	NO
ACTA DEL LEVANTAMIENTO DEL CADÁVER	NO SE TUVO EN CUENTA
CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN	NO SE TUVO EN CUENTA
ANALISIS PUESTO DE TRABAJO	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
EXÁMENES PARACLÍNICOS	SI SE TUVO EN CUENTA
EXÁMENES PRE-OCUPACIONALES	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
EXÁMENES PERIÓDICOS OCUPACIONALES	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
EXÁMENES POST-OCUPACIONALES	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
CONCEPTO DE SALUD OCUPACIONAL	NO APORTADO AL EXPEDIENTE
OTROS: Valoración, al SOLICITANTE por el ponente Dr. Lizcano	
DIAGNÓSTICO MOTIVO DE CALIFICACIÓN	
SÍNDROME DE STREES [SIC] POSTRAUMÁTICO	

Sorprende que ni la historia clínica, ni su resumen o epicrisis -primera fuente del diagnóstico del “síndrome de estrés postraumático”-, hayan sido objeto de análisis para el fundamento del dictamen Junta Regional. Por el contrario, en el acápite posterior de exámenes practicados para el diagnóstico, el informe registra que se valoró al paciente por psiquiatría y el resultado reveló el síndrome de stress

postraumático. Sin embargo –conforme al acápite anterior del informe-, se observa que la razón que motivó el examen fue, precisamente, la mencionada patología.

Dicho de otra manera, de la sintomatología de un síndrome de estrés postraumático –aunado a la valoración del psiquiatra-, incluso en ausencia de la historia clínica, logró diagnosticar el síndrome de estrés postraumático y, quizá lo más sorprendente, su nivel porcentual de afectación. No obstante, a pesar de la simplicidad del método que se dijo aplicar para su elaboración, lo cierto es que, tal como se refiere en el numeral anterior, se trata del experticio realizado por peritos de la Junta Regional de Calificación de Invalidez –Seccional Norte de Santander-, que le fue practicado a Álvaro Fernando Sanjuán Quintana, que solo fue objeto de contradicción por su parte, en un incidente que se resolvió en la sentencia a favor del dictamen.

Ante la contradicción del formulado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, invocada oportunamente por la parte demandante durante el término de traslado del mismo, y en respuesta a un orden de practicar su complementación, el colegiado de galenos allegó respuesta el 17 de marzo de 2003 en los siguientes términos:

“(…) Nos permitimos informarle que lo solicitado por el demandante de la referencia, en relación a incrementar la deficiencia del Dictamen de pérdida de capacidad laboral por no haberse tenido en cuenta la disfunción eréctil del pene y su relación de pareja, no es posible, de acuerdo a la tabla de calificación aplicada, ya que estas deficiencias ya están incluidas en la deficiencia dada del 20%, como Stress Postraumático [sic], que contemplan estas alteraciones. El capítulo V de la tabla que hace referencia a deficiencia de Órganos Genitales, concretamente del pene, contempla alteraciones orgánicas del miembro viril, que en ningún momento presenta el paciente calificado sino se derivan de su Patología Psíquica calificada como estrés postraumático. Lo mismo sucede con la alteración de relación de pareja, de la que se queja el paciente y que con un buen tratamiento de psicoterapia puede mejorar sustancialmente.

CONCLUSIÓN

No es pertinente la solicitud hecha en relación a aumentar la deficiencia dada en el dictamen emitido por la Junta en pleno se ratifica en la Calificación dada (...)” (fl. 247 del cdno. No. 1).

En vista de la resistencia de la Junta Regional para complementar el dictamen, la parte demandante objetó por error grave. En la acusación le descalificó, argumentando que ésta debió apegarse –aparte de criterios subjetivos- a las tablas porcentuales del Manual de Calificación. Acusó que siendo integrada por dos médicos generales, un psicólogo y un abogado, su evaluación no puede pasar por encima de los dictámenes de expertos psiquiatras del Instituto de Medicina Legal y el Instituto de Seguros Sociales.

En consecuencia, solicitó designar para nuevo peritaje a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez –superiores jerárquicos de la Regional de Norte de Santander-, para que con estricta observación del Decreto 917 de 1999, valorara y otorgara porcentaje a la disfunción eréctil y familiar -a nivel de pareja-.

Posteriormente, luego de correr traslado para las alegaciones finales mediante auto del 28 de mayo de 2003, providencia impugnada por el actor -comoquiera que concluyó con la etapa probatoria, sin que haya resuelto la objeción propuesta contra el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez el a-quo rechazó su reposición en providencia del 30 de julio de 2003. Allí consideró:

“(…) Ahora bien, el despacho señala al apoderado que no repondrá el auto que ordenó correr traslado, por las siguientes consideraciones:

Efectivamente en el transcurso del presente proceso se ha dado cumplimiento a las diferentes etapas y trámites del mismo, es así como el 9 de septiembre de 2002, se ordenó correr traslado del dictamen rendido por la Junta de Calificación de Invalidez de Norte de Santander (...); dentro del referido traslado la parte actora solicitó complementación del referido dictamen (...).

La Junta de Calificación de Invalidez de Norte de Santander envió la complementación respectiva (la cual se dio traslado a las partes, dentro del cual la parte actora objetó por error grave el dictamen

Ahora bien, referente a la objeción por error grave, el despacho la decidirá en la sentencia que se dicte dentro del presente proceso, tal como lo ordena el numeral 6 del artículo 238 del C.P.C. (...)" (fls. 272 del cdno. No. 1)

Al momento de decidir, respecto al error grave por el que se objetó el dictamen, así desató el a-quo

"(...) Ahora bien, como quiera [sic] que el actor insiste en cuestionar dicho dictamen, se hace necesario precisar que el procedimiento a seguir hubiese sido apelar dicha decisión dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto 1346 de 1994

, ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y no trasladar dicha responsabilidad a la autoridad judicial (...)" (fl. 300 del cdno. ppal.)

No obstante, aprecia la Sala que el Decreto 1346 de 1994, norma a la que el a-quo remitió al objeto además de referirse a una materia diferente –incompatibilidades, inhabilidades, responsabilidades, impedimentos y recusaciones de los miembros de las juntas de calificación-, se encontraba derogado el 13 de agosto de 2002 –fecha en que se practicó el dictamen-, por el Decreto 2463 de 2001, que en la materia dispone:

"(...) ARTICULO 33.-Recurso de reposición. Contra el dictamen emitido por la junta regional de calificación de invalidez procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse directamente dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, sin que requiera de formalidades especiales, exponiendo los motivos de inconformidad y acreditando las pruebas que se pretendan hacer valer.

El recurso deberá ser resuelto por la junta dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción y no a costo alguno.

PARAGRAFO El trabajador, empleador, entidad administradora, compañía de seguros o persona interesada, podrá interponer dentro del término fijado en el presente artículo, el recurso de reposición, el subsidio, el de apelación, o interponer el de apelación directamente a través de la junta regional de calificación de invalidez.

ARTICULO 34.-Recurso de apelación. El dictamen emitido por la junta podrá ser apelado por cualquiera de los interesados, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que se requieran formalidades especiales señalando los motivos de inconformidad y acreditando las pruebas que se pretendan hacer valer.

Interpuesto en tiempo el recurso, el secretario de la junta regional de calificación de invalidez lo resolverá dentro de los dos (2) días siguientes a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Para tal efecto remitirá toda la documentación que sirvió de fundamento para el dictamen e informará a las partes interesadas sobre dicho trámite.

Si el recurso no fue presentado en tiempo, el secretario así lo informará a la junta de calificación o a

decisión respectiva en la sesión siguiente, quedando en firme el dictamen proferido.

PARAGRAFO. Cuando la junta regional de calificación de invalidez, por cualquier causa se abstener de dar trámite al recurso de apelación, el interesado podrá acudir directamente ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual ordenará la remisión de la documentación y decidirá lo que sea de

ARTICULO 35.-Procedimiento para el trámite del recurso de apelación. El recurso de apelación se resuelto por la sala de decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a la cual pertenece el ponente a quien le correspondió en turno el caso, siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 32 del presente decreto.

El dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se notificará de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto, y contra él sólo proceden las acciones ante la jurisdicción laboral ordinaria (...”.

Como se aprecia, el Decreto citado contiene disposiciones de carácter especial, es decir, regulan de manera concreta y específica la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez, contenido, también, el procedimiento correcto para impugnar los dictámenes que emiten. Esto significa, que si bien es cierto que el artículo 238 del C. de P.C. –al que se aferró el inconforme-, reza sobre la contradicción del dictamen pericial, no lo es menos aún que el Decreto 2463 de 2001 también regula esto pero de manera especial y posterior, lo concerniente a los dictámenes expedidos por las juntas regionales de calificación de invalidez, con lo cual queda claro que el demandante faltó a la carga del procedimiento que se le exigía -bajo el que se tramitaba su inconformismo con la decisión-, lo que hace axiomático que el dictamen tiene plena validez.

2.7 Integrando el acervo probatorio, se apreció copia auténtica del informe presentado por la Aseguradora de Riesgos Profesionales La Previsora Vida S.A., dando cuenta de las actividades que realizara en la Cárcel del Circuito de Arauca, con ocasión de la evaluación psicológica que se les practicara a los funcionarios, posterior al intento de fuga que se registrara el 26 de febrero de 1999. Del informe se destaca:

“(…) Caso I

Nombre: Álvaro Fernando Sanjuán Quintero

Edad: 40 años

Estado Civil: Casado

Natural de: Cúcuta

Antigüedad: 1 año

Escolaridad: Universitario

Cargo: Asesor Jurídico

Narra lo Siguiente:

“En el momento del motín quedé encerrado entre la primera y segunda reja en medio del tiroteo. No recuerdo cuánto tiempo duró, cuando me di cuenta de que los refuerzos de la Policía no podían entrar entonces me percaté de que el candado estaba puesto, entonces empecé a darle instrucciones a unos policías para que volara el candado ya que las llaves se encontraban refundidas”.

Conclusiones:

Presenta trastornos del sueño insomnio, sentimientos de desamparo, paranoia, anorexia, dolores musculares, cefalea, incertidumbre, estados de alerta por encima del umbral, al día siguiente del hecho tuvo intenciones de abandonar el cargo.

Diagnóstico:

Crisis de ansiedad asociada a incidente de trabajo.

(...)

RECOMENDACIONES DIRIGIDAS A TODA LA POBLACIÓN EVALUADA

SE RECOMIENDA REALIZAR TALLERES DIRIGIDOS A:

MANEJO DEL ESTRÉS

ESTILOS DE VIDA SALUDABLES

MANEJO DE SITUACIONES GENERADORAS DE CONFLICTO DADAS LAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGIÓN DONDE SE ENCUENTRA UBICADA LA CÁRCEL (.. 73 a 82 del cdno. No. 3). (Negrillas y subrayas de la Sala).

En relación, se encuentra el testimonio de Ludivia Castro Guerrero, Administradora Financiera de la Previsora de Vida S.A., quien declaró negando la responsabilidad de la ARP, en cuanto a que su cargo inicial nunca fue objetado. Así expuso frente al incidente:

“(...) Pues del hecho me enteré en julio, cuando nos llevaron una citación a la oficina, julio de 2000, la fecha no la recuerdo exactamente, citación del Tribunal, de un llamamiento en garantía, no conocí los hechos. PREGUNTADO: Manifiéstele al Tribunal cuánto tiempo lleva laborando con La Previsora, precise la fecha en la cual se vinculó. CONTESTÓ: Estoy vinculada desde el 21 de febrero del 2000 (fls. 55 y 56 del cdno. No. 3).

Acompañándolo del formato para la verificación de afiliación y vigencia a la ARP –del 15 de marzo de 1999, que describió: “incidente de trabajo que origina crisis transitoria de ansiedad. Se ordena terapia grupal a cargo de psicóloga ARP”-, y del reporte de accidente de trabajo –fechado el 11 de marzo de la misma anualidad, que definió la lesión de Sanjuán Quintero como: “Trauma psicológico por intento de fuga de internos con armas de fuego”-, el Director de Gestión Integral de Siniestros de PREVIATE –Administradora de Riesgos Profesionales de La Previsora Vida S.A.-, aportó copia auténtica del certificado del 12 de octubre de 2000, en el que hace constar:

“(...) Que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) presentó reporte de presunto accidente de trabajo el 15 de marzo de 1999, sobre el suceso ocurrido al afiliado ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO (...) el cual fue calificado por esta Administradora de Riesgos Profesionales como incidente (...)” (fls. 20 a 22 del cdno. No. 2)

Con la certificación, también se allegó la copia auténtica del resultado de la novedad reportada –fechado el 12 de abril de 1999-, analizada por la Aseguradora de Riesgos Profesionales, en escrito dirigido al Coronel Laureano Villamizar, y suscrito por la representante legal de la ARP, donde se puntualizó

“(...) I. HECHOS: Relacionados con el asunto en comentario destacamos los siguientes:

1. Servidores públicos que sufren de “trauma psicológico”.
2. Dichos traumas acontecen cuando los servidores públicos se encontraban en las instalaciones de cárcel.
3. Los traumas acontecen en razón que el día 26 de febrero del año en curso se presenta un intento de fuga por parte de los internos. En este intento se presentó tiroteo entre las fuerzas del orden y los internos.

II. MARCO TEÓRICO-JURÍDICO

EL ACCIDENTE DE TRABAJO

1. El accidente de trabajo es el suceso repentino que bien por causa o con ocasión del trabajo, y el cual produce una consecuencia (art. 9 del Decreto 1295 de 1994).
2. El artículo 8 del Decreto 1295 de 1994 que establece que los accidentes que se consideran como profesionales son los que se producen como consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada.
 - a) Vemos como esta noción supone una causalidad directa entre el accidente y el trabajo (no concausa, es decir el accidente debe ser consecuencia directa del trabajo y no puede ser el trabajo causa de otra consecuencia que fue la que a la postre ocasionó el accidente) para que sean considerados como siniestros cubiertos por el sistema de riesgos profesionales.
 - b) Por causa se entiende “aquello que es fundamento u origen de algo” (es decir, el accidente debe tener como fundamento u origen el trabajo). La expresión con ocasión se refiere a que el accidente o enfermedad, para ser considerados como de origen profesional, deben tener como causa o motivo el trabajo. Por último que algo sea consecuencia de otra cosa se requiere que “de un hecho o un acontecimiento se siga necesariamente otro”, en este caso que del trabajo se siga necesariamente el accidente.

LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

1. Por su parte la enfermedad profesional se entiende como (artículo 11 del Decreto 1295 de 1994) “...todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o del medio en que se haya visto obligado a trabajar que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional”, catalogación de la cual éste realizará en el Decreto 1832 de 1994. Además se considera que también habrá enfermedad profesional cuando se pruebe que la enfermedad provino del trabajo aunque ésta no esté catalogada tal en la reglamentación a que ya nos refiriéramos.

III. APLICACIÓN DEL MARCO-TEÓRICO A LOS HECHOS QUE CONFIGURA EL CASO EN ESTUDIO: Al respecto consideramos:

1. Los servidores públicos sufren de “trauma psicológico”.
2. Lo anterior permite establecer con evidencia que no hay un accidente de trabajo bajo el marco teórico estudiado, pues no estamos ante la definición de un “accidente”.
3. En caso de existir un siniestro, cubierto por el Sistema de Riesgos Profesionales, éste sería una enfermedad profesional. No obstante lo anterior, el siniestro ocurrido no originó ningún estado patológico por lo cual pese a que el incidente fue de trabajo por éste no se generan prestaciones económicas o asistenciales.

4. Lo que se presentó en los servidores fue una crisis transitoria de ansiedad asociada a un incidente de trabajo. Si bien es cierto que esta clase de incidentes no genera per se [sic] prestación alguna, un psicólogo asesor de la ARP realizará una terapia de grupo los días 13 y 14 de abril del año en curso para que los servidores afectados manejen correctamente el “stress” [sic] que se genera por esta clase de situaciones.

IV. CONCLUSIÓN

De lo antes examinado se concluye que no se configuran en este caso los supuestos fácticos que permitirían aplicar el marco jurídico establecido para determinar que nos encontramos ante un accidente de trabajo o una enfermedad de índole profesional.

No obstante lo anterior la ARP reconoce que hubo un incidente de tipo laboral generado por el “stress” que genera este tipo de situaciones y que mediante terapia grupal se enseñará a manejar (...)” (fls. 10 y 11 del cdno. No. 2).

Respecto a la llamada en garantía -ARP La Previsora de Vida S.A.-, se descarta su responsabilidad en efecto, no se acreditó que se hubiera adelantado ningún tipo de cuestionamiento o impugnación por parte de la entidad asegurada- ante la decisión de calificar el suceso como “incidente laboral”, estimo con la cual se descartó la configuración de un accidente de trabajo –no imputable al empleador-, que comprometiera la responsabilidad de la aseguradora. Así pues, se libera a la ARP La Previsora de Vida S.A., de cualquier compensación a que haya lugar por los hechos de la presente demanda, toda vez que la valoración inicial no fue puesta en duda ni se agotó el trámite oportuno tendiente a su contradicción.

2.8 En cuanto a los testimonios que fueron deprecados por la parte demandante -y coadyuvados por la entidad demandada INPEC-, es preciso anotar que fueron practicados con el fin de acreditar las circunstancias de hecho, el daño provocado y la falla en el servicio. Las mencionadas declaraciones acarrearán a la Sala su análisis detallado, previo a determinar el régimen de imputación.

Obran en el acervo probatorio testimonios rendidos en audiencia -debida y oportunamente decretada y practicados-, entre los que se cuenta el del señor Leonardo Vesga Suárez, del cual vale la pena destacar lo siguiente:

“(…) PREGUNTADO: Manifiésteme a esta Corporación si tuvo conocimiento de hechos que se hayan presentado al interior de la cárcel donde usted labora, donde haya podido tener algún tipo de perjuicio el señor ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO, en caso afirmativo precíselos. CONTESTÓ: participé de una tentativa de fuga que se inició al interior del establecimiento, ya que fui tomado como rehén, me encontraba de servicio de pabellonero cuando los internos WISTON MACIAS, ELIO ANGULO y ALDEMAR LOZANO, con armas corto punzantes me redujeron y me amordazaron en el dormitorio, de ahí los internos se tomaron la guardia donde se apoderaron de unas armas de fuego y presentó un intercambio de disparos entre la fuerza pública que se hizo presente y los internos en mención, esto ocurrió el 26 de febrero de 1999, siendo aproximadamente las ocho de la mañana (..)

PREGUNTADO: Precíselo al Tribunal en los hechos que usted acaba de narrar que su participación activa y pasiva tuvo el señor ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN QUINTERO, precisando lugar de ubicación y demás. CONTESTÓ: (...) desempeñaba funciones de asesor jurídico en el establecimiento y su oficina quedaba a un costado de la guardia externa, de la participación no puedo decir exactamente dónde estuve ya que cuando los hechos ocurrieron yo me encontraba amordazado en la parte interna. PREGUNTADO: Precíselo al Tribunal si después de acaecidos los hechos tuvo conocimiento que el señor SANJUÁN QUINTERO haya recibido lesiones físicas o psicológicas que ameritaran tratamiento, en caso afirmativo indique dónde se le trataron y por cuánto tiempo. CONTESTÓ: No tuve conocimiento, a él lo echaron.

PREGUNTADO: Con anterioridad a la introducción del escrito de tutela en donde le solicita al juez laboral de esa localidad, les protegiera la vida e integridad personal, el aumento de personal de guardia y demás. CONTESTÓ: No tengo conocimiento de lo que usted me pregunta.

penitenciaria y armamento, en alguna oportunidad le solicitó por escrito o verbalmente al director de la cárcel, señor VALENCIA CORREA, mejorara la seguridad del reclusorio, en caso afirmativo cual fue la respuesta. CONTESTÓ: Constantemente se solicita ante el INPEC en Bogotá se mejoren las condiciones tanto laborales como de seguridad de establecimiento para un bien del personal que laboramos allí, es muy poca las mejoras que nos ha hecho el INPEC últimamente y si constantemente el personal solicita al director se mejoren las condiciones, la respuesta es gestionar siempre ante el INPEC.

PREGUNTADO: Contaba la cárcel de Arauca para el día del intento de fuga con el normal pie de personal penitenciario y carcelario. CONTESTÓ: Para el día de los hechos se encontraba laborando el personal completo de una compañía, aproximadamente de siete a diez dragoneantes (...).

PREGUNTADO: ¿Usted rindió declaración en la Unidad de Control Interno Disciplinario de la cárcel (...) en la última vez que se le pregunta qué fallas en la seguridad cree usted se pudieron dar, para que se evitara ese conato de fuga, contestó, primordial la escasez de personal de guardia, pues en el momento se encontraba sólo como pabellonero y el Comandante de guardia se encontraba también solo. También el no traslado de internos que por sus altas peligrosidades deberían estar en un centro carcelario que ofrezca mejores condiciones de seguridad. A qué se debe su contradicción. CONTESTÓ: No me contradigo porque me presunta que si era normal el personal que había laborando ese día y para el día de los hechos era normal porque no teníamos más personal, pero si se encuentra el establecimiento con escasez de personal de guardia para cumplir eficientemente con la seguridad.

PREGUNTADO: Normalmente, después del intento de fuga por parte de los internos, estando usted de comandante de guardia, cómo era el nivel de atención de la gente de la Policía Nacional en cuanto a seguridad se refiere, en el recinto del Comandante de la Guardia. CONTESTÓ: La Policía Nacional, tenía un puesto donde se nombraban uno a tres uniformados de esa institución quienes prestaban seguridad en la Guardia externa y pasaban revista por las terrazas, después de los hechos ocurridos el 26 de febrero estas unidades se les ordenó a la vez por parte de esta institución prestar la seguridad en la parte externa y ahora se la quitaron.

PREGUNTADO: Aclaro la pregunta anterior, en el sentido de que es el grado de seguridad de la parte interna del penal. CONTESTÓ: Pues el personal intenta al máximo prestar siempre bien el servicio ante los hechos que ocurrieron ese día que no es nada previsto se toma al personal de sorpresa y por la mayoría que eran los internos lograron reducir a los que se encontraban en la guardia externa.

PREGUNTADO: Hubo muertos o heridos en ese intento de fuga, quienes? CONTESTÓ: Si hubo fue el patrullero de la Policía, no me acuerdo el nombre; el Dragoneante Martínez Guillermo y el intercomunicador Aldemar Lozano.

PREGUNTADO: Días después del intento de fuga fuimos convocados a una reunión por la dirección del penal, reunión precedida por un funcionario de la Compañía de Seguros LA PREVISORA VIDA S.A., se acuerda usted qué se trató en la reunión? CONTESTÓ: Siempre que ocurren hechos al interior del establecimiento donde se involucren los funcionarios que trabajábamos allí, se solicita la presencia de algún funcionario de la PREVISORA en especial, de algún psicólogo ya que los hechos pueden afectar al personal.

PREGUNTADO: Después de los hechos supo usted en qué sitio del penal se encontraba el asesor jurídico ÁLVARO SANJUÁN QUINTERO, mientras se desarrollaba el intento de fuga por parte de los internos. CONTESTÓ: Por declaraciones de los compañeros que están en la parte externa dijeron que el asesor jurídico señor SANJUÁN había quedado entre la reja No. 1 que conduce al comando de guardia con otro patrullero de la Policía.

PREGUNTADO: Conoce usted detalles respecto a la pregunta anterior CONTESTÓ: Pues lo que dijo el señor Guardián RANGEL, asesor jurídico quedó con un patrullero quien fue el que hizo el intercambio de disparos con los internos quien informaba a la policía lo que estaba ocurriendo.

PREGUNTADO: Con antelación al intento de fuga se presentaron comentarios o rumores respecto a una posible fuga, que medidas de seguridad se tomaron? CONTESTÓ: En el establecimiento es constante el rumor de fuga por parte de los internos y las medidas que se toman es tratar de hacer seguimiento y pedirle al personal que esté alerta al máximo todo el tiempo ya que nunca sabemos en qué momento van a decidirse a hacer una fuga (...).

PREGUNTADO: Manifiéstele al Tribunal cuánto tiempo demoraron esos hechos que usted nos narra, desde el momento

que empezó la toma hasta cuando fue controlada CONTESTÓ: Aproximadamente media hora (...) 33 a 36 del cdno. No. 3) (Subrayas de la Sala)

A continuación, obra el testimonio de Carmen Silvia Cárdenas García, quien para la fecha se desempeñaba como guardiana del INPEC, y así refrendó los hechos:

“(…) PREGUNTADO: Manifiéstele a este despacho si tiene conocimiento o le constan hechos relacionados con un intento de fuga de presos donde haya estado involucrado el referido asesor jurí Dr. SANJUÁN QUINTERO, en caso afirmativo cuándo ocurrió y háganos un pequeño relato de ell CONTESTÓ: Si, claro, (...) eso sucedió en las horas de la mañana cuando tres internos del patio u trataron de fugarse tomaron a unos dragoniantes [sic] en la parte interna con chuzos de fabricación carcelaria, salieron a la parte de la guardia armados disparando a diestra y siniestra [sic], un policía gravemente herido y pues el personal de funcionarios bastante, como le explico ese momento crític bastante susto para nosotros, el Dr. ÁLVARO SANJUÁN QUINTERO, el inspector jefe o sargento nos encontrábamos en la oficina de jurídica cuando el dragoniante [sic] RANGEL ZAMBRANO EDILBERTO llamó en dos ocasiones al asesor jurídico para que entregara una cédula a un ex inter había salido el día anterior a eso de las seis de la tarde, o más tardecito, 6:20 y no le entregaron los documentos porque ya era muy tarde y se le dijo que viniera el día siguiente por ellos. El Dr. SANJ salió con la cédula del señor que esperaba afuera y transcurrió unos cinco minutos yo quise salir tar de la oficina cuando el sargento me dio un empujón por el pecho y me tiro sobre un escritorio y me SILVIA una toma, en ese preciso instante yo miré hacia afuera y vi cuando RANGEL corría hacia l de guardia y cerraba la reja pues la reja que conduce a la misma, se empezaron a oír disparos, nos n a un baño con el sargento y en forma inmediata activó la alarma y desde allí encerrados donde estál oíamos los gritos de las personas que estaban afuera, como los quejidos del policía, gritos de la gua como el Dr. SANJUÁN gritaba que no lo mataran que no le dieran, que era el jurídico, le dije al Sa mi Sargento dónde quedó el Dr. SANJUÁN que escuche como grita y como pide ayuda, como taml hacía el policía que gritaba auxilio, auxilio, transcurrieron varios minutos y seguían disparando de j parte, tanto de la parte de la guardia como de la calle me supongo que la policía, lanzaron gases, pc que el Sargento y yo nos cubrimos el rostro con las camisas del uniforme que humedecimos con el de la cisterna del baño, así pasó un rato hasta cuando no supe cómo se fue calmando la situación. PREGUNTADO: Manifiéstenos a qué hora empezaron estos hechos y a qué hora aproximadamente culminó CONTESTÓ: Bueno no pudo precisar la hora exactamente, se que fue en la mañana como 9:30 eso fue temprano, tampoco puedo precisar cuánto tiempo duró porque uno en ese susto los mi se le hacen años, pero yo creo que eso fue como una media hora supongo yo, eso siempre se demor PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si tiene conocimiento que estos hechos le hayan causac algún tipo de lesión psicológica o física al Dr. SANJUÁN QUINTERO, en caso afirmativo en que establecimiento o establecimiento lo trataron y por cuánto tiempo. CONTESTÓ: Bueno yo creo qu todos los que estábamos ese día laborando nos afectó en gran manera esos hechos, el Dr. SANJUÁ notaba un poco demacrado. Le pregunté inclusive que si estaba enfermo y que porque [sic] fumaba cigarrillo y dijo que no podía dormir, que esa vaina lo tenía muy nervioso y que se sentía mal, en cu si recibió tratamiento, de eso si no tengo conocimiento. PREGUNTADO: Manifiéstele al Tribunal conocimiento de las razones por las cuales se presentó este interno de fuga de los internos de la cár Arauca. CONTESTÓ: No, solo sé que trataron de fugarse pero las causales si no las sé (...). PREGUNTADO: Porque [sic] tuvo que entregársele la cédula al interno que la estaba solicitando e parte externa del penal al siguiente día de haber salido y no el mismo día de su libertad. CONTEST Porque salió muy tarde. PREGUNTADO: Quiénes han sido los encargados de guardar los documen identificación de los internos. CONTESTÓ: Los funcionarios de la oficina de jurídica, eso siempre llevado en la oficina de jurídica (...) cuando adquieren su libertad se les entrega, también ahí mism PREGUNTADO: Cuándo usted salía de la oficina jurídica donde labora y hacía paso obligado por

recinto del comandante de guardia, normalmente cómo era el grado de atención en cuanto a seguridad refiere del agente a la policía nacional. CONTESTÓ: Bueno, ellos siempre permanecían ahí, viendo televisión en la guardia, tomaban tinto, por ahí caminaban, permanecían ellos ahí (...)" (fls. 37 a 40 cdno. No. 3) (Subrayas de la Sala).

Seguidamente, se halló la declaración juramentada de José Luis Sayago Botello, Personero Delegado Administrativo de la Personería Municipal de Arauca, quien se encontraba en el lugar y hora de los hechos, de los cuales refirió:

"(...) Efectivamente el 26 de febrero de 1999, me encontraba en desarrollo de una diligencia de visita especial como Personero Delegado en lo penal en horas de la mañana, y en esos momentos se dio un intento de fuga por parte de algunos internos, hubo intercambio de disparos con la fuerza pública embargo no puedo precisar cómo se desarrollaron los hechos, pues en vista del intercambio de disparos solo pude atinar a lanzarme al piso en compañía de otro interno y de mi secretaria para proteger mi integridad física. PREGUNTADO: Manifiéstele a éste Tribunal si como consecuencia de los hechos que usted relata resultaron personas lesionadas físicamente o psicológicamente, en caso afirmativo precíse su nombre y las lesiones si las conoce. CONTESTÓ: Tengo entendido que hubo tres heridos (...). In cuanto si hubo personas lesionadas psicológicamente hasta el momento no tengo conocimiento pero puedo informarle que la ocurrencia de estos hechos generaron un trauma en mi secretaria y en mí, y como podrá imaginarse el hecho de haber sufrido este tipo de evento genera una inestabilidad emocional en mi casi que he ido superando poco a poco. PREGUNTADO: Manifiéstenos cuánto tiempo duró el hecho de la toma en sí, es decir, desde el momento en que inicio hasta que la autoridad recuperó el control de la situación. CONTESTÓ: Una hora, tengo entendido, porque realmente para mí el tiempo fue bastante largo, luego de que culminaron los hechos y la autoridad controló la cárcel fue que me dijeron en la exterior que había durado una hora el intento de fuga. PREGUNTADO: Manifiéstele a esta Corporación los motivos y circunstancias que originaron este intento de fuga, precisando el medio por el cual permite conocer de ese hecho. CONTESTÓ: Al finalizar el intento de fuga se me enteró por parte de la guardia de la cárcel que esta había sido adelantada por internos del patio uno, además de las demás circunstancias no puedo precisarlas (...), pero tal como se me comentó algunos internos del patio uno desarmaron a la guardia, ingresaron hasta la parte administrativa de la cárcel y allí desarmaron a la policía procediendo luego a iniciarse un intercambio de disparos en número abundante, tanto así que en el lugar donde yo me encontraba ingresaron alrededor de diez disparos según las esquirlas de las paredes que me sentí asustado. PREGUNTADO: Durante estos hechos tuvo conocimiento en qué lugar se encontraba el Jurista Dr. SANJUÁN QUINTERO y por qué medios se enteró de su ubicación. CONTESTÓ: Desde el desarrollo del intento de fuga no tuve oportunidad de observar dónde se encontraba el Doctor SANJUÁN posteriormente (...) me enteré que (...) había quedado en medio del fuego cruzado entre la segunda reja de la puerta de la calle hacia la parte administrativa, es decir en la parte administrativa de la cárcel entendido que quedó, donde según me dijeron se dio el intercambio de disparos entre uno de los internos que intentaron la fuga (...). PREGUNTADO: En sus constantes idas a la cárcel como Personero Público qué posición de seguridad asumía la gente de la Policía Nacional que se encontraba en servicio en el recinto del Comandante de Guardia. CONTESTÓ: Pues siempre que ingresé a la cárcel observé que se encontraba un funcionario de la Policía Nacional al interior en la primera reja su actuación en este lugar estaba dirigida a prestar apoyo a la guardia pues las demás funciones de seguridad estaban a cargo de la guardia penitenciaria por lo tanto la función de la Policía era de un apoyo pasivo (...)" (fls. 37 a 46 del cdno. No. 3) (Subrayas de la Sala).

También así, se confrontó la declaración rendida por el Dragoneante del INPEC Guillermo Martínez quien, en desempeño de sus funciones, repelió el intento de fuga. Así narró su experiencia:

“(…) La tentativa de fuga fue en el 99, el 26 de febrero del 99, a eso de las diez de la mañana yo me encontraba ahí en la guardia y en el momento le dije al comandante (…) que se llama JIMÉNEZ MENESES RICARDO, le manifesté que iba a entrar hasta el patio al taller y él me abrió y yo me fui llegué hasta la reja que da acceso al patio dos, llame al comandante de patios no aparecía por ahí, entonces me devolví, había un interno ahí le pregunté dónde estaba el comandante y ellos me manifestaron que se encontraba en la celda del patio uno, enseguida fui (…) y ahí mismo me agarraron unos internos y me metieron a la celda y enseguida me amarraron con las manos atrás, los pies, me pusieron un trapo en la boca y fuera de eso me metieron un chuzo por el costado y el compañero ya se encontraba ahí dentro de la celda amarrado que era BESGAR LEONARDO [sic], los internos se salieron hacia el pasillo de la celda y enseguida nosotros nos soltamos y le manifesté echamos candado a la celda y él me dijo no ya se fue por el pasillo volémonos por el patio de las mujeres, enseguida nos volamos hacia la terraza, y ahí en el servicio de la garita dos le pasó un revólver a LEONARDO y yo salí corriendo por la terraza hasta la garita uno el servicio se llama MONTAGU le dije pásame el revólver que hay una fuga, enseguida me bajé el revólver con una cabuya rapidito y yo salí corriendo hacia la guardia, no alcancé a llegar a la guardia, miré un policía tirado en el piso y los otros internos estaban haciendo disparos y me comencé a disparar yo como llevaba el revólver yo también les contesté, a lo último ya la policía de afuera les echaban tiros y en los momentos de los tiros del cruce resulté herido yo en el pie izquierdo a la altura del tobillo, enseguida los internos corrieron otra vez hacia adentro, yo me subí hacia la dirección ahí es el Procurador Regional, me parece, él ya me vio, me quitó la bota y ahí hasta que llegó la policía y llegaron otros compañeros y me sacaron no se más. Eso demoró por ahí unos diez minutos eso fue poquito. PREGUNTADO: Manifiéstele a esta Corporación si usted tuvo oportunidad de constatar o de presenciar durante estos hechos que relata en qué lugar se encontraba el asesor jurídico de la cárcel Dr. SANJUAN QUINTERO. CONTESTÓ: No, en ese momento no. PREGUNTADO: Manifiéstenos qué personas resultaron con lesiones físicas o psicológicas de este intento de fuga que usted nos relata. CONTESTÓ: Físicas de los que estaba ahí, resultaron heridos el policía, un interno que no supe quien lo hirió y mi persona que me hirieron en la mitad de la escalera y en la celda la puñalada, de las psicológicas no se me resultaría (...). PREGUNTADO: antes del intento de fuga cómo era el nivel de atención, en cuanto a seguridad se refiere, por parte del agente de la Policía Nacional, que se encontraba asignado en el momento del comandante de guardia CONTESTÓ: Por parte de la Policía había un servicio, un puesto fijo afuera a veces entraban hasta el recinto de la guardia a tomar agua y volvían y salían. PREGUNTADO: Carecía de personal de custodia y vigilancia y armamento la cárcel de Arauca para la época de los hechos CONTESTÓ: No solo en el momento de los hechos carece de personal de vigilancia y de armamento todavía (...)” (fls. 49 a 52 del cdno. No. 3).

La Secretaria de la Administración del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, Ana C. Hernández Ramírez, presente en el penal el día de los hechos, también recordó:

“(…) Si me encontraba presente en el penal el día de los hechos, mi oficina está ubicada en el segundo piso de la parte administrativa de la cárcel, estaba en el segundo piso cuando escuché de pronto gritos como palabras fuertes en el primer piso, el Inspector Reinaldo Alfaro en esa época se encontraba con nosotros en la oficina, decidimos salir de la oficina para verificar qué era el motivo de la bulla, el inspector REINALDO salió mucho antes que yo, y yo me quedé en la mitad [sic] del pasillo cuando escuché que alguien le gritaba a él quédese ahí hijueputa [sic], yo me quedé insofacto [sic] quieta donde estaba y cuando escuché que el inspector les decía no tranquilo no me vallan [sic] a hacer nada (...). Regresé a mi oficina junto con MARÍA DEL PILAR la niña de pagaduría y decidimos cerrar la oficina y salir hasta la casa fiscal de la dirección para refugiarnos, en ningún momento tuve conocimiento de dónde se encontraba el señor ÁLVARO SANJUÁN, ni idea, la oficina de él funciona en el primer piso, pero no sé dónde está él (...)” (fls. 69 y 70 del cdno. No. 3).

María del Pilar Beltrán Carreño, funcionaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, narró

“(…) Si estaba, pero estaba en mi oficina y mi oficina queda en el segundo piso, entonces no me di de dónde estaba él. Lo único que me di cuenta es que yo estaba en mi oficina y empezaron a sonar las rejas en el primer piso de pronto llegó la secretaria de la dirección y me sacó y nos dirigimos hacia el alojamiento de los guardianes (…). PREGUNTADO: Precísele al tribunal cuánto tiempo demoró en los hechos del intento de fuga desde el momento en que empezó hasta cuando se adquirió el control de la situación. CONTESTÓ: La verdad es que en el momento es tanto el miedo y el temor que uno se siente que por ser 10 o 20 minutos, no se con exactitud (…)” (fls. 71 y 72 del cdno. No. 3).

De igual manera, se valoró el testimonio obrante a folios 53 y 54 del cuaderno No. 3, rendido por T Elizabeth Mercado Gamboa –Psicóloga Especialista de La Previsora de Vida S.A.-, quien respondió al cuestionario:

“(…) La relación que mantengo con el INPEC está sustentada en un contrato laboral de parte de la administradora de riesgos PREVIATEP, presto servicios como psicóloga en casos específicos de la población carcelaria, de los funcionarios del INPEC básicamente, conocí al señor Álvaro Sanjuán hace aproximadamente un año y medio, no recuerdo exactamente, vine a la ciudad de Arauca, para evaluar (11) personas que estaban implicadas en desórdenes que habían ocurrido en el centro carcelario. PREGUNTADO: Manifiéstenos en qué fecha ocurrieron los hechos que le correspondió evaluar con posterioridad, igualmente si recuerda quienes fueron esas once personas que tuvo oportunidad de evaluar. CONTESTÓ: Aproximadamente fue como hacia finales de febrero del 99, recuerdo haber encontrado diez personas para evaluar ya que una de ellas, se encontraba en vacaciones, fueron 9 guardianes y una persona de administrativa que era el Asesor Jurídico, el Dr. Sanjuán. PREGUNTADO: Manifiéstele al Tribunal cuál fue su concepto respecto al grupo de evaluados, y específicamente cuál fue respecto a Sanjuán. CONTESTÓ: Mi concepto fue crisis de ansiedad, asociada a incidente de trabajo, en todos los casos fue el mismo concepto. PREGUNTADO: Manifiéstele al Tribunal, usted como psicóloga, si considera que pudo haberse presentado algún daño de tipo psicológico relacionado con el intento de fuga de la cárcel, que deba ser indemnizado. CONTESTÓ: Se observó una alteración de tipo psicológico, suele presentarse cuando se expone a ese tipo de situaciones, éste suele ser superable mediante psicoterapia, usualmente los pacientes resuelven favorablemente esta alteración. PREGUNTADO: Manifiéstele al Tribunal la misma pregunta respecto al grupo. CONTESTÓ: Usualmente yo hago la visita y emito una serie de recomendaciones, para superar esa alteración psicológica (…), además de mencionar a cada paciente la necesidad de acudir a su E.P.S., para su intervención psicológica. PREGUNTADO: Cuál es el procedimiento a seguir, cuando le reportan un caso en particular, en este caso los hechos del 26 de febrero del 99 (…). CONTESTÓ: Una vez recibido el reporte de parte de la cárcel, se hace el desplazamiento y se procede a evaluar psicológicamente a aquellas personas que hayan estado implicadas en el incidente. PREGUNTADO: Qué seguimiento se le hizo a cada caso en particular y en cuántas oportunidades. CONTESTÓ: Como lo mencioné anteriormente se efectuaron las correspondientes evaluaciones basadas en la recomendación en cada caso particular, de la necesidad de acudir a la E.P.S., para recibir el correspondiente tratamiento (…)” (fls. 53 y 54 del cdno. No. 1) (Subrayas de la Sala).

También, rindió testimonio Rubén Darío Rosas Molina, quien se desempeñaba como Comandante de la vigilancia de la Cárcel de Arauca. Refiriéndose a los hechos, expresó:

“(…) En la Cárcel de Arauca se presentó un intento de fuga a principio del mes de febrero, fecha exacta no sé, se iban a fugar unos internos, se sonó la alarma, hubo una serie de disparos, llegó la Policía para apoyar la cárcel y no se salió ningún interno. En el momento que se fueron a fugar los presos, retuvieron a la guardia y les quitaron las llaves de las rejas a los guardianes, nadie podía salir, ni yo tampoco porque había una serie de disparos hasta que todo pasó, el candado como que lo rompieron con un tiro, no

acuerdo muy bien lo que pasó. PREGUNTADO: Dígame al despacho si Usted recuerda si en el inicio que narra también el Dr. ÁLVARO FERNANDO SANJUÁN quedó retenido, esto es sin poder salir espacio de cuantos minutos y en qué condiciones. CONTESTÓ: Si nos vamos al sitio de los hechos tendíamos que hacer una inspección ocular donde ocurrieron los hechos, porque no solamente él se encontraba dentro de la cárcel los otros empleados también estaban dentro de la cárcel en el momento se presentó el incidente y yo creo que en medio de una balacera nadie va a salir de donde se encuentra refugiado, sería ilógico, a penas pasó el incidente, todo pasó a la normalidad, el tiempo que duró no cuánto fue. Yo encontraba en la oficina donde compartía con él, cuando yo escuché el incidente me encontraba en el baño con una guardiana en un baño, no sé en qué parte se encontraba él. PREGUNTADO: Dígame al Despacho en su concepto Usted considera cuál fue la causa o a qué se debió que se hubiera presentado una revuelta de los internos y haber desarmado al personal de guardia. CONTESTÓ: Revuelta no fue, no fue cuando actúan todos los internos, esto era un intento de fuga de tres o cuatro internos que intentaron fugarse y debido a la escasez de guardia que ha asistido en la mayoría de las cárceles de Colombia aprovecharon las circunstancias para tomarse el comando de guardia donde había un revolver, incluso desarmaron a un policía y con esa arma fue que nos intimidaron. PREGUNTADO: Dígame al Despacho cómo fue la actuación de la Policía para contrarrestar el intento de fuga, esto es si fue adecuada. CONTESTÓ: Doctora realmente en la cárcel hay sitios donde hay un botón de alarma, cuando uno conecta inmediatamente la escucha la Policía y el Ejército, la Policía se presentó rápidamente, yo no pude ocultar porque los internos habían desarmado a un policía y estaban intimidando la guardia, al momento esto alcancé a verlos y me oculté cuando sonó la alarma. Llegó la Policía, hicieron unos disparos y al último hirieron a un interno y los otros se fueron al patio donde les correspondía. Para mí si fue adecuada la actuación de los policías porque si ellos no nos hubieran apoyado se hubieran ido los internos, dentro de la cárcel se encontraba un fiscal haciendo una diligencia de indagatoria y habían explosivos donde se estaba haciendo la diligencia, hubieran llegado allí hubiera sido peor la situación. PREGUNTADO; Cuánto tiempo duró el episodio al que está haciendo referencia. CONTESTÓ: Como unos quince a veinte minutos, la Policía queda cerca a la cárcel (...). PREGUNTADO: Son correctos [sic] y convergen los testimonios de los dragoneantes ORDUZ MURCIA CARLOS, VESPALE SÚAREZ LEONARDO, RANGEL ZAMBRANO EDILBERTO, ROMERO ALFARO REINALDO rendidos ante la unidad de control interno de la cárcel de Arauca, en el sentido que las fallas en la seguridad de la Cárcel de Arauca obedecen a la falta de personal de guardia penitenciaria y armamento. CONTESTÓ: Si es cierto y yo estoy de acuerdo con esto. Incluso se instauró una tutela por parte de nosotros los uniformados para que se nos pudiera aumentar la planta. PREGUNTADO: Desea agregar algo más, corregir aclarar en la presente diligencia: CONTESTÓ: Lo hechos ocurridos en dicha cárcel por falta de personal de vigilancia no son culpa mía sino culpa del Estado ya que no dota las cárceles con suficiente personal y armamento (...)" (fls. 89 a 92 del cdno. No. 3).

Carlos Andrés Orduz Murcia, Dragoneante del INPEC, recordó las difíciles circunstancias del intento de fuga, detallando en su declaración:

"(...) Yo cuando eso trabajaba en una oficina de redención de penas de Trabajo y Estudio, en la Cárcel del Distrito Judicial de Arauca. Me encontraba laborando en la oficina, cuando a eso de las nueve o diez de la mañana, escuchaba malas palabras como si estuvieran peleando ahí afuera de la oficina; inmediatamente salí y pude ver que en el piso se encontraba el interno ALDEMAR LOZANO OSTOS peleando [sic] con uno de los policías que se encontraba de servicio, del cual no sé el nombre. Inmediatamente corrí y me enfrenté al interno por el cuello. Lo jalaba pero no fue posible separarlos: momentos después salió el interno ANGULO DELIO, de la parte interna tomó un revólver, me encañonó y me obligó a tenderme frente a la guardia. Siguieron peleando el interno y el policía; finalmente el interno le logró quitar la miniuzzi al policía. Inmediatamente sonó un disparo, también le quitó dos granadas y un revólver, el armamento de donde tenía el policía. Echaron una granada para adentro, el revólver que le quitaron al policía, con eso

quedó el interno ANGULO DÍAZ, le quitaron también el revólver al Dragoneante RANGEL GILB. que salió a ver qué era lo que pasaba, lo encañonaron y después de quitarle el revólver lo pusieron en las mismas condiciones que a mí. El sargento ROSAS, que se encontraba en la oficina de jurídica, junto a una secretaria de nombre SILVIA CÁRDENAS, en el momento al salir de la oficina, se dio cuenta que estaba sucediendo e inmediatamente activó la alarma. Gracias a esa alarma fue que no se pudo fugar, porque inmediatamente hubo apoyo del Ejército, del DAS, de la Marina, de la Policía y la SI. Como el Dragoneante RANGEL, quien era el que tenía las llaves de la reja principal, quedó a este lado de la guardia, no se pudo abrir la reja fácilmente y les tocó a los uniformados, a la Policía, abrir los cuartos con sus armas de dotación, con galil y pistola. Quedaron en un cuartico, no podían pasar porque la siguiente reja estaba cerrada por el otro costado, pero al lado había una reja donde podían observar a la guardia. De ahí hicieron unos disparos: el interno OSTOS resultó herido. Él era el que tenía encañonado al inspector, de quien no me acuerdo el nombre, y cayó inmediatamente al piso: el otro interno, DE DÍAZ ANGULO, en vista de que ya prácticamente no tenía nada que hacer, me tomó por el cuello de la camisa, me puso el revólver en la cabeza y me tomó como rehén para volver a entrar a la parte interna. Ahí llegamos a una reja que queda al final del pasillo donde había un grupo de internos, al interno ANGULO DÍAZ le dije insistentemente que me hiciera el favor de entregarme el revólver que yo se lo iba a calmaba todo ya que por el hecho de saber que había armamento en la parte interna, las cosas se iban a complicar. Como veinte minutos después el mencionado interno me hizo entrega del arma, en el momento que procedieron a echar gases lacrimógenos, iba a hablar con el interno MACIAS GÓMEZ WILTC quien se encontraba en el patio uno y tenía el revólver del Dragoneante que se encontraba en la reja principal. El efecto de los gases no me dejó hablar con él y salí corriendo hacia la parte externa, hacia la guardia. Subí a los alojamientos, me bañé la cara y posteriormente bajé, la Policía ya había entrado y estaba en la guardia (...) no entraba a la parte interna. Se procedió a contar armamento a ver que había o no falta. Eso fue todo (...) CONTESTÓ: En ese momento la Cárcel de Arauca no contaba con suficiente personal de Guardia y armamento apropiado (...) la falla de seguridad obedece a la falta de personal de guardia (...). Yo cuando salí de la oficina donde me encontraba laborando los encontré peleando tirados en el piso, al interno ALDEMAR LOZANO OSTOS y al policía, de quien desconozco el nombre. Yo estoy mal el policía ya estaba apuñaleado. Ahí forcejaron y el interno le quitó la miniuzzi [sic] y ahí mismo sonó un disparo. El policía también salió herido, ahí fue donde le quitaron las granadas y el revólver. El policía después de eso quedó quieto en el piso y bastante sangre se veía. Para mi concepción el policía no tuvo responsabilidad, porque él se encontraba prestando su servicio fuera de la guardia y en un momento normal ver pasar internos tanto para entrevistas con el director, como entrevistas con el asesor jurídico como entrevistas conmigo mismo, por cuestiones de computo, entonces, eso fue lo que aproveché como interno (...). Generalmente los veía era ahí en la guardia o en la parte externa, y sí está permitido estar en la guardia con armamento es en la parte interna, en los patios, donde solamente se puede entrar con el bastón de mando (...). Ellos prácticamente estaban de refuerzo porque había rumores de que la subversión se iba a meter a sacar internos, para una mejor reacción porque ellos cargaban radio y les quedaba fácil comunicarse directamente a la Policía. Ellos mantenían de pronto afuera, al frente de la cárcel en la parte externa pero a veces ellos entraban a tomar agua o tintico, así (...)" (fls. 101 a 103 del cdno. No. 3).

Finalmente, se cotejó el testimonio rendido por Ricardo Jiménez Meneses quien, para la fecha de los hechos, fungía como Comandante de Guardia de la Cárcel del Circuito de Arauca. Su declaración se registró así:

"(...) Ese día me encontraba de Comandante de Guardia y como a las ocho de la mañana se envió un traslado en remisión a un juzgado de un interno. A las ocho y media ingresó una visita carcelaria de la Personería y en ese momento me encontraba solo en el recinto de la guardia, en la reja No. 1 se encontraba el guardián RANGEL ZAMBRANO EDILBERTO y en la oficina del comando de vigilancia se encontraba el Sargento ROSAS RUBÉN DARÍO. Se empezó a sacar los internos de la visita carcelaria, según los

entregó el personero Municipal, se habían sacado tres (3) internos respectivamente, para entrevistas Personero. Al momento de pasar al tercero llegó la remisión de la interna FRANCENIT RESTREP parece que es pero ella ya está muerta, como ella estaba en la lista de los solicitados la pasé con el Personero, al terminar la entrevista me dirigí hacia la reja que dirige al patio de los internos para ir a su patio. Es de anotar que en el momento de ingresar la interna al penal, los dos patrulleros que se encontraban de servicio ingresaron al recinto de la guardia a pasar una ronda, al momento de abrir la reja se encontraba uno de los internos que intentaron fugarse ese día de los cuales no recuerdo sus nombres, al abrir la reja e ingresar la interna se me avalanzó [sic] encuellándome y amenazándome con un chuzo de fabricación carcelaria, en ese momento yo lo empujé pero en cuestión de instantes habían tres internos encima mío, con chuzos también de fabricación carcelaria, diciéndome que si hacía resistencia me mataban y que les entregara el revólver y las llaves de la reja, yo les decía que no tenía armamento y además no era el encargado de las llaves de la puerta que da a la calle. En ese momento me registraron amenazándome de que si no entregaba las llaves lo que iba [sic] a correr era sangre, al ver que no encontraron nada de llaves, uno de ellos me llevó hacia la parte interna, los otros tres salieron sigilosamente a la parte de la guardia y regresaron como a los cinco minutos con dos revólveres de los cuales uno de ellos se lo entregó al interno que me tenía secuestrado en el baño que había en el pasillo de aclarar que antes que ellos ingresaran al patio provenientes de la guardia se había escuchado un disparo, al momento del interno recibir el revólver me lo puso en la cabeza diciéndome que si intentaba escapar me mataba, y me llevó a la guardia, al llegar allí el interno ALDEMAR LOZANO se encontraba con una mini-uzi o ametralladora y una granada. Los otros dos internos portaban cada uno un revólver de los cuales se los habían quitado al patrullero de servicio y al guardián RANGEL ZAMBRANO. Es de anotar que el patrullero al cual le quitaron las armas se encontraba herido en el suelo, al momento de estar empujados donde estaban mis demás compañeros. Acostados en el piso ya que los internos tenían bajo control la situación. En ese momento se activó la alarma del penal la cual los puso más nerviosos amenazando que si no apagaban la alarma mataban a uno de nosotros apuntándonos con un revólver mini-uzi. De ver nosotros el desespero de los internos le gritábamos que no fueran pendejos que la alarma no demoraba en llegar que entregaran las armas y además que la alarma no se podía desactivar ya que se desactivaba de la misma parte donde había sido activada. En ese momento el interno ALDEMAR LOZANO ingresó donde se encontraba el panel de control de la alarma, dándole patadas y tumbándolo pero esta no dejaba de sonar. En esos momentos llegó la Policía a la Cárcel por la parte de afuera y terraza, al ver esto los internos se asustaron más y uno de ellos el cual se encontraba lejos de la puerta de acceso al patio, encañonó al compañero ORDUZ MURCIA CARLOS ANDRÉS para escudarse con él y poder pasar frente a donde se encontraban los policías los cuales estaban en la puerta de ingreso al patio y tenían un poco de visibilidad por lo cual lo deberían pasar. Al llegar a la puerta de ingreso al patio interno se veía allá adentro y le veíamos la mano con el revólver en la cabeza del compañero ORDIZ en ese momento se escuchó un golpe como de cuando se cae una persona y vimos al cabo ROMERO recoger la mini-uzi y la granada que tenía el interno ALDEMAR LOZANO, el cual se encontraba cerca de donde estaba la alarma, el cabo ROMERO subió inmediatamente al segundo piso con el arma, al ver la situación el guardián RANGEL ZAMBRANO y el suscrito decidimos correr hacia un alojamiento que se encontraba al lado izquierdo donde ocurrían los hechos ya que estábamos en peligro tanto de los internos como de las balas que disparaban los policías respondiendo al ataque de los internos puesto que los señores agentes no tenían la visibilidad de poder observar quienes se encontraban en el suelo. Al llegar al alojamiento cerramos la puerta y segundos después se escuchó un grito y una persona lloraba desconociendo quien podía ser. Momentos más tarde llegó el Dragoneante ORDUZ llamándome y diciéndome que ya había acabado todo y estaba bajo control. Salí y observé que la Policía se encontraba en la parte interna de la guardia y el patio y decían que faltaba una granada y un revólver, rato después la granada fue arrojada del patio al pasillo donde se encontraba la Policía, pero esta no estaba despinada y el revólver lo botaron hacia la terraza desconociéndose quién lo había lanzado. Después de esto se efectuó

contada del personal de internos a cargo de la guardia, estando todos los internos completos incluye interno ALDEMAR LOZANO que se encontraba herido. Es de anotar que el Dragoneante MARTÍN GUILLERMO se encontraba herido de bala en un pie y chuzado en el costado izquierdo con un arma cortopunzante [sic], esta herida se la había propinado el interno ALDEMAR LOZANO en el momento que fue secuestrado a la fuerza en la parte interna con el Dragoneante VESGA SÚAREZ LEONAR según cuenta el Dragoneante MARTÍNEZ después de los hechos sucedidos. PREGUNTADO: Con Comandante de guardia que usted se encontraba que acciones tomó para impedir el intento de fuga CONTESTÓ: En el momento del inicio del intento de fuga yo fui secuestrado y lo único que pude hacer era decirle a los internos que no fueran locos que ellos no podían volarse ya que la cárcel contaba con algunas medidas de seguridad efectivas y además había refuerzo de la Policía Nacional fuera del penitencionario aconsejándoles que desistieran de lo que querían hacer, es de aclarar que en el momento de ocurrir los hechos me encontraba sin armamento ya que por escasez de guardia me encontraba solo y el dragoneante se encontraba en remisión por lo cual no podía portar el armamento ya que tenía que ingresar al pasillo donde se encuentra la reja que va a la parte interna y allí era prohibido ingresar con armamento por seguridad. Además yo fui secuestrado por los internos que intentaron fugarse ese día. PREGUNTADO: ¿Armamento con que fue secuestrado inmovilizada la guardia penitenciaria a quién pertenecía. CONTESTÓ: Primero que todo al momento de abrir la reja los internos se me abalanzaron con chuzos de fabricación carcelaria con los cuales pudieron quitarle la vida a cualquier persona. Por otra parte el armamento que se apoderó los internos era del patrullero que se encontraba de servicio en la cárcel un guardián, de dotación oficial de la cárcel y de la Policía. PREGUNTADO: Supo usted en qué circunstancias fue despojado del armamento de dotación el agente de Policía Nacional. CONTESTÓ: El agente se encontraba en el recinto de la guardia preguntando cómo se llamaba el Personero que hacía la visita carcelaria para su respectiva anotación en su minuta y a la vez pasando una revista interna, es decir haciendo la anotación y en ese momento se encontraba de espaldas y él nunca se imaginó que me iban a secuestrar y que iban tres internos armados con armas cortopunzantes de fabricación carcelaria, así como él sabía que yo me encontraba sacando internos para la visita carcelaria. En ese momento uno de los internos se le botó encima tumbándolo y propinándole varias puñaladas, al ver eso el otro interno le quitó el revólver y le disparó para que el interno ALDEMAR LOZANO le pudiera quitar la mini-uzi, en ese momento el guardián RANGEL EDILBERTO se fue encima del interno para auxiliar al agente pero el otro interno se encontraba escondido con el revólver encañonando al guardián y despojándolo del arma de dotación (...). PREGUNTADO: Aparece en la declaración rendida por usted ante la Dirección Regional Oriente de Bucaramanga que la falla de seguridad obedece a la falta de personal de guardia para cubrir y reforzar todos los puestos de vigilancia y la escasez de armamento. Qué tiene que decir al respecto. CONTESTÓ: Si porque la cárcel de Arauca se encuentra en zona roja y es necesario que haya buen número de personal de guardia, para poder cubrir los servicios de vigilancia ya que en ocasiones hay remisiones u otra clase de actividades donde necesitan unidad de guardia y quedan los huecos en el servicio desmejorando la seguridad. En cuanto al armamento si es necesario cambiar algunos de los fusiles (...)" (fls. 108 a 111 del cdno. No. 3).

2.9 A la postre, obra en el proceso copia auténtica del proceso de tutela, acción constitucional impuesta por el Dragoneante de la Cárcel del Circuito de Arauca Leonardo Vesga Suárez –el 22 de julio de 1999- con el fin de exigir la protección de los derechos fundamentales a la vida y al trabajo -en condiciones dignas-, de los funcionarios públicos asignados a dicho centro de reclusión del orden Nacional, vultura por el alto grado de hacinamiento y escasez de personal de guardia, en consecuencia de lo cual depuso la asignación de 20 dragoneantes más, el traslado inmediato de los internos de mayor peligrosidad y la dotación de armamento idóneo y suficiente para los efectivos (fls. 48 a 51 del cdno No. 4)

El Juzgado Laboral del Circuito de Arauca -en sentencia proferida el 4 de agosto de 1999-, decidió conceder la tutela y acceder a las pretensiones por hallar demostrada la vulneración de los derechos

fundamentales invocados, decisión que fue apelada oportunamente por la entidad accionada, esgrin su régimen legal especial –que no se rige por las normas laborales ordinarias-, gracias a la naturaleza armada de su función de custodia y vigilancia que, por demás, involucra la seguridad nacional; de a –arguyó-, la Corte no puede atribuirse funciones legislativas para modificar la normativa laboral es que les rige, ni mucho menos para cogobernar o coadministrar las partidas presupuestales de la nac las erogaciones prestacionales contempladas para cada entidad. Sostuvo, además, que tampoco es d exigírsele construcciones o restauraciones de las plantas físicas, toda vez que esa competencia, por disposición legal expresa, pertenece al Fondo de Infraestructura Carcelario FIC.

Expresó, así mismo, que el déficit de personal de guardia y de armamento idóneo y suficiente en la del Circuito de Arauca no es excepcional, ni mucho menos, tampoco la situación de hacinamiento c internos, si no que, por el contrario, son cargas que agobian a todas las prisiones del Estado, proble que no son de resorte exclusivo de la institución, sino también del Gobierno Nacional y del presupt que se le permita ejecutar para dicho fin. Discutió que el traslado de internos y los niveles de seguri tampoco son competencia de la Corte, ya que son función exclusiva del INPEC, como ente especia

Mediante sentencia de tutela del 8 de octubre de la misma anualidad, el Tribunal Superior del Distr Judicial de Cúcuta resolvió el recurso de apelación, revocando en todas sus partes la sentencia del a en su lugar, denegando la tutela. Así argumentó el fallo:

“(…) En el caso sub examine, se considera por la Sala que no debió haber prosperado la acción de i impetrada, así el señor Juez haga especulaciones jurídicas a la luz del derecho constitucional y el ni Estado Social de Derecho, pues las explicaciones que se dan por parte del funcionario coordinador INPEC son de recibo, porque efectivamente el señor juez de tutela no puede convertirse en colegisl sino que debe atenerse a que en relación al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Inpec, éste se encu reglamentado en la ley, y es ella la que debe tener aplicación en cada caso y por tanto sus funciones reglamentos y horarios de trabajo en esos centro se los señala la ley; de donde mal puede un juez d derogar una ley especial para aplicar una ordinaria o común como se pretende en el presente caso, esencialmente en cuanto a horas de trabajo, en donde debe existir disponibilidad permanente del se:

En lo referente a nombramientos de guardianes, como también el reemplazo de los traslados está sc a un presupuesto; y es el Inpec, quien en cumplimiento a lo establecido en el presupuesto que es ley los nombramientos allí determinados, sin que pueda ordenársele en forma arbitraria e inmiscuyéndo lo normado existente para ello por parte el juez constitucional, el nombramiento de guardianes cuat techo no aparece contemplado en la normatividad presupuestal que rige a la Institución.

Tampoco puede ordenársele al Inpec la constitución, remodelación o adecuaciones de los centros p como bien lo argumentó el apelante, es el FONDO DE INFRAESTRUCTURA CARCELARIA “F quien a partir del 29 de junio de 1999 tiene esa función.

Igualmente a través de éste medio subsidiario y específico de tutela no es viable ordenar el traslado internos de las cárceles, por ser del resorte del Inpec de acuerdo a normas expresas sobre si propio régimen Ley 65 y decretos complementarios, en donde se señalan los fundamentos que puede tener Inpec, para llevarlos a cabo, tales entre otros motivos de seguridad y en estas condiciones tampoco el juez de tutela convirtiéndose en legislador, ordenar traslados que tienen su fundamento en la ley.

Encuentra por fin la Sala, después de comentar los desaciertos del juez de tutela en su fallo, que no la violación del derecho fundamental de la vida que se está impetrando, porque no aparece en form concreta la vulneración ya que no se aportó ninguna prueba, sino que se trata de un hecho de caráct general la inseguridad referida, pero no sólo lo es en esta penitenciaria, sino de todas las cárceles q

sido objeto de atentados contra la integridad física de los guardianes, directivos y demás personas de las mismas y en el caso presente, a pesar de los atentados e inseguridad que pueden haber existido y que puedan repetirse, no se acredita en forma individual o se concreta la violación de ese derecho a la vida invocada por el accionante (...)” (fls. 37 a 40 del cdno. No. 4).

2.10 Para terminar, obran en el proceso pruebas destinadas a restarle crédito a la idoneidad de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero como Asesor Jurídico de la Cárcel del Circuito de Arauca, argumentan faltas en su labor que –atribuidas a su responsabilidad-, pudieron ser el origen de las lesiones que sufrió posteriormente, con ocasión del intento de fuga del 26 de febrero de 1999. Sin embargo, a la parte demandada no solo le bastaba afirmarlo, sino que además debía satisfacer la imposición de la carga probatoria que le compelia su acusación, situación que no se presentó. Para desatenderla, basta la constancia expedida el 26 de noviembre de 2000-, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura –obrante a folio 797 del cuaderno No. 4-, que reportó así:

“(…) QUE REVISADOS LOS LIBROS DE ANTECEDENTES DE ESTA CORPORACIÓN, ASÍ COMO LOS DEL TRIBUNAL DISCIPLINARIO, NO APARECE SANCIÓN DISCIPLINARIA ALGUNA CONTRA EL (LA) DOCTOR (A) SANJUÁN QUINTERO ÁLVARO FERNANDO IDENTIFICADO CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA NÚMERO 19386533 Y LA TARJETA ABOGADO (A) NÚMERO 56920 POR FALTA A LA ÉTICA PROFESIONAL (...)”.

3. Por otro lado, los argumentos dirigidos a la acreditación del régimen de falla del servicio, no tienen asidero puesto que, bajo los supuestos de hecho planteados-, se está en presencia de los postulados de daño especial.

Conforme a la valoración probatoria, se encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico, consistente en las lesiones sufridas por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero y, en consecuencia, por el grupo familiar, lesiones que no estaban en la obligación de soportar, en razón a que el ordenamiento jurídico no les imponía la carga de tolerar los perjuicios irrogados con motivo del intento de fuga perpetrado por los internos de la Cárcel de Arauca.

En efecto, resulta incuestionable que, a partir del violento intento de fuga que adelantaron los internos de la Cárcel del Circuito de Arauca el 26 de febrero de 1999 -en horas de la mañana-, el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero –funcionario público del INPEC, quien se desempeñaba en ese sitio de reclusión como Asesor Jurídico-, sufrió una afectación psicológica denominada “síndrome de estrés postraumático” que se manifestó en su estabilidad emocional y, además, en la disfunción de su miembro viril, padecimientos que afectaron permanente y parcialmente su capacidad laboral en un 41,3%, y terminaron por proyectarse en las relaciones cotidianas con su entorno.

A su vez, la antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se deterrmine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no existe el deber jurídico de tolerar o padecer el daño.

En ese orden de ideas, se pudo comprobar la antijuridicidad del daño, pues la participación y exposición en una fuga armada a la que se dan unos violentos asociales que, por dicha categoría, se encuentran bajo custodia y vigilancia de la Administración -privados de la libertad-, no se trata de una carga que le imponga el Estado a todos los ciudadanos en las mismas condiciones –Asesores Jurídicos de las cárceles del INPEC-, bajo las que se vio inmiscuido el abogado Sanjuán Quintero, ni aún –en observación de las circunstancias particulares-, como consecuencia de inexactitudes cometidas en el desempeño de su deber de subterfugio que no pueden oponer las entidades demandadas para exculpar su intervención.

Ahora bien, constatada la existencia del daño antijurídico, la Sala aborda el análisis de imputación dirigido a determinar si el mismo deviene imputable a la administración pública.

Según la Aseguradora de Riesgos Profesionales La Previsora de Vida S.A., no le asiste responsabilidad cuanto no se trató de accidente de trabajo ni enfermedad profesional, sino que la calificación que mereció el intento de fuga armado apenas llegó a “incidente”, aún así, no corresponde indemnizar cuando es producido por culpa imputable al empleador, lo que competiría a la jurisdicción laboral; la demanda del Ministerio de Defensa –Policía Nacional-, esgrimió la inexistencia de la obligación por la falta de legitimación en la causa, ya que nada tuvo que ver con el origen del daño comoquiera que sus agentes actuaron con legitimidad y en cumplimiento de su deber; quizá la defensa más dispersa sea la ejercida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, que cuestionó la veracidad de las lesiones tanto con respecto a su origen, expuso que la actuación de la Policía Nacional y de la Guardia del reclusorio fue legítima, y contrapuso la culpa exclusiva de la víctima por sobrevenir el evento mientras éste enmendaba las irregularidades de su labor.

Si se omitiera el hecho de que los internos se encuentran bajo la especial protección y cuidado del Estado no sería descabellado consentir con La Previsora, que se trató del hecho exclusivo de un tercero, argumentando que fue con ocasión del intento de fuga de tres reclusos que se propiciaron las circunstancias en que salió lesionado psicológicamente el Asesor Jurídico de la Cárcel de Arauca. Pero sin la especial sujeción de los actos de los privados de la libertad a la potestad punitiva de la Administración, no existiría responsabilidad de la entidad demandada pues –en virtud de su deber de oponer resistencia armada al violento ataque de los evasores-, más allá de intentar conjurar al mínimo riesgo de las potenciales víctimas –expuestas al fuego cruzado-, ninguna responsabilidad le asistiría por la conducta de los reos.

Así las cosas, y dando por cierto el carácter legítimo de la resistencia que opusieron las fuerzas de seguridad a la fuga, en ese orden, resulta ineluctable discurrir de qué manera influyeron las precauciones de las que se valieron policiales y guardianes para preservar la seguridad del penal ya que, aún cuando la actuación fue legítima y proporcional al ataque, sin lugar a duda la ejecución de la estrategia –aunque fuera la esperada-, influyó en las consecuencias que ya resultan incontrovertibles.

La valoración del acervo probatorio permite concluir –apartándose del título de imputación elegido en la demanda-, que el Estado –representado por los agentes de la Policía Nacional y los guardianes del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-, aunque en desempeño de una función propia de su naturaleza, determinaron las circunstancias bajo las que se produjo el daño a los demandantes, y que éstos no estaban en la obligación jurídica de soportarlo.

Es decir, el Estado en desarrollo legítimo de sus funciones, colateralmente provocó un daño especial que no buscaba; la resistencia a la fuga exigió a los guardias y policías cerrar las rejas y enfrentar a los internos armados, sin que alcanzaran a liberar del inminente peligro a los dos funcionarios que se vieron atrapados en medio del escenario violento, vulnerables ante el desespero irracional de los internos y la dificultad de su rescate –ofrecida por la reja cerrada-, en una situación, irrefutablemente sobrecogedora, que se prolongó alrededor de media hora.

Respecto de este título de imputación, la Sala se pronunció recientemente, mediante sentencia del 11 de mayo de 2007, cuyos términos reitera para el caso sub- examine así:

“1. Régimen de responsabilidad aplicable

“En el presente caso la responsabilidad deviene, como se manifestó en la sentencia recurrida, de la aplicación de la teoría del daño especial, régimen de responsabilidad que pone acento en el daño sufrido por la víctima, la cual debe ser preservada frente al perjuicio no buscado, no querido, ni tampoco n

. Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad, la igualdad y la solidaridad, se enmarca dentro de factores objetivos con los que se ha enriquecido el catálogo de títulos de imputación al Estado

—

.

“El daño especial cuenta con una larga tradición en la jurisprudencia de esta Corporación, siendo un hecho por primera vez en 194

, ocasión en la que manifestó:

“Consecuencia recta de la anterior proposición, en razón pura, es la de que la operación administrativa de los hechos que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí, en cambio, pueden causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o producto de la necesidad de obrar en un momento dado, menos dignos de resarcimiento, que es lo que la ley colombiana ha querido, a diferencia de otras legislaciones que sólo conceden acción cuando el

perjuicio proviene de una vía de hecho

.

“A partir de ese momento esta Corporación ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto al daño especial, en la cual el título de imputación tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto de un perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado

.

“Los supuestos de aplicación de este título de imputación han sido variados, todos ellos creando líneas jurisprudenciales que se han nutrido de un común denominador de naturaleza principialista.

“En este sentido encontramos los casos de daños sufridos por conscriptos en desarrollo del servicio obligatorio

, el hecho del legislador –ley conforme a la Constitución- que genera imposibilidad de accionar ante un daño antijurídico y la construcción de obras públicas que disminuye el valor de los inmuebles aleda

.

“Igualmente, el daño especial ha sido el sustento para declarar la responsabilidad del Estado en eventos de escasa ocurrencia que van desde el ya conocido cierre del diario el Siglo

, la liquidación de un banco

, la retención de un vehículo que transportaba sulfato de potasio por creer que era un insumo para la fabricación de estupefaciente

o el daño a una aeronave que había sido secuestrada por miembros de un grupo guerrillero

; hasta eventos muy similares al que ahora ocupa a la Sala, verbigracia, enfrentamientos entre el ejército y la guerrilla en un área urbana de la ciudad de Cali

, el ataque bélico de un grupo guerrillero contra el cuartel de la policía de la población de Herrera, departamento del Tolim

, o la muerte de un joven en un enfrentamiento entre guerrilla y ejército, sin claridad acerca de la autoría de la muerte

“El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que por la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. En este sentido, resulta valiosa la referencia que nos aporta la jurisprudencia de esta Corporación al decir:

“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encuadramiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador la ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad

“Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que en el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el hecho que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal.

“Lo dicho no debe entenderse como un reducto de arbitrariedad del juez, fruto exclusivo de su perspectiva de justicia. Por el contrario, este tipo de razonamiento es el que se exige de todos y cada uno de los operadores jurídicos, quienes al momento de aplicar la ley deben permear su interpretación con los principios constitucionales vigentes dentro del sistema jurídico, sobre todo a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, norma que incorpora los valores y principios como un elemento axial dentro de la estructura, algo que debe reflejarse en la concepción del derecho que tengan los operadores jurídicos que funcionan dentro del sistema.

“Lo expresado anteriormente se encuentra en sintonía con el entendimiento que ha presentado la Corte Constitucional, que al respecto consagró

“la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión en las partes.

–

(Subrayado dentro del texto de la sentencia)

“Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir el parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que tiene sentido al Estado Social de Derecho.

“Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata de el uso de la discrecionalidad que

permite –e incluso, en algunos casos exige- el ordenamiento para eventos en que la vía excepcional que cumple con el valor de justicia material que se busc

“A su turno nuestra Corte Constitucional ha identificado tres elementos característicos de la equida

“El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la encuentran las partes - sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación espe de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo q repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias d partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injust: se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación

“De manera que la actuación en equidad se refiere a una particular decisión del juez, que excepcior aplicación de la regla general en virtud a que sus resultados se denotan ante él como lejanos a la ide justicia que se quiere desarrollar. Y precisamente, esta es la filosofía que ha inspirado a la jurisprud en los casos de aplicación del daño especial, la cual inició su desarrolló con la idea de evitar que la inexistencia de falla en el servicio conllevara a la consolidación de situaciones con un claro desequi en las cargas que debían soportar los administrados.

“Como se anotó, la justicia material se concreta en los casos de daño especial en el objetivo de reequilibrar la asunción de cargas públicas, en virtud a que el perjuicio sufrido presenta característi excepcional y anormal. En otras palabras es un perjuicio que, desde la perspectiva del principio de igualdad frente a las cargas públicas, resulta considerablemente superior al que normalmente deben los ciudadanos en razón del ejercicio de los poderes de actuación con que cuenta la administración. este sentido, respecto de las calidades del perjuicio sufrido, se estableció por el Consejo de Estado (los primeros años de implementación de esta teoría

“El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnai cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta s uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectad el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propie vecinas. El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionad

–negrilla fuera de texto-

“Esta anormalidad y especialidad del perjuicio es, precisamente, la que conlleva a un rompimiento principio de igualdad ante las cargas pública

. Sin embargo, no debe entenderse dicho principio como el anhelo de lograr una equiparación mate entre los administrados frente a la actividad administrativa; el contenido que el mismo involucra es evidentemente, el mantenimiento de un relativo balance en esta materia. En consecuencia, es posible considerar como legítimas las imposiciones que puedan ser ubicadas dentro de los parámetros que, acuerdo con la jurisprudencia, acepta el principio de igualdad ante las cargas públicas; y, en este mi sentido, el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad administrativa haya ocasionad

grado de perjuicio que exceda el ámbito de molestia que debe ser soportado.

“La igualdad, y como se antepuso, su manifestación en el equilibrio ante las cargas públicas, aparece como el bien jurídico a restituir en estos casos, fruto directo de postulados equitativos a los que se refieren como lo expresan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los eventos de extrema desigualdad en la repartición de las cargas públicas.

“Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por el principio de solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Sociedad por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el artículo 1º de la Constitución a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto ha consagrado:

“Los actos dañinos derivados del uso de la fuerza legítima, son indemnizados bajo dos fundamentos: uno el de la solidaridad nacional según el cual el Estado Social de Derecho debe asumir las cargas generales que incumben a su misión, tal el evento de lesiones personales o daños materiales infringidos con el objeto de reprimir una revuelta, o por causa de esta. Otro, el deber de asumir los riesgos inherentes a los medios empleados particularmente en sus actividades peligrosas o riesgosas.

“En armonía con lo manifestado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha entendido que la solidaridad dentro del Estado Social de Derecho es simplemente un medio para dar aplicación real de los valores fundacionales del Estado moderno: la justicia material, principio sobre el cual la Corte Constitucional refirió:

“El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.

“Dicho principio es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del Juez, sino también de la administración cuando define situaciones jurídicas o actúa sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias.

De este extracto jurisprudencial se derivan dos ideas que resultan capitales al desarrollo argumental en el presente caso y que reafirman las razones expuestas: la idea de que la justicia material busca la aplicación efectiva de principios y valores constitucionales; y, que es la misión del juez, entre otros, velar por la efectiva materialización.

“En resumen, la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.

“Se denota claramente la gran riqueza sustancial que involucra la teoría del daño especial y, cómo no, la esencial que resulta a un sistema de justicia que, como el de un Estado Social de Derecho, debe buscar

mediante el ejercicio de su función la efectiva realización de los valores y principios esenciales al n

“Sin mayor preámbulo se iniciará el estudio de los elementos que en el caso concreto configuran el de responsabilidad

(se subraya).

En concepto de la Sala, el acervo probatorio aporta seguridad inconcusa sobre el desarrollo de los l
Tres internos de la Cárcel de Arauca -cuyo cuidado y custodia se encontraba a cargo del INPEC-,
planearon una evasión de la custodia, y en medio de su ejecución redujeron con violencia a guardia
policías que protegían el penal, enfrentando la institucionalidad y atentando contra la seguridad de
asociados.

En consecuencia, el devenir de los hechos sirve como fundamento de aplicación de la teoría del dañ
especial, en esta ocasión no por cuanto el ataque estuviera dirigido contra la Administración, sino e
virtud de la responsabilidad asignada por la Constitución -que aún sin ser el propósito de la Instituc
contaba con recursos insuficientes de armamento y dragoneantes efectivos-, de garantizar la segurid
salvaguardia de los ciudadanos y por la ley, cuando se trata de garantizar la seguridad de los privat
libertad, visión que acentúa su enfoque en la lesión sufrida por la víctima, que debe ser preservada
al perjuicio no buscado, no querido, ni tampoco merecid

. Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores
objetivos de imputación de responsabilidad estatal con los que se ha enriquecido este catálogo

—

.

En el presente caso, el análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a
luzes tiene la característica de ser anormal y excepcional, es decir, un daño antijurídico que el grup
demandantes no tenía la obligación de soportar, en cuanto se le impuso una carga claramente desig
respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de la labor estratégica c
mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza
policía.

Ahora bien, respecto a los principios de solidaridad y daño especial -en otras oportunidades-, ya se
evocado el agudo estudio que detalla cómo en Francia el principio de la indemnización de los daño
causados por hechos de guerra, inspiró al legislador la ley 26 de diciembre de 1914, que adoptó la r
de solidaridad como principio fundante de las indemnizaciones. De allí se destaca:

“(…) El legislador consagró un sistema de reparación totalmente autónomo, fundado en la noción d
solidaridad nacional: la igualdad destrozada en detrimento de algunas personas solamente puede
restablecerse porque existe en el corazón de la nación un sentimiento de solidaridad. La solidaridad
principio único, eterno, en el que reside su grandeza, por el que la nación debe extraer el motivo de
obligación: la deuda de la nación es impuesta a su soberanía por la solidaridad... la unidad nacional
sería más que una metáfora sino engendrara, para toda la nación, al tiempo beneficiaria y tributaria
unidad, la obligación de vincularla, no en consideración de una infracción de la nación, sino en
consideración de ella misma¹.

El más prestigioso teórico contemporáneo de la justicia, John Rawls -respecto al tema-, consideró c
se fundamenta en una concepción solidarista entre quienes comparten una relación de convivencia,

partir de tal modelo contractual es posible aspirar a un mínimo de ella.

Así las cosas -conforme a criterios ya expuestos en los ámbitos académico y doctrinal-, los gobiernos ostentan una baraja de prerrogativas especiales dispuestas para la prevención y represión de las acciones violentas en su contra, lo que, de manera paradójica, puede degenerar en la modificación de la construcción teórica que se tenga del Estado, con lo cual se plantea -entonces-, un serio problema de naturaleza constitucional, dificultad abierta por éstas normativas de excepción que acotan los derechos fundamentales, desdibujando la delgada línea fronteriza entre la legalidad y la ilegalidad de Estado, en cuyo debate Colombia tiene amplia experiencia.

Sin embargo, y no obstante queda manifiesta la encrucijada entre “eficientismo” y “garantismo” que los Estados democráticos deben lidiar, para lograr afrontar ciertos tipos de violencia sin comprometer los límites del Estado de derecho, en el presente evento la legalidad del proceder de los agentes de seguridad del Estado no se vio comprometida, ni se cuestiona el deber que tenían de cumplir los fines de seguridad del Estado.

Aún así, no deja de ser dramático el debilitamiento a que se somete la organización estatal cuando se producen transformaciones profundas que socavan el Estado social de derecho para combatir dichos tipos de violencia. No obstante, a pesar de no estar involucrada legislación especial alguna al respecto, siguiendo siendo insoslayable que, como en el presente caso, tratándose de luchas en contra de la organización de las víctimas son ajenas al objetivo directo de la confrontación, en razón de lo cual debe acudir en favor de éstas, bien a través de los sistemas de indemnización legal, o bien de los resarcitorios propios del régimen de la responsabilidad.

No se olvide que los mecanismos de indemnización son el resultado de las guerras europeas ante la magnitud de los daños y el número de víctimas, éstas fueron el acicate para el avance en la materia excusa para no reparar los daños ocasionados a la población.

Así también lo ha entendido la Corte Constitucional y su posición ha sido plasmada en diferentes providencias, de las que se puede citar:

“Los jueces en desarrollo de su función, se repite, deben hacer una interpretación de la normatividad que involucre los principios y valores constitucionales, a efectos de dar prevalencia a los derechos de los asociados. Por lo tanto, éstos, en su labor interpretativa, no pueden dejar de lado la doctrina constitucional, pues ella, precisamente, plasma el sentido y orientación que debe darse al ordenamiento jurídico. Se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no sólo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la constitución... No puede olvidarse que la función de los jueces en el marco de un Estado social de derecho (...) es, precisamente, materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no sólo el mantenimiento de un orden justo y la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano” artículo 2°.

En nuestro medio la normativa que deviene desde 1993, de manera reiterada ha invocado no solo el mismo principio, sino además el del “daño especial” que reciben las víctimas, pero en el plano de la realidad lo contemplado en dichas disposiciones se torna insuficiente porque no cumple un verdadero papel indemnizatorio, se trata como allí se destaca de una simple asistencia humanitaria coyuntural que demanda indudablemente ante su insuficiencia que el juez en el horizonte de esos dos principios - solidaridad y daño especial -, encumbre el estado actual de la jurisprudencia, para realizar lo que la normatividad enuncia pero no cumple ante su propia limitación de “asistencia humanitaria”, que le

un entorno de retórica legislativa que de verdadero compromiso con las víctimas inocentes de una guerra que no les pertenece. Puede el juez, teniendo como punto de partida la unidad del ordenamiento jurídico y dar aplicación al bloque de constitucionalidad y a las leyes de ayuda humanitaria, para encontrar los fundamentos de imputación que predicen algunos como algo insustituible y sacramental que le permite seguir anclados en el universo utópico de los conceptos, ignorando el incumplimiento de los fines del Estado que son los que justifican su existencia. De allí que “El concepto de “bloque de constitucionalidad”, tan arraigado ya en nuestra doctrina y en la jurisprudencia, no es sino expresión de ese fenómeno, en el cual la Constitución formal y la legislación ordinaria establecen una potente alianza normadora que afecta los elementos básicos del ordenamiento jurídico, a sus principios esenciales.

Finalmente, considerar los actos de violencia contra la Nación como el hecho exclusivo de un tercer término del mal llamado nexo de causalidad, implicaría condenar a la impotencia a la población, dado que quien tiene el deber jurídico de protegerla, porque tiene el monopolio legítimo de la fuerza, es el Estado, encarnado en sus fuerzas militares y de policía –y en este caso del INPEC-.

En todo evento que pueda tener ocurrencia y que vaya dirigido contra la sociedad en su conjunto, y obstante su carácter de absolutamente injustificable

, sería utópico pretender que los ciudadanos no tienen el deber de soportar las cargas que su ocurrencia implica. Sin embargo, es el concepto de Estado Social de Derecho que aparece en nuestra realidad constitucional, el que debe inspirar las respuestas que el sistema produzca en materia de cárceles, las cuales necesariamente deberán honrar los reiterados principios de igualdad y solidaridad, entre otros, que hacen que el Estado colombiano sea lo que es, y no otra forma de organización política.

Por consiguiente, en cuanto el intento de fuga comprometía la seguridad de la sociedad en su conjunto pero se localiza materialmente en el perjuicio excepcional y anormal respecto de un ciudadano o grupo de ciudadanos muy reducido, será toda la sociedad la que soporte, de forma equitativa, esa carga. En esta medida la solidaridad fundamentaría la atribución de esos daños al Estado:

“La solidaridad impone el deber de reparar, el fin reside en no dejar a la víctima desprotegida ante un hecho injusto, que no tenga el deber de soportar; de allí que se produzca la ampliación de los factores de atribución de responsabilidad, hasta avanzar más allá de la noción de culpa, antes la frontera en la cual se detenía el resarcimiento

.

“Se ha producido una socialización de los riesgos y de la incidencia de los daños, hasta alcanzar a los ciudadanos dañados que con la concepción tradicional no hubieran respondido.

“También la solidaridad justifica distribuir entre los diversos miembros de una sociedad, el peso del resarcitorio del daño, cuando ha sido causado en ocasión de un perjuicio público, brindado en interés común

, como sería el daño sufrido por un vecino o transeúnte, a consecuencia de una bala perdida disparada por la policía persiguiendo a unos ladrones—

.

La mencionada sentencia de esta Corporación también consagra esta idea

“en el caso sub examine, el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de ellas, no tiene porque soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, fre

las fuerzas de la subversión, el actuar de la administración, en estos casos, es lícito, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo

Por lo que queda expuesto, instrumentalizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso, implica la realización de un análisis que acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de una actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea de éste, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad.

La teoría del daño especial es conveniente, no solo porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento iusprincipial que nutre de contenido constitucional la solución que en estos casos profiere la justicia contencioso-administrativa. Sin descartar desde luego, que en algunos eventos equivalentes, podrán aplicarse los regímenes de responsabilidad -falta del servicio y riesgo excepcional-, si las facticidades que se juzgan lo reclaman, pues se reitera, la teoría del daño especial es subsidiaria, en el entendimiento de que sólo se aplica, si los hechos materia de juzgamiento no encuentran tipicidad, en alguno de aquéllos otros sistemas de responsabilidad administrativa a los que ya se aludió.

En virtud de lo expuesto se declarará responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario II

4. Indemnización de perjuicios.

A folio 33 del cuaderno No. 1, se verificó copia auténtica del registro civil de nacimiento de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, en el que figuran Miguel Sanjuán y María Nelly Quintero de Sanjuán, sus padres.

A folio 32 del mismo cuaderno, se encuentra el registro civil de matrimonio de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero y Carmen Lucinda Uribe Alarcón, contraído en el municipio de San Cristóbal en el Estado Táchira - Venezuela, el 24 de febrero de 1990.

Seguidamente, a folios 34 y 35, se observaron copias auténticas de los registros civiles de nacimiento de Rogelio y Surgey Natalia Sanjuán Uribe, hijos de la pareja nacidos el 16 de febrero de 1993 y el 15 de diciembre de 1997, respectivamente, con lo cual queda acreditado el parentesco de los demandantes.

4.1 Daño moral

En este orden, se accederá a los requerimientos deprecados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección – sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la

interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona.

En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones:

Los perjuicios morales no pueden 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 Fundamental en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada o establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción son conmensurables.

Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización de perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es sino para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma con ellos 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 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 objetos 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 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 aquellas 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 demandan 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. (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 más “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 ponderación, 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 ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. 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. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática 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 imponen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados.

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 los 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

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

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia de ordenamientos de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional 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 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.

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 resuelve a través de métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma en 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 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 ni 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; los conflictos de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y no a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

Y ello no es correcto, puesto que el arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de da

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 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 relievar que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conllevan las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar 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 una expresión que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa 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 solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez aplicar 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 hacer 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.

Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, 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 le atribuida a los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente - combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley 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 jurisprudencia, 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 un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar una 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.

Esta orientación jurisprudencial, es la misma que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, que por su importancia se transcribe, in extenso:

“2. El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de

interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud 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 armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea el orden 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 entra responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo.

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles per se de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según conciencia social no son susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. I, *responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, intrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (**Dommages** matériels), o bien 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 moral, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental 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 mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado materialmente objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesimismo, congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia y otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la vida 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 distintas a las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, como 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, conducta de vida, actividad o desarrollo vivencial.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, repara los 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 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 retroable 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 del 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 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: no 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, modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, al extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlo 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 un carácter de 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. 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 1924, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1999, 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 qu

del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de las circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima 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 como el presente la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud queda sujeta a la 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 para el juez de primera instancia, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1997, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 100215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

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

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

En esa perspectiva, la 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 iudicis 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 y aflicción padecida.

Este criterio se reafirmó de manera reciente en fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el que con particular *sindéresis* se indicó:

“En el caso concreto, por la gravedad del marco de circunstancias en que falleció el joven Aream Alexander Verano, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con los padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor, la Sala estima pertinente ajustar el valor de referencia para reparar el daño moral a la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000), moneda legal colombiana.

“Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento de una jurisdicción en parte de la reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios corresponderá al juez de conocimiento, en conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo al tradicional criterio del arbitrio iudicis.”

Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir 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 afecto.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad, 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 mismo—.

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 con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto tendría 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.

La concreción o aplicación de la ponderación generaría los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación, hay lugar a indemnizar en mayor grado los casos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?

De modo que, la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del arbitrio juris y la equidad, de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discutió de la siguiente forma:

“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro 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 de nacimiento 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, en caso contrario, 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 por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte de éste; puede inferirse, igualmente 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 que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandados. No obstante, al respecto, obran también en el proceso los testimonios de José Leonardo Buitrago M 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 restitución 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 ésta, 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 1977 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 y de orden práctico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Por lo tanto, 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 a la indemnización del perjuicio moral, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, en caso de 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 valor 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

valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la su equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales... (Se destaca).

El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador 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 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 ley.

Por consiguiente, la distinción que por vía de una eventual aplicación del principio de proporcionalidad en esta materia, sí que afectaría o afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual las providencias que sean proferidas con fundamento en el citado criterio podrían ser –ellas sí– pasibles de análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del mencionado instrumento se resquebraje la mencionada garantía esencial.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos legales mensuales vigentes para todos los demandantes comoquiera que obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula. En efecto, de estos documentos, se da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de las lesiones psicológicas sufridas por su esposo, padre e hijo, por cuanto las experiencias que hacen presumir –que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto– además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos legales vigentes– no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A., norma aplicable única y exclusivamente a las decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos, toda vez que esa circunstancia garantiza y permite que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales– la condena mantenga su actualidad y, por lo tanto, no se altere o afecte en forma de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En este punto son ilustrativas las consideraciones plasmadas por el insigne profesor Fernando Hincapié en la aclaración de voto realizada frente a la sentencia del 25 de febrero de 1982, proferida en el proceso radicado con el número 1651, oportunidad en la que con particular *sindéresis* expresó:

“(…) Igualmente pienso que, no obstante el efecto práctico valioso de la tesis de actualizar la suma del código penal de 1936, por la vía de la conversión monetaria o de su conversión en oro o en el precio del oro, empleada con valor, imaginación y argumentos especiosos, en su orden, por la Corte y el Consejo de Estado, para superar la limitación y la exigüidad de la condena por daño moral, atado al art. 95 del código penal, las jurisdicciones contencioso administrativa y civil no necesitan ni de esas muletas ni de esos circunloquios para administrar justicia en el campo de la responsabilidad por encuentro social ocasional, aun contractual o por incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la fuente de ésta, en lo atañedor al daño moral.

“(…)”

Es muy comprensible el temor, el sagrado temor a equivocarse que debe estar siempre presente en la conciencia del juzgador, que asalta al juez para decir, según su convicción personal, la cuantía exacta

condena por daño moral. En especial, por tratarse de apreciar los sentimientos ajenos, para lo cual, indefectiblemente ha de emplear o le cabe emplear el patrón propio: cada cual juzga y aprecia el sentimiento –dolor– ajeno procurando colocarse en el lugar del otro, con riesgos de conmoverse en demasía o de ser en exceso duro. Empero, es deber del juez superar esas cohibiciones, y cuando se de las máximas corporaciones jurisdiccionales, sentar las pautas, inclusive con audacia.

“(…)

“En fin, el remitirse al oro, directamente o en su valor en moneda nacional, se me antoja caprichoso e infundado económica y políticamente. El oro dejó de ser mucho ha moda (sic) o respaldo de papel moneda. Ya no es siquiera unidad o medida de cuenta. Es una mercancía y una mercancía de especulación: baste ver las oscilaciones bruscas y enormes de su precio en el mercado internacional. En el curso del último año, en comprobación de este comentario, el precio de la onza troy llegó a estar por los ochocientos dólares para descender últimamente a trescientos sesenta, por influjo de las situaciones de conflictos de la política internacional, que no de la economía, y de la actitud de determinados gobiernos que constituyen sus reservas en oro y no en divisas, con lo cual resultan muy sensibles a las variaciones del precio de aquel. Todo lo cual hace más azarosa la remisión al oro o al precio del oro como monto de la indemnización del daño moral.

“Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, y no de la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directas o indirectas de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias o abstractas, o por cauces de sentimentalismo...”

No es posible acoger o aplicar un sistema que intrínsecamente se torne injusto porque no se cumple serie de requisitos formales como la convivencia, el número de años compartidos, la cercanía afectiva con los integrantes del núcleo familiar, et.

Entonces, el perjuicio moral no puede ser valorado a través del criterio de proporcionalidad porque principios ni derechos en tensión, simplemente se trata de sopesar las relaciones familiares o de convivencia, es un daño eminentemente subjetivo porque es ínsito al ser humano, hace parte de su vida íntima, 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 testimonios, 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 al administrador de justicia.

En ese orden de ideas, la Sala insiste en su jurisprudencia según la cual, en aras de respetar el principio de igualdad, es imperativo que se haga la conversión automática de gramos oro –de la condena de primera instancia– a salarios mínimos, según la cual 1.000 gramos de oro corresponden a 100 SMMLV. O cuando el juez de segunda instancia al revocar o modificar la sentencia del a quo, determine los perjuicios morales en salarios mínimos.

La fuerza vinculante de esta regla jurídica se encuentra en el precedente horizontal que desde el año 2010 ha trazado o fijado la Corporación, por consiguiente, es deber del Juez de lo Contencioso Administrativo ceñirse a los parámetros fijados por su propia jurisprudencia que es vinculante. Una postura contraria tendría que ser sometida a la Sala Plena de la Sección Tercera –y eventualmente ante la Sala Plena

Contencioso Administrativo— para que se definiera a partir de los principios de suficiencia y razonabilidad si es preciso o no un cambio en la línea jurisprudencial.

Sobre el particular, la doctrina nacional especializada, *mutatis mutandi*, ha sostenido en relación con precedente constitucional y administrativo:

“(…) de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el concepto de precedente judicial o jurisprudencial derivados del concepto de doctrina probable latente en el marco material de la Constitución Política de 1991, institución retomada de los desarrollos jurisprudenciales anglosajones, y que fundada entre nosotros en los principios constitucionales de legalidad, igualdad y buena fe, pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados, reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por la Corte Constitucional, sin que dicho precedente sea inmutable, ya que la propia Corte Constitucional ha reconocido que “por razones de justicia y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales” puede “modificar un precedente constitucional.”

“En materia judicial, el imperativo del precedente constituye una determinante para la motivación de las decisiones judiciales posteriores que aborden la misma materia previamente tratada y resuelta por la Corte Constitucional. La motivación de la decisión judicial está predeterminada, en estos casos, por las directrices jurisprudenciales previamente establecidas, en casos similares, de manera que pueda garantizar continuidad en los criterios constitucionales establecidos por la corporación.

“(…) El carácter vinculante del precedente judicial está en directa relación con los razonamientos obligatorios incorporados en la parte motiva de las sentencias, relacionados con la situación fáctica que envuelve el caso y que fueron determinantes para la solución del litigio, esto es, en la denominada *ratio decidendi* de la misma, cuya identificación si bien es cierto debe ser el producto de la interpretación constitucional, de todas maneras la jurisprudencia ha decantado reglas para su ubicación e identificación en aras de la seguridad jurídica y su perfecta delimitación con los aspectos de la sentencia no vinculante.

“(…) El capricho del operador judicial, desconociendo el precedente judicial constitucional, no puede explicarse más que situaciones de abuso de poder y de posible desvío del mismo, que pone en riesgo el interés general de la comunidad, los derechos de la colectividad, sino también los derechos subjetivos de los asociados (debido proceso y acceso a la administración de justicia), la libertad individual, la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, de tal manera que los asociados no pueden quedar bajo estas circunstancias sometidos a los cambiantes criterios de los jueces, en detrimento de su autonomía individual; y, sobre todo, violentando el principio constitucional de igualdad, en la medida que se estaría sometiendo a tratamientos jurídicos diferentes situaciones fácticas similares. (Se destaca)

En similar sentido, la Corte Constitucional ha señalado en relación con el denominado precedente horizontal, lo siguiente:

“12- En el caso del precedente horizontal, es decir aquel determinado por un mismo cuerpo colegiado o por una misma autoridad judicial de igual jerarquía, se concluye que tanto los jueces como los magistrados pueden apartarse sabiamente del precedente de otra sala o de un pronunciamiento establecido por sí mismos, siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustancialmente idénticos, quedando resguardadas con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de independencia judicial exigidas.

“La sentencia T-688 de 2003, señaló con respecto al precedente horizontal en el caso específico de Tribunales y de la relación entre sus Salas, que:

“En materia de precedente horizontal deben tenerse en cuenta dos factores. De una parte, el órgano realice el cambio de precedente y, por otra, las condiciones de realización del mismo. En cuanto al primero, cabe distinguir entre un precedente dictado por un juez unipersonal de aquellos precedentes dictados en corporaciones judiciales, integradas por distintas salas de decisión. En el primer evento existe dificultad en aceptar la vinculación del precedente al propio juez. Lo mismo no ocurre respecto a las corporaciones con diversas salas de decisión. ¿Está la sala de decisión de un Tribunal 2 sometida al precedente fijado en la sala de decisión 1 del mismo Tribunal? La Corte Constitucional considera que sí, por dos razones independientes entre sí.

“11.1 La estructura judicial del país y el funcionamiento de los tribunales:

“11.1.1 De acuerdo con el Reglamento de los Tribunales del país, las salas de decisión están conformadas de tal manera que un mismo magistrado es presidente de una sala, en la cual presenta sus ponencias y a la vez participa de otras salas. De esta manera existe un sistema de encadenamiento entre las distintas salas de decisión, que permiten que, en términos globales, todas las decisiones sean conocidas por los integrantes de la Corporación. El modelo parte de la idea de que una posición asumida por una sala será defendida por sus integrantes en las salas en que ellos participan, generándose un efecto multiplicador, pues los otros integrantes de las salas de decisión defenderán la misma posición en sus respectivas salas. Este es un mecanismo institucional para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia en cada tribunal del país.

“11.1.2 Los Tribunales son la cúspide judicial dentro de sus respectivos distritos judiciales. Por lo tanto, dentro de dicho ámbito territorial, cumplen la función de unificación jurisprudencial. Es decir, la realización del principio de igualdad. Teniendo en cuenta lo anterior, no se explica que dicha función (unificación) y el respeto al derecho a la igualdad pueda ser abandonada por el Tribunal. Es a éste, por lo tanto, lo que le corresponde considerar que tenga diversas salas de decisión, a quien le corresponde definir las reglas jurídicas aplicables dentro de su jurisdicción.

“En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad. En este sentido, no debe entenderse que el deber del juez es simplemente el de ofrecer argumentos contrarios al precedente, sino que es su deber probar con argumentos por qué en un caso concreto el precedente puede ser aplicable y en otros no. Proceder de manera contraria, esto es, hacer omiso del precedente, -cualquiera que este sea-, de manera intencional, por desconocimiento o por despreocupación, permite que la discrecionalidad del juez en su área pueda llegar a introducir criterios de diferenciación no avalados por la constitución. Sólo este proceso permite superar la barrera que el principio de igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho para casos similares, en los estratos judiciales.

“Ahora bien, también ha determinado esta Corporación, que no se puede alegar válidamente la vulneración del derecho a la igualdad, cuando el criterio de comparación no está dado por el propio juez, como ocurre en el caso de dos jueces municipales o del circuito, por ejemplo, pues en esta situación la imposibilidad de unificar la doctrina en esa instancia, prima evidentemente el principio de autonomía e independencia del juez. Sin embargo, acorde con lo indicado hasta el momento, sí le es exigible al juez, en estos casos, que la providencia esté debidamente motivada y se ajuste a derecho (artículo 230 de

Constitución).

“En mérito de lo expuesto, tenemos que a fin de garantizar el principio de igualdad y asegurar igual la autonomía e independencia judicial, los operadores jurídicos que resuelvan un caso de manera distinta como fue decidido por ellos mismos en eventos semejantes, o si se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango sin aducir razones fundadas para esa separación, incurren necesariamente en una vía de hecho, susceptible de protección a través de la acción de tutela.”

“.....

“La Corte admite la posibilidad de que los jueces y magistrados no compartan las posiciones definidas en los precedentes. Existe la garantía de la posibilidad de salvar el voto. Sin embargo, el derecho a la igualdad y el sistema de precedente que de él se desprende, no les autoriza a actuar de manera desleal con el ordenamiento jurídico. Si se ha adoptado una posición determinada, tiene el deber de respetarla hasta que presente argumentos suficientes para cambiarlo. Si ello no fuere posible, está obligado a proyectar su voto respetando el precedente. El juez, aunque sea autónomo, no es una rueda suelta dentro del sistema jurídico, sino que tiene que integrarse a éste y someterse a los lineamientos fijados de manera sistemática.”

“12. Frente a las condiciones del cambio de jurisprudencia, la Corte, como se reseñó antes, ha precisado que el precedente vincula horizontalmente, y que la separación del mismo puede operar de diversas maneras. Por una parte, mediante la introducción de distinciones que lleven a la conclusión de que el precedente no es aplicable en el caso concreto. Por otra parte, la revisión del precedente.”

“Para efectos de separarse del precedente por revisión son necesarios dos elementos. De una parte, referirse al precedente anterior y, por otra, ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio del mismo. El primer requisito es respuesta al principio de interdicción de la arbitrariedad, pues sólo puede admitirse la revisión de un precedente si se es consciente de su existencia. El ciudadano tiene derecho a que sus decisiones tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido rationes decidendi, que los ciudadanos legítimamente siguen.”

“A partir de la referencia al precedente anterior, es posible entrar a ofrecer argumentos suficientes que justifiquen su abandono o revisión. No se trata, en este orden de ideas, simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta indispensable demostrar que los argumentos que sostienen el precedente no son válidos, suficientes, correctos, etc. El juez tiene la obligación de motivar sus decisiones. Ello implica el justificar su postura frente a otras consideraciones que han sido base de decisiones anteriores. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho. Sin dichas razones, el cambio de jurisprudencia será simplemente la introducción de un acto discriminatorio, incompatible con la Constitución. En el fundamento 10 de esa sentencia se han presentado razones que hacen válido y admisible el cambio o separación del precedente. (Negritas adicionales).”

Como se aprecia, la necesidad de que se unifique la jurisprudencia de la Sección Tercera en relación con el criterio aplicable para la cuantificación del perjuicio moral es imperativa, máxime si las diversas

Subsecciones que integran la Sección Tercera han venido aplicando el criterio del arbitrio iuris, en armonía con los principios de equidad, razonabilidad y racionalidad, en los términos que ha acogido el Corte Constitucional en diversas oportunidades de manera reciente.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha exigido que la valoración del daño moral se haga de conformidad con la línea jurisprudencial fundada en la sentencia del 6 de septiembre de 2001 –ya mencionada– y como con apoyo en las subreglas desarrolladas en el citado pronunciamiento judicial. En consecuencia, la sentencia fundamente del precedente y los lineamientos o derroteros que han sido expuestos por la Sección Tercera mantienen vigencia, sin que ello suponga irracionalidad.

Por lo tanto, mal se hace en confundir o entender que la exigencia de razonabilidad y racionalidad, como de aplicar los principios de equidad y reparación integral de manera conjunta con el arbitrio judicial configura una falencia por carencia de justificación del quantum del perjuicio moral. A contrario se el Corte Constitucional avala el razonamiento mayoritario de esta Sección que ha defendido la libertad probatoria y el prudente arbitrio judicial, aplicado conforme a los precedentes judiciales y a las presunciones o inferencias fijadas por esta Corporación.

De manera que, se reitera, arbitrio iuris no puede ser asimilado a arbitrariedad, por el contrario a partir del arbitrio se aplica una discrecionalidad que exige del funcionario judicial un altísimo razonamiento para i) identificar si de conformidad con los supuestos fácticos existe un precedente aplicable, ii) si existe un pronunciamiento vinculante, aplicarlo y justificar por qué es pertinente para la solución del caso como iii) en caso de que no sea pertinente, indicar las razones y circunstancias –de forma explícita y suficiente– por las cuales se aparta del mismo—.

El funcionario judicial no puede convertirse en un autómatas en tratándose de la liquidación del perjuicio moral; resulta evidente que las situaciones fácticas que se relacionan con este tipo de daños vinculan fibras más sensibles del ser humano, esto es, la existencia, la familiaridad, la solidaridad, la angustia, el sufrimiento, el dolor del alma, el miedo, el temor, la soledad, entre muchas otras—.

Ahora bien, el hecho de que la Corte Constitucional en fallos recientes haya prohierto la necesidad de que el operador judicial de lo contencioso administrativo aplique los principios de razonabilidad y racionalidad no puede ser entendido –o darle una lectura– en el sentido de que sólo el principio de proporcionalidad es el que garantiza la materialidad de esos postulados; lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestiva, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los tests de igualdad propuestos por el principio de proporcionalidad, ix) la sana crítica, xi) las reglas de la experiencia y, tal vez el más importante para los abogados que es, xii) el sentido común.

En ese sentido, es importante citar in extenso los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para verificar –sin anfibología– que éste respeta los lineamientos trazados por el Consejo de Estado a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, según los cuales la principal herramienta para valorar la existencia y el monto del perjuicio moral es el arbitrio judicial. En efecto, sobre el particular la Corte precisó:

“En ese orden de ideas, es posible identificar con plena claridad, la existencia de una línea jurisprudencial consolidada en el Consejo de Estado (Sección Tercera) en materia de daño moral y tasación de perjuicios morales. Esa jurisprudencia fue sentada en fallo de 6 de septiembre de 2001 y ha sido reiterada en un amplio número de pronunciamientos posteriores. En esa sentencia es posible, además, identificar subreglas concretas, a partir de las cuales puede efectuarse el análisis sobre la configuración del daño

defectos alegados por el Icfes.

“En el fallo citado, la Sección Tercera recoge la forma en que se ha entendido el daño moral y se ha tasado los perjuicios de carácter moral en la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa en el transcurso del tiempo. A partir de ese desarrollo histórico consideró el Consejo de Estado que, en materia de daño administrativo resultaba pertinente separarse de los criterios establecidos en el ámbito penal, y dejar de lado la tasación del mismo en gramos oro para utilizar, en cambio, el mínimo como vía de cálculo, por razones de índole económica y, principalmente, por la conexión que mantiene entre el salario mínimo y el costo de vida.

“Por su importancia, transcribe la Sala, in extenso, las consideraciones sentadas en el fallo de 6 de septiembre de 2001 de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el daño moral y la tasación de los perjuicios correspondientes:

“La reparación, en efecto, conforme a nuestro sistema legal, sólo debe atender a la entidad del daño mismo; debe repararse todo el daño causado, y sólo el daño causado, independientemente de la culpabilidad de su autor, o de la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, y un principio común a todos los casos, al margen de que la reparación se efectúe en un proceso penal, laboral, contencioso administrativo o de otra índole. Este postulado básico (...) fue consagrado de manera expresa por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos: “Art. 16.- Valoración de los Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. No puede perderse de vista el principio de equidad, tal como está 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 pruebas 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 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 tenerse 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. 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 artículo 16 del Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral. Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para decidir, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se ha fijado atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.

“De la jurisprudencia del Consejo de Estado se desprenden, al menos, las siguientes conclusiones: (

moral puede probarse por cualquier medio probatorio. Sin embargo, la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado). Para la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero es obligado a observar, por expreso mandato legal los principios de equidad y reparación integral. El Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esta forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corte es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no vincula de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar esas condenas.

“En ese marco, el último cargo que aborda la Sala plantea asuntos de especial trascendencia para el derecho constitucional en tanto (i) deja abierta la duda de la vinculación de los jueces administrativos con la jurisprudencia del Consejo de Estado; (ii) formula el problema de si, en la materia, debe aceptarse la discrecionalidad plena del juez, lo que, en principio, podría afectar el derecho al debido proceso y el derecho a la motivación de los fallos judiciales; y (iii) plantea la inquietud de qué debe entenderse por equidad y/o si existen parámetros racionales para que la tasación del daño sea objeto de una justificación susceptible de ser ilustrada intersubjetivamente, y por lo tanto, de control legal y constitucional.

“A juicio de la Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir la libertad probatoria y utilizar su prudente arbitrio en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de razonabilidad, a partir del análisis de casos previos, y similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es indicativo porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse del tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se aparta de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales. (Negrillas adicionales - subrayado del texto original).

“.....

“7.2.1.5. Finalmente, el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia de 1995, precisamente a partir del análisis de constitucionalidad de una norma legal según la cual los particulares pueden portar armas de manera excepcional, de acuerdo con la 'potestad discrecional' de la autoridad competente. Dijo la Corte Constitucional en aquella oportunidad:

“Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales es el fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente como se anotó.

“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libe

“Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. [...]

“7.2.1.6. La jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser intensa, no por cualquier tipo de contratiempo. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, ir a deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales." Puede probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exige a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados.

“7.2.1.7. Visto lo anterior, puede decirse que cuando la jurisprudencia contencioso administrativo reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no ex ante y de forma general.

“Pero ello, claro está, no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales. **Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2014) la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: equidad, razonabilidad y reparación integral. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias.**

“7.2.1.8. También debe precisar esta Sala que el concepto de 'razonabilidad' que impera en el estado de derecho no es de carácter emocional. Es decir, cuando un juez establece que una decisión es razonable no puede basarse en que sus emociones le dicen que esa es la respuesta adecuada al caso. La discrecionalidad no es arbitrariedad. Tampoco, por supuesto es sinónimo de falta de racionalidad y razonabilidad.

“Una evaluación de razonabilidad, busca encontrar razones y argumentos fundados no sólo en las reglas de 'racionalidad', sino también en reglas de carácter valorativo. Es decir, con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, en tanto que con la razonabilidad se busca evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden ser lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.

“7.2.1.8.1. Durante años, la tradición jurídica abogó por una aplicación de las reglas casi mecánica, involucrara, en la medida de lo posible, valoraciones o consideraciones por parte del juez. El silogismo judicial, modelo argumentativo defendido en tal tipo de posturas, se presentaba como la herramienta que permitía aplicar lógicamente los conceptos y categorías jurídicas a los casos concretos para así llegar a la solución del caso.

solución correcta de un asunto.

“7.2.1.8.1.2. No obstante, esta forma 'racional' de aplicación del derecho comenzó a ser cuestionada especialmente después de los sucesos acaecidos durante la segunda guerra mundial, por permitir llegar a conclusiones que si bien eran lógicas, desde la perspectiva del silogismo judicial, eran totalmente 'irrazonables' desde un punto de evaluación más amplio. Es decir, se criticaba la posibilidad de tener decisiones racionales, desde una perspectiva de deducción conceptual y lingüística, más no razonables desde una perspectiva instrumental y valorativa.

“7.2.1.8.1.3. La diferencia entre racionalidad y razonabilidad fue explicada de forma magistral en el contexto iberoamericano por el profesor hispano-guatemalteco Luis Recasens Siches (1903 - 1977), mediante un ejemplo tomado de un gran jurista alemán (Gustav Radbruch) que popularizó en su texto Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho (1956). Dice así:

“[...] En el andén de una estación ferroviaria de Polonia, había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba: 'se prohíbe el paso al andén con perros'. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de este modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno a la interpretación de aquel artículo del reglamento.

“No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutiblemente derecho a entrar ella, junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto de 'perros' si el legislador hubiera querido prohibir también el caso con osos, tenía dos caminos para hacerlo así: haber añadido la palabra 'osos' a continuación de la palabra 'perros'; o bien haber empleado una designación más amplia, por ejemplo 'animales de cierto tamaño'; o 'animales peligrosos' o 'animales que puedan ocasionar molestias a los viajeros', o simplemente 'animales', pero lo cierto es que usó la palabra 'perros', la cual es perfectamente unívoca y no ofrece ninguna posibilidad racional de que se le dé un sentido diverso del que tiene, ni más amplio ni más restringido: ni animales diferentes de los perros, ni una determinada especie de perros: sencillamente cualquier perro y nada más que los perros.

“Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier lego en la materia de Derecho, pero con un sentido común, habrá de reputar como descabellada esta interpretación, aunque ella sea incontrovertiblemente correcta, la única absolutamente correcta, desde el punto de vista de la lógica tradicional. Este caso, ciertamente tan sencillo, constituye un impresionante síntoma del hecho de que por lo visto la lógica tradicional es inadecuada, al menos en parte, para iluminarnos en la interpretación de los contenidos de los preceptos jurídicos. La contemplación de este caso nos sugiere irresistiblemente las vehementísimas sospechas de que hay problemas de interpretación jurídica, para los cuales la lógica tradicional no sólo no nos sirve sino que produce consecuencias disparatadas. ¿Por qué? Porque la lógica tradicional [...] no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia en medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.—

“7.2.1.8.1.4. A la luz de la aplicación del derecho que demandarían las nociones de subsunción con la lógica clásica, la solución racional, como sostiene Recasens Siches, es claramente irrazonable **bien es imposible deducir de la mera aplicación literal de la regla que los osos quedan excluidos de poder ingresar a la estación de trenes, es claro, de acuerdo al sentido común, que si se considera incompatible el ingreso de perros, con mayor razón la de osos. No tiene sentido que ningún guardia deje entrar al oso, así el cartel hable únicamente de perros. Pero, se insiste, esta inferencia es**

razonable, no racional"

“7.2.1.8.1.5. Además de mostrar que la aplicación del derecho tiene que ver más **con la 'lógica de lo razonable'**, que con la 'lógica de lo racional', el ejemplo permite desvirtuar la afirmación según la cual la interpretación de un texto jurídico sólo tiene lugar en aquellos casos en que el mismo no es claro, y el sentido ha de ser precisado. La vieja regla de interpretación según la cual, no es dado al intérprete buscar el sentido de una norma cuando su sentido literal es claro. Si se aplicara esta regla clásica de interpretación al caso de la estación de trenes citada por Recasens Siches, se tendría que concluir necesariamente que el oso sí puede entrar a la estación de trenes. Es decir, nuevamente la solución racional del caso sería irrazonable. El dueño del oso en el ejemplo, podría insistir diciendo lo siguiente –según una aplicación literal del texto (se prohíbe el paso al andén con perros), mi perro puede entrar al andén, el texto es claro en tal sentido. Y es precisamente esa claridad del texto, la que impide que se trate de otra solución al caso, cambiando la regla aplicable con base en una interpretación que apele al 'espíritu de la norma'–.

“Por supuesto, bajo el orden constitucional vigente, ninguna autoridad puede amparar una decisión jurídica que sea irrazonable por el hecho de fundarse en una aplicación racional de los textos. Una aplicación de una norma legal que desatienda o desproteja los valores, bienes y principios que son objeto de protección jurídica de la propia norma, por ejemplo, es irrazonable jurídicamente, sin importar cuán racional sean los argumentos que sostengan tal lectura del derecho. Incluso, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, antes del cambio a la Carta Fundamental en el año 1991, el Congreso de la República había excluido de amplias áreas del derecho la centenaria norma de prohibición de interpretación de textos que fueran claros (v. gr., de códigos completos que regían parte importante de la población) ””

“7.2.1.9. En síntesis, los perjuicios morales son daños que pueden ser reconocidos por el juez administrativo y cuyo pago puede ser ordenado siempre que los mismos se encuentren debidamente probados. No basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, es preciso probar que la afectación fue intensa. Así, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales. Tampoco es suficiente demostrar situaciones contextuales que evidencien los problemas vividos, pero sin contar con prueba alguna de los perjuicios morales en sí mismos considerados.

“La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero párrafo de intuición judicial. El ejercicio de la discrecionalidad debe tener en cuenta (a) “las condiciones particulares de la víctima” y (b) “la gravedad objetiva de la lesión”. En cualquier caso, la definición de los perjuicios morales deben tener en cuenta los principios de equidad, razonabilidad y reparación integral.

“Vistos los presupuestos jurisprudenciales para la definición de los perjuicios morales en materia administrativa, pasa la Sala a analizar las sentencias judiciales acusadas.

“(…)

De la simple lectura de las recientes sentencias de la Corte Constitucional que se han ocupado del perjuicio moral y su tasación, se pueden extraer varias conclusiones: i) existe una línea jurisprudencial consistente y estable que configura un precedente horizontal que tuvo como sentencia fundadora e iniciada el 6 de septiembre de 2001, y que avala como principal instrumento para la tasación del perjuicio moral el arbitrio judicial que refleja una discrecionalidad judicial sin que se pueda caer en la arbitrariedad; ii) el fundamento del arbitrio judicial se encuentra en una lógica de lo razonable, circunstancia por

para su concreción se deben exponer justificaciones frente al caso concreto –lo que nunca se ha negado desde el plano del arbitrio judicial–, iii) para la idónea liquidación del perjuicio material es necesario concordar o sopesar el arbitrio judicial con los principios de equidad y de reparación integral, iv) el de la indemnización atenderá a las condiciones particulares de la víctima y v) **a la gravedad objetiva de la lesión.**

La Sala comparte el razonamiento y la argumentación de la honorable Corte Constitucional que a partir de los mencionados pronunciamientos ha obligado –vía acción de tutela contra providencias judiciales– a los jueces respeten el precedente judicial que ha fijado el Consejo de Estado, sin que se puedan adoptar decisiones carentes o con falencias en la motivación. No obstante, se aparta de la última conclusión por el Tribunal Constitucional, toda vez que para el caso concreto que se estudiaba era viable exigir prueba objetiva de la gravedad de la lesión (en el asunto específico la dificultad que sufrieron unos estudiantes para obtener su grado, ya que el programa académico no estaba registrado). Ahora bien, una prueba objetiva en eventos en los que se estudia la pérdida de un ser querido o las lesiones psicofísicas padecidas, es un requerimiento que desborda la misma lógica y razonamiento que tanto prohija la Corte a lo largo de la providencia T-212 de 2012.

Lo anterior, por cuanto las reglas de la experiencia

, y la práctica científica

han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido o cuando se padecen lesiones se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo, presunción que se hace extensiva inclusive a los abuelos y nietos.

En esa línea de pensamiento, de la mano de las consideraciones expuestas por esta Corporación y por la jurisprudencia constitucional, es posible afirmar sin ambigüedad que la exigencia de razonabilidad y racionalidad en la valoración y tasación del perjuicio moral no es incompatible con el arbitrio judicial; el contrario, el arbitrio judicial en aras de no caer en la arbitrariedad, exige del operador judicial una mínima de argumentación a través de la cual, previo el análisis del caso concreto y de las condiciones particulares de las víctimas, se determine la aplicación del precedente a partir de las subreglas que la Sección ha delimitado, según las cuales en casos de muerte o lesiones, el dolor moral se presume, mientras que para otro tipo de afectaciones es necesario acreditar su existencia o configuración (v.g. pérdida de bienes inmuebles, etc.).

En consecuencia, resulta imperativo para esta Sala reiterar su precedente horizontal y, por lo tanto, jurisprudencial sobre la materia, según la cual los perjuicios morales dada su connotación de inconmensurables no pueden ser sometidos a reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización que están encaminados a compensar –no indemnizar– bienes jurídicos de contenido personalísimo –subjetivos– y, por ende, que no pueden ser sometidos a una ponderación, ya que no existen derechos en conflicto o tensión. De este modo, la Sala acoge los planteamientos críticos del profesor Rafael Asís quien en relación con el principio de proporcionalidad o ponderación ha formulado los siguientes cuestionamientos:

“Resulta enormemente complicado establecer con carácter general cuáles son los fines del desarrollo de un derecho y cuáles son los fines constitucionalmente legítimos. En relación con lo primero, en ocasiones el desarrollo del derecho se hará desde una declaración expresa de los fines que se pretende alcanzar; en otras ocasiones, ante la ausencia de esa declaración expresa, habrá que deducirlos del propio desarrollo. En todo caso, lo relevante en este punto es la utilización de las herramientas clásicas de interpretación para la obtención de los fines asociados al desarrollo. A partir de ahí, habrá que poner esos fines en

relación con los establecidos con la Constitución.

“De nuevo, en este punto surgen complicaciones. Una primera vía de aproximación, de índole negativa consiste en afirmar que un fin es ilegítimo cuando está expresamente prohibido por la Constitución. La segunda vía de aproximación, esta vez de índole positiva, consiste en afirmar que son fines legítimos todos aquellos que tienen que ver con la realización de valores, principios, bienes o derechos constitucionales. Por tanto, desde esta vía, se exige que el desarrollo se ponga en conexión con algunos de estos referentes constitucionales. Obviamente, el marco de posibilidades sigue siendo amplio.

“La segunda exigencia de este principio tiene que ver con el medio. De nuevo, debemos ser conscientes del amplio margen de valoración presente en esta exigencia. En efecto, en este punto aparecen una serie de referentes que poseen un amplio margen de indeterminación (eficacia, tiempo, técnicas, etc.). A la utilidad de esta exigencia (en definitiva de la formalización del principio de proporcionalidad, no otra que la de establecer eso que más adelante denominaré como cuestiones de agenda. Por otro lado es importante recordar que en todos los pasos, la cuestión de legitimidad del órgano que desarrolla el proceso es esencial.

“(…) Como hemos visto estos subprincipios plantean una serie de problemas y, difícilmente, puede decirse que con su utilización se garantiza el logro de las únicas decisiones correctas.

Así las cosas, como en el sub juicio las demandadas no desvirtuaron la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes (madre, esposa, hijos y hermanos) de acuerdo con las pruebas allegadas, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta su naturaleza y gravedad.

Lo anterior con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama “inferencias”; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no puede confundirse con el indicio ya que éste es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógica-deductiva participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y inferencias lógicas.

De la misma manera, la prueba de la relación de consanguinidad y afectividad permiten inferir el vínculo entre la víctima y sus deudos. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de algunos miembros de la familia afecta a los demás, en lo que atañe al perjuicio moral.

Establecido el parentesco, se da por probado el perjuicio moral, con motivo de las lesiones sufridas por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que en este tipo de eventos se causa dolor y angustia a sus parientes cercanos, con quienes conformaba su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

Las reglas del común acontecer, y la práctica científica han determinado de manera general, que cuando está ante un atentado contra la integridad física o psíquica de un ser querido, se siente aflicción.

En cuanto a la presunción del perjuicio moral de los familiares en los casos de lesionados, la Sala ha precisado que para ello no es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones. En efecto, independientemente de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear con

que impera en la sociedad colombiana, no resulta equitativo que ese padecimiento moral, su prueba y reconocimiento se condicione al resultado material del daño en cuanto a su mensurabilidad.

Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar.

En ese orden de ideas, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2013 y se condenará, a las demandadas, a pagar solidariamente 70 salarios para Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, e igual cifra para la esposa, Carolina Lucinda Uribe Alarcón. Para cada uno de sus hijos y, adicional, a cada uno de sus padres, se les reconocerá 40 salarios.

4.2 Daño material

4.2.1. Daño emergente

No se asignará indemnización por este concepto a los demandantes, comoquiera que no obra prueba conducente que dimensione la afectación pecuniaria que sufrieron, y como bien se ha insistido, es del resorte de las partes demostrar los supuestos de hechos alegados. Si bien es cierto que apartes de algunos testimonios dan cuenta de ciertas dificultades en sus relaciones que debió enfrentar Sanjuán Quintero experimentadas con posterioridad al evento traumático-, también es cierto que no se aportaron pruebas tendientes a cuantificar el presunto daño emergente.

4.2.2. Lucro cesante

En relación con el lucro cesante, conforme al dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, la incapacidad parcial permanente de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero asciende al 41.3%.

Ahora bien, en cuanto al salario que el demandante devengaba como profesional del derecho al servicio del INPEC, obra en el proceso desprendible de nómina a su nombre –expedido por el empleador-, correspondiente al 15 de marzo de 1999 (fls. 85 del cuaderno No. 1), donde consta que el salario devengado por Sanjuán Quintero, en su cargo de Profesional Universitario, correspondía a \$1'128.967 mensuales, valor que actualizado corresponde a \$2'349.573.

La suma de \$2'349.573 debe ser adicionada en un 25%, por el valor de las prestaciones sociales, para un total de \$2'936.966. Comoquiera que conforme al dictamen médico, el señor Sanjuán Quintero disminuyó su capacidad en un 41,3%, el valor de este porcentaje será el correspondiente a la renta actualizada, es, \$1'212.967. Se tendrá en cuenta, además, que, Álvaro Fernando Sanjuán tiene una vida probable de 38,29 años.

La indemnización a que tiene derecho comprende dos períodos: uno vencido o consolidado, que se calcula desde la fecha del hecho hasta la fecha actual, para un total de 169 meses, y el otro, futuro, que comienza desde la fecha de esta sentencia hasta el fin de la vida probable del lesionado, para un total de 290 meses, de lo cual resulta:

Liquidación de la indemnización debida o consolidada:

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

i

$$S = \$1'212.967. \frac{(1 + 0.004867)^{169} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$316'936.205$$

Liquidación de la indemnización futura o anticipada:

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

$$S = \$1'212.967. \frac{(1 + 0.004867)^{290} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{290}}$$

$$S = \$188'255.246$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura, por concepto de lucro cesante, se obtiene valor total de \$505'191.451.

Así las cosas, la indemnización por concepto de lucro cesante, a favor del señor Álvaro Fernando S Quintero, asciende a un valor total de quinientos cinco millones ciento noventa y un mil cuatrocientos cincuenta y un pesos (\$505'191.451.)

4.3 Daño a la salud

En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, solicitado en la demanda, la Sala reite posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, en las que se señaló:

“De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría de ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta naturaleza de supuestos.

“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. I decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este de carácter constitucional.

“Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido

reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con aplicación irrestricta a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad.

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

“Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina perjuicio funcional porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que puede ocasionar.

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha preterido por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico-legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución... (Se destaca).

“En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico -relacionado con la órbita psicológica del individuo- y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias por la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización).

“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo y desigualitario -dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, y eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño-, y el segundo, por referirse a una alteración significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

“Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los perjuicios inmateriales la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias

que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial. En otros términos se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el cual, se reitera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

“En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la cual no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional y daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma no menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

“De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor en conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en los principios de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”.

“En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, pero que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación de la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reconocer y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso–:

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal.”

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto lesionado. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) el perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización.”

través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el daño al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, ha dado paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

“Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, etc.), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearán las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

“En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano. El daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno analizar la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

“No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desvirtúe el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

“Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

“Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadenan la circunstancia por la cual este daño, se reitera, gana concreción y objetividad en donde las categorías de derechos se pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.”

Así mismo, la Sala en sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente: 22.163, determinó, de acuerdo

el principio del arbitrio iuris, los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud, en sus contenidos objetivo (estático) y subjetivo (dinámico).

Conforme a lo anterior, debe señalarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, es del 41,3%, se le reconocerá por este concepto un valor de 165 salarios de la misma índole, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal.

4.4. Medidas de justicia restaurativa en virtud de la grave lesión al derecho a la salud (derecho a la sexualidad):

La sexualidad etimológicamente tiene dos acepciones: i) como el conjunto de condiciones anatómicas físicas que caracterizan cada sexo, y ii) entendida como el apetito sexual.

De allí que, el modo de estudio de la sexualidad en el ser humano siempre ha estado referido a esas dimensiones, es decir, a la integridad psicofísica relacionada con cada género sexual o desde la perspectiva del interés sexual. Por consiguiente, el estudio de la sexualidad ha sido abordado por diversas materias como la filosofía, la psicología, la medicina, la sociología y el derecho.

En efecto, desde la antigua Grecia se ejerció una clara distinción o clasificación del “amor” como sentimiento humano. Para esos efectos, se indicó que la primera manifestación de aquél consistía en el denominado “eros” o la pasión, la segunda, en el “phili” o el cariño y el tercero el “ágape” o el amor profundo (incondicional - religioso).

De este modo, el eros se opone al thánatos, en tanto constituye la pulsión de la vida, lo que desde el psicoanálisis o la psicología conductista se denominara como un instinto, de manera específica, el sexual.

No obstante lo anterior, para algunos autores el eros lejos de constituir un impulso, refleja un sentir que se integra a la noción de amor, esto es, la pasión; por tal motivo, no podría ser confundido o yuxtapuesto por un impulso. Por consiguiente, existiría una mayor cercanía entre el impulso sexual y el amor.

que con eros.

En ese orden de ideas, la sexualidad es un concepto que desde los orígenes de la humanidad ha ocupado un lugar preponderante en las cavilaciones y disquisiciones filosóficas y humanistas. Lo anterior, en el sentido de comprender lo que Freud denominó el objeto y el fin sexual, entendido el primero como el sujeto o persona de la cual parte el deseo sexual, mientras que el segundo constituye el acto, el comportamiento o la actividad a la cual compele el instinto sexual.

En esa línea de pensamiento, el sentimiento del amor pasional no puede ser confundido con el deseo o apetito sexual, esta última manifestación es lo que se integra a la sexualidad, razón por la cual es posible hablar de amor sin contacto físico, como tener interacción sexual sin que medie el amor pasional.

Por lo tanto, existen dos formas de abordar el estudio jurídico de las afectaciones psicofísicas relacionadas con la esfera sexual del ser humano: i) el plano del amor o del romanticismo, que constituye un

sentimiento más que un impulso, y que, en términos del psicólogo evolucionista Steven Pinker se originaría en el alma (teoría dualista—, y ii) el sexo y la sexualidad, que en las sociedades modernas considerado algo privado, ponderado de manera obsesiva, regulado por la costumbre y por el tabú, de chismes y burlas, y desencadenante de furiosos ataques de celo.

En esa perspectiva, un estudio de la sexualidad implica, necesariamente, diferenciarla del amor —entendido éste en sus diversas manifestaciones—. En efecto, el amor como se precisó con anterioridad tiene tres dimensiones que hacen parte de la esfera interna, emocional o afectiva del sujeto, mientras la sexualidad se relaciona de manera directa con el ámbito psicofísico —principalmente el genital - y impulso o el deseo que se genera en relación con el sexo como actividad placentera—.

Por ende, el análisis de la sexualidad debe ser desligada de los parámetros del amor, ya que si bien ambas manifestaciones diferentes en el ser humano. La sexualidad, tal y como lo puso de presente el renombrado profesor Michel Foucault, en su reconocido texto de la “Historia de la sexualidad”, ha estado regida por un tabú y por una moral victoriana que generó que su estudio y análisis se centrara desde dos perspectivas ambas censurables desde el plano filosófico y biológico: i) desde el psicoanálisis (Freud) en el que cualquier orientación diferente a la aceptada por la moral hegemónica era analizada como una desviación o aberración, y ii) desde la medicina en relación con el estudio de las enfermedades y las curas, relacionados con los órganos genitales masculino y femenino.

—.

En este punto, la Sala reconoce que una sociedad pluralista como la colombiana no puede entender la sexualidad bajo una perspectiva oscurantista o vedada, sino que, por el contrario, su existencia y sus diversas manifestaciones son el reflejo de la complejidad del ser humano, de su multiculturalismo, de sus varias dimensiones, de la diferencia, de la asimetría; una sociedad guiada por los mismos parámetros en materia de sexualidad es inadmisibles, porque sería la regulación de un ámbito privado del ser humano regida por la moral y las costumbres impuestas por la mayoría. Por lo tanto, la libre elección en el ejercicio de la sexualidad es un imperativo ínsito al ser humano, donde la sociedad y el poder público no tiene facultad de intervención, salvo la de garantizar los derechos de igualdad y de libertad.

Una de las mejores y más poéticas explicaciones del amor se encuentra en el diálogo platónico “El banquete”, en el cual, en palabras de Aristófanes, el gran filósofo griego explica la naturaleza humana:

“En otro tiempo la naturaleza humana era muy diferente de lo que es hoy. Primero había tres clases de hombres: los dos sexos que hoy existen y un tercero, compuesto por estos dos, el cual ha desaparecido conservándose sólo el nombre... Sea lo que quiera, estoy seguro de que todos seremos dichosos, hombres y mujeres, si, gracias al amor, encontramos cada uno nuestra mitad, y si volvemos a la unidad de nuestra naturaleza primitiva. Ahora bien, si este antiguo estado era el mejor, necesariamente tiene que ser mejor que el que más se le aproxime en este mundo, que es el de poseer a la persona que se ama y se desea.—

No obstante lo anterior, Platón condenó al igual que muchos filósofos antiguos, medievales y modernos la visión de la sexualidad como una función placentera del ser humano, para reprocharla y condenar una idea preconcebida de ser un impulso catalogado como un mal menor que sólo debía tener como finalidad la reproducción (lo que la restringía al encuentro heterosexual).

En la modernidad y postmodernidad, la sexualidad deja de ser una ciencia o estudio circunscrito al estudio de la reproducción humana —desde una visión cristiana o de la psicología evolutiva— para ser un pleacer de afectos, fantasías y de comportamientos que están relacionados, aunque sea sólo de manera imaginaria, con el disfrute del cuerpo del otro, o del propio.

Sin embargo, lejos está de ser la sexualidad un tópico que deje de causar estupor y morbo, al grado que el Estado en un flagrante paternalismo interviene con pundonor en la sociedad para reprochar y limitar el derecho a la igualdad en esta materia.

La sexualidad y sus manifestaciones, pueden ser aprehendidas desde una perspectiva mucho más allá de la más utilitarista y estética; en efecto, según Kant “la comunidad sexual es el uso recíproco que un hombre [una persona] hace de los órganos y capacidades sexuales de otro... Un apetito referido al goce de otros seres humanos. Se entiende de esta manera la sexualidad como una necesidad de hallar un objeto de placer, para el disfrute de otra persona, sin que esta circunstancia suponga una desavenencia moral, comoquiera que esa “cosificación”, se da en un plano de igualdad y reciprocidad, puesto que se disfruta del otro de forma proporcional o equivalente a como el otro lo hace; en esa perspectiva, la sexualidad no lesiona el imperativo categórico moral, ni atenta contra la humanidad.

Como corolario de lo anterior, la sexualidad es una clara manifestación de la integridad psicofísica del ser humano, ya que se relaciona de manera directa con un componente orgánico de la persona –los órganos genitales y reproductivos de ambos sexos– y con una parte funcional y psicológica, la búsqueda de intimidad con el otro, el encuentro en el que el ser humano demuestra que lejos de toda su evolución, hace parte de una gran especie, de un reino animal, que es parte inescindible de este mundo que se integra no sólo por la racionalidad sino de sentimientos, impulsos, deseos y pasiones; el sexo, resulta innegable, nos reitera que somos otra especie más del género, que con independencia de nuestras capacidades hacemos parte fundamental de un mundo y un ecosistema, de esta manera nos devuelve –en cierto sentido– a una condición primitiva pero para liberar nuestros impulsos y pasiones, para que, de un lado, podamos perdurar –a partir de la reproducción– y, de otro, esa interacción –con el ser deseado y/o amado– pueda alcanzar un noble ideal, esto es, la felicidad.

Ahora bien, desde un plano médico - legal, la sexualidad ha sido definida por la OMS como: “un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca al sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vivencia a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales. La sexualidad puede incluir todas estas dimensiones; no obstante, no todas ellas se vivencian o se expresan siempre. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales.” http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health

De la definición brindada por la Organización Mundial de la Salud, la doctrina especializada ha extraído varias características que determinan la sexualidad humana, desde el plano médico - legal:

El erotismo que consiste en la posibilidad de sentir placer sexual a través del deseo, la excitación y el orgasmo.

La vinculación afectiva y/o amorosa que se desarrolla a partir del contacto interpersonal (capacidad de sentir, amar o enamorarse).

La reproductividad que incluye no sólo la capacidad de tener hijos, sino también los sentimientos de maternidad y paternidad.

La identidad sexual desarrollada, que comprende no sólo la apreciación genital y de placer que se tiene del propio cuerpo, sino todas las construcciones mentales y conductuales en relación con el apetito y la orientación sexual de la persona (bisexualidad, homosexualidad, heterosexualidad, etc.).

La afectación o alteración de la sexualidad de la persona, en aquellos eventos en que el daño consiste en lesión física que genera disfunción sexual (del hombre o de la mujer) o psicológico que impide con el acto sexual (v.gr. pérdida del apetito sexual, pérdida de la capacidad de relacionarse, afectación en los niveles de excitación, etc.), es posible analizarse bajo la égida de dos posiciones diferenciables en la valoración del daño corporal: i) como daño inmaterial autónomo, distinto del daño a la salud y moral, o ii) como una de las manifestaciones del daño a la salud, porque en últimas, el daño sexual produce una alteración a la integridad psicofísica de la persona en los términos explicativos del daño a la salud.

En Colombia, a partir de las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 1903, reconoció la importancia del daño a la salud para el resarcimiento de afectaciones a la integridad psicofísica de la persona, sin importar el órgano, la función o la capacidad que se lesionara. De este se reiteró en los mencionados pronunciamientos –proferidos por la Sala Plena de la Sección Tercera en aquellos escenarios en los que el daño reclamado consiste en un daño a la esfera psicofísica, los perjuicios que pueden ser reconocidos por el juzgador, son los siguientes: i) daño moral, ii) daño a la salud, y iii) los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que se encuentren probados en el proceso.

Por consiguiente, es necesario insistir que la modificación negativa a la órbita psicofísica del sujeto –incluida la del ámbito sexual– es un factor que debe ser indemnizado bajo el prisma del daño a la salud, y, por ende, bajo los parámetros resarcitorios contenidos en las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, así como en la providencia del 28 de marzo de 2012, exp. 2216, proferida por esta Subsección de oportunidad en la que se desarrollaron los componentes estático y dinámico que integran el daño a la salud, así como se explicó la metodología con apoyo en la cual se liquida y valora el mismo.

En efecto, en el último pronunciamiento referido, la Sala discurrió de la siguiente manera:

“De manera que sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma:

“1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio judicial para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá en la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme.

“2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades de ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, se podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se reitera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.

“Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso

porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

“No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grav.”

En esa línea de pensamiento, no resulta viable reconocer autonomía al “daño sexual” porque, precisamente, el daño a la salud permite la reparación –en el campo de los perjuicios inmateriales– integridad psicofísica, esfera dentro de la que se enmarca o ubica la imposibilidad de desarrollar el sexual, bien por una disfunción o pérdida anatómica corporal, o por una alteración psicológica que la posibilidad de llevarlo a cabo.

Y, sin embargo, resulta conveniente en esta oportunidad fijar una serie de criterios de valoración de corporal –sexual– cuyo análisis y verificación deviene imprescindible por parte del operador judicial para establecer una adecuada apreciación de las dimensiones estática y dinámica del daño a la salud. Esos parámetros, son:

La incapacidad funcional derivada de la alteración de la función sexual y, por lo tanto, de la capacidad para realizar el acto sexual y, consecuentemente, obtener placer.

El sufrimiento o padecimiento psíquico, derivado de la pérdida de la vida sexual.

La incapacidad para desarrollar de manera armónica una vida afectivo-familiar y la vida de pareja.

La alteración estética si la hay.

De otro lado, en cuanto se refiere a la integridad o indemnidad en la evaluación del daño en materia de derechos humanos y derechos fundamentales, resulta preciso reafirmar que la misma constituye un principio general en materia de responsabilidad o, en perspectiva de la Corte Constitucional, significa “(...) el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite”. Este principio es un supuesto de coherencia, lógico y empuja pues si la reparación no coincide con el daño, tal ruptura de equilibrio degeneraría en un atentado contra la esencia de la reparación integral, la cual se traduce en restituir el equilibrio o llevar las cosas a su estado anterior.

A partir de la Constitución Política de 1991 y, concretamente, en 1998 con la expedición de la ley 461 de 1998, se estableció en Colombia desde la perspectiva del derecho de daños y sin importar cuál sea la fuente del daño, la obligación de que la reparación del perjuicio sea “integral”, lo que conlleva, para el juez, el deber de abordar el restablecimiento del perjuicio desde una perspectiva íntimamente ligada al estudio y valoración del daño, siempre y cuando este se analice en su completa e íntegra dimensión.

Significa lo anterior que la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha establecido la insuficiencia del criterio indemnizatorio del perjuicio, puesto que el daño proveniente de la vulneración de derechos humanos no puede circunscribirse a un aspecto netamente económico, comoquiera que, la existencia de una garantía de este tipo conlleva la afectación de multiplicidad de facetas de quien lo soporta. En consecuencia, debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido como el precepto que ordena el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de su ocurrencia, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, máxime si se refiere a la lesión de un bien o interés legítimo que se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH), y más aún si se armonizan los preceptos jurídicos nacionales con el contenido de la Convención Americana que, a términos del numeral 1 del artículo 63 establece

competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para, una vez establecida la violación de un derecho o libertad de los allí contenidos y desarrollados, ordenar su reparación.

La aplicación efectiva y material del principio de reparación integral en Colombia, ha permitido que reconozca la insuficiencia del criterio indemnizatorio en relación con el derecho de daños; en consecuencia, la jurisprudencia nacional ha articulado los postulados resarcitorios del orden nacional con los criterios contenidos en la jurisprudencia de tribunales internacionales, concretamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de tal forma que se han abierto camino, entre otras, las medidas de tipo satisfactorio, las garantías de no repetición y, en general, de justicia restaurativa y conmemorativa, todas encaminadas al restablecimiento del núcleo de los derechos que se ven afectados con la producción del daño, en consonancia de lo que se ha entendido como la constitucionalización del derecho de daños, fenómeno impulsado por el neoconstitucionalismo y con la fortaleza actual de los textos constitucionales modernos, en donde el contenido programático es el eje central del poder público, razones por las cuales adquieren relevancia los principios de dignidad humana, de igualdad y solidaridad.

En este sentido, nótese que el hecho de que el Consejo de Estado haya estructurado una línea jurisprudencial en torno a los lineamientos de la justicia restaurativa en aquellos casos en que el daño tiene su génesis en la violación de los derechos humanos, nada obsta para que en ciertas circunstancias no supongan la afectación o alteración de las garantías inalienables del ser humano, se reconozcan medidas satisfactorias o garantías de no repetición, puesto que los citados criterios resarcitorios que integran el principio de reparación integral, no deben ser circunscritos única y exclusivamente a los supuestos en los que se vulneren derechos humanos; a contrario sensu, será importante que los jueces en cada caso concreto, dependiendo de la magnitud del daño, determinen con fundamento en el arbitrio judicial medidas más idóneas para retrotraer los efectos nocivos del daño antijurídico, en procura de obtener el restitutio in integrum del perjuicio, objetivo primordial del derecho de daños.

Entonces, la Corporación ha avalado una hermenéutica garantista, que defiende la protección activa de los derechos humanos, lo que se ha traducido en una prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno. Aún así, es posible señalar, en relación con el principio de reparación integral, que este no comprende los casos de graves violaciones de derechos humanos sino cualquier asunto en el que se vulnera la responsabilidad patrimonial del Estado. En ese orden, en los casos en los que **no esté de por medio una grave violación a derechos humanos, o la vulneración flagrante de un derecho fundamental** –en su dimensión subjetiva u objetiva–, la Sala se encuentra limitada por los principios de congruencia y de reformatio in pejus; por lo tanto, en estos eventos la parte actora podrá solicitar en la demanda cualquier tipo de medida relacionada con: la restitutio in integrum del daño; medidas de satisfacción; indemnización plena de perjuicios; la rehabilitación, y garantías de no repetición, pero no podrán ser decretadas medidas o pretensiones de oficio.

Por el contrario, en los supuestos en que el daño antijurídico tiene su génesis en la grave violación de los derechos humanos o el desconocimiento de derechos fundamentales el Juez de lo Contencioso Administrativo podrá decretar todo tipo de medidas encaminadas a la restitución de las garantías materiales afectadas.

En efecto, en los procesos ordinarios de responsabilidad extracontractual del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha trazado una serie de principios en relación con la aplicación de los principios de congruencia y de no reformatio in pejus, que podrían sintetizarse así:

En procesos en los que el daño proviene de **graves** violaciones a derechos humanos o la vulneración o significativa de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de restitutio in integrum y de reparación integral.

Así las cosas, en este tipo de procesos, siempre que se constate la violación a un derecho humano, fundamental o no, a causa de una grave lesión, será procedente adoptar todo tipo de medidas de justicia restaurativa para proteger no sólo la dimensión subjetiva sino objetiva del derecho afectado.

En los procesos en los que el daño no provenga de graves lesiones a derechos humanos, es posible que un hecho dañoso lesione o afecte un derecho fundamental –tanto en su órbita subjetiva como objetiva– por la que se podrán adoptar las medidas resarcitorias solicitadas con la demanda o las que de oficio se soliciten a petición de parte considere el juez, pero encaminadas a salvaguardar el núcleo esencial del derecho sea en su órbita subjetiva u objetiva.

En consecuencia, se insiste, nada impide que en la demanda se soliciten medidas de justicia restaurativa dirigidas a reparar integralmente el daño, pero ello deberá estar expresamente consignado en el respectivo libelo introductorio, salvo que el daño se derive de graves violaciones a derechos humanos o derechos fundamentales, en cuyo caso el juez administrativo debe velar porque la reparación del daño sea adecuada a la magnitud de los hechos.

Entonces, no puede ser indiferente la necesidad de graduar la indemnización del daño inmaterial, pero como se indica en las directrices del reconocido Ex Relator de la ONU, Theo van Boven, “la reparación deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones; el juez de la reparación no puede ser impuesto a esos postulados que vienen delimitados por el derecho internacional de los derechos humanos y que se imponen en el ordenamiento interno, concretamente a partir de la cláusula contenida en el artículo 1º de la Carta Política.

En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de un derecho fundamental, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea restablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal se desarrolle en grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único.

Definido el anterior panorama, la Sala acude a la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado –como también al apoyo de los pronunciamientos de la Corte Constitucional–, para concluir que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona –si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos– es posible que se adopten medidas de satisfacción distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado, siempre y cuando las mismas sean necesarias para restablecer el núcleo o dimensión objetiva del derecho fundamental que ha sido afectado por una entidad estatal.

Al respecto, en pronunciamiento anterior de la Sección, se precisó:

“i) En todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, será posible adoptar medidas de reparación integral, con miras a que se restablezca el statu quo preexistente a la producción del daño.

“En consecuencia, siempre será posible que en las demandas de reparación directa los demandantes formulen pretensiones dirigidas o encaminadas a la reparación in integrum del perjuicio, incluso a reparaciones in natura. No obstante, en estos supuestos, el juez estará siempre vinculado por el principio de congruencia procesal y de la no reformatio in pejus.

“ii) Cuando se trate de graves violaciones a derechos humanos, el juez cuenta con la facultad de adoptar todo tipo de medidas de justicia restaurativa (correctiva), encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados. Así las cosas, en estos eventos, el juez de lo

contencioso administrativo no puede estar limitado, en modo alguno, por los principios procesales mencionados, puesto que constituye un imperativo categórico que prevalece sobre las citadas garantías. El hecho de garantizar una reparación integral del perjuicio.

“Este importante avance de la jurisprudencia nacional, ha sido reconocido expresamente en un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al puntualizar:

“(…) El Tribunal reconoce tales esfuerzos efectuados por Colombia en cuanto a su deber de reparar y valora positivamente. Asimismo, el Tribunal valora lo señalado por el perito Alir Hernández en la audiencia pública, en el sentido de que el Consejo de Estado ha señalado desde el 2007 que “el resarcimiento económico no es suficiente, [lo cual] abre la posibilidad para las víctimas en sus demandas [en procesos contencioso administrativos] formulen unas peticiones de reparación distintas del simple resarcimiento económico. La Corte considera que de darse dicho desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana, podría llegar a complementar las otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno con el fin de obtener, en su conjunto, la reparación integral de violaciones de derechos humanos. Al respecto, el Tribunal reitera que una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición…”

“203. Asimismo, la Corte observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede reducirse al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contenciosos administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, “a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.”

Por consiguiente, resulta perfectamente viable, en aplicación del principio de “reparación integral”, se ha visto, que el juez de lo contencioso administrativo adopte medidas pecuniarias y no pecuniarias idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado, entre las cuales encontramos:

a) La restitución o restitutio in integrum, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, es la forma perfecta de reparación, y que solo en la medida en que dicha restitución no sea accesible procede acordar otras medidas reparatorias.

b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial.

c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de servicios sociales, jurídicos o de otra índole.

d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, et.

e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo, legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las que cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otra.

En el caso concreto, se torna necesario adoptar medidas de justicia restaurativa, en la modalidad de

rehabilitación, para reparar de manera integral el daño padecido por la víctima directa; lo anterior, a la vez que el pago de una indemnización por concepto del daño a la salud, está orientada a compensar el modo paliativo— la afectación a la integridad psicofísica del lesionado, sin que ello constituya un óbice para que, en virtud de la grave afectación al derecho fundamental a la salud, se decreten o adopten una serie de decisiones que busquen el restablecimiento del núcleo esencial de la garantía constitucional afectada.

De allí que, el daño a la salud no sólo pueda ser resarcido a través del pago de una indemnización de conformidad con los parámetros jurisprudenciales trazados a partir del año 2011, sino que, de igual manera es posible que se garantice la reparación integral del mismo no sólo por medio de la garantía indemnizatoria, sino también en virtud de la rehabilitación a la cual está compelida la administración pública que irroga un daño sobre un derecho de contenido fundamental o cuando se violan de manera grave los derechos humanos.

Del sub iudice se desprende, tal y como quedó acreditado, que el daño sufrido por el señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, aun cuando justificada la intervención armada de la administración pública se produjo en medio del intento de fuga de algunos presos y la legítima resistencia que opusieron el INPEC y la Policía Nacional; accionar que a pesar de frustrar el escape, sin duda llegó a favorecer circunstancias en que se afectó de manera grave el derecho a la salud del demandante —más aún si se tiene en cuenta que la asonada sobrevino sin la responsabilidad de Sanjuán Quintero— de allí que sea preciso determinar medidas de rehabilitación que garanticen la mayor aproximación a la efectiva integralidad de su reparación.

En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la siguiente medida dirigida a garantizar el principio de justicia restaurativa:

Como medida de rehabilitación, se ordenará a la entidad demandada que brinde al señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, toda la asistencia psicológica o psiquiátrica que requiera en aras de superar el síndrome de estrés postraumático que lo aqueja.

De igual forma, se dispondrá que se suministre —mientras que los médicos y/o psicólogos tratantes consideren necesario— en cualquier presentación el medicamento denominado “sildenafil o sildenafilo” (compuesto UK-92,480), durante el tiempo que su patología psicológica persista o hasta no se determine que la disfunción eréctil que se desencadenó con ocasión del Síndrome de Estrés Postraumático “SIP” padecido haya sido superado con los tratamientos pertinentes adelantados; por lo tanto se insiste, el propósito de la medida consiste en garantizar —en cuanto sea posible— el derecho al goce de la sexualidad para el señor Sanjuán Quintero y su pareja, procurando la mayor aproximación a la reparación integral del daño provocado.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 17 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en su lugar se decide:

1) Declárase patrimonialmente responsable a la Nación, -Ministerio de Defensa, Policía Nacional- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, por los daños morales y a la salud ocasionados a los demandantes Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, Carmen Lucinda Uribe Alarcón, Rogelio y Surge

Natalia Sanjuán Uribe, Miguel Joaquín Sanjuán Escalante y María Nelly Quintero de Sanjuán.

2) Condénase a la Nación, - Ministerio de Defensa, Policía Nacional - e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, a pagar, por concepto de daños morales, a Álvaro Fernando Sanjuán Quintero 70 SMMLV igual cifra para su esposa, Carmen Lucinda Uribe Alarcón. En cuanto a Rogelio y Surgey Natalia S Uribe, para cada uno la suma de 40 SMMLV. Finalmente, 40 SMMLV para Miguel Joaquín Sanjuán Escalante, e igual cifra adicional para María Nelly Quintero de Sanjuán.

3) Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional - e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, a pagar a Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, por concepto de daños materiales, en la modalidad de incapacidad permanente total, la suma de \$505'191.451.

4) Condénase a la Nación, - Ministerio de Defensa, Policía Nacional - e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, a pagar a Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, por concepto del daño a la salud irrogado, la suma de 1 SMMLV.

5) Como medida de rehabilitación, se ordenará a la entidad demandada que brinde al señor Álvaro Fernando Sanjuán Quintero, toda la asistencia psicológica o psiquiátrica que requiera en aras de su recuperación del síndrome de estrés postraumático que lo aqueja.

De igual forma, se dispondrá que se suministre –mientras que los médicos y/o psicólogos tratantes consideren necesario– en cualquier presentación el medicamento denominado “sildenafil o sildenafilo” (compuesto UK-92,480), durante el tiempo que su patología psicológica persista o hasta que no se determine que la disfunción eréctil que se desencadenó con ocasión del Síndrome de Estrés Postraumático “SIP” padecido haya sido superado con los tratamientos pertinentes adelantados.

6) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

7) Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

8) En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de la Sala

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS DE RECLUSOS - Cambio de jurisprudencia

La posición de la Sala, en mi criterio, sólo puede considerarse como un “obiter dicta” aislado, ya que la Sub-sección C ha procurado, en su jurisprudencia, dar continuidad al precedente de la Sala de Sección Tercera en materia de responsabilidad por muerte y lesiones de reclusos. (...) está claro que la Sala presente providencia plantea una posición aislada, que no puede distorsionar, o llevar a equívocos respecto a la decantada construcción que existe en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por muerte o lesiones de reclusos, y de la procedencia o no de la causal eximente del hecho exclusivo de

tercero. NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de la Corte Constitucional, T-881 de 2002. Consultar sentencias de: 21 de febrero de 2011, exp. 19725; 26 de mayo de 2010, exp. 1880; junio de 2010, exp. 19849 y de 27 de noviembre de 2002, exp. 13760.

DEMOSTRACION DEL DAÑO ANTIJURIDICO Y LA PRUEBA DEL DAÑO ESPECIAL - No confundirse / DAÑO ANTIJURIDICO - Noción. Definición. Concepto / DAÑO ESPECIAL - Noción. Definición. Concepto

En mi criterio la sentencia confunde la demostración del daño antijurídico con la prueba del daño y como criterio de motivación dentro del juicio de imputación. Es preciso aclarar: el daño antijurídico considerado como la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno. (...) En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde salvaguardar de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”. (...) Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que es objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que trate de una situación jurídicamente protegida. (...) el daño especial, como régimen de responsabilidad, ha sido elaborado a partir de la concepción de igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados; esto implica considerar i) que las cargas ordinarias o normales que se aplican sobre los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al Estado, pero ii) los sacrificios particulares a que se vea abocado un ciudadano a conseguir un fin lícito del Estado corresponde a una situación anormal que amerita ser compensada; así las cosas, aquí se prescinde por completo de la noción de actividad riesgosa. NOTA DE RELATORIA: daño antijurídico, consultar sentencias de: 9 de febrero de 1995, exp. 9550; 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG y de 14 de septiembre de 2000, exp. 12166.

DELIMITACION DE LA FALLA EN EL SERVICIO - Con base en la ley 65 de 1993

La Sala lejos de encuadrar el caso concreto en el daño especial, debía haber realizado el juicio de imputación (con base en sus propios argumentos), estudiando si se produjo la falla en el servicio fue en el incumplimiento de deberes normativos (imputación objetiva). Específicamente, la Sala, en mi criterio, debió examinar cómo en la ley 65 de 1993 el parágrafo 1º del artículo 31 determina el deber positivo de vigilancia interna y externa del centro carcelario o penitenciario; el artículo 32 establece el deber positivo de la conducción de operaciones; el artículo 34 consagra el deber positivo de contar con mínimos medios materiales en todo centro carcelario o penitenciario, entre otros. Por lo tanto, no pudo la Sala analizar en abstracto la consideración del daño especial como criterio de motivación de la imputación para el caso en concreto, si se manifiesta en su argumentación una orientación más a la materialización de una falla en el servicio.

FUENTE FORMAL: LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 31 / LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 34

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento / PERJUICIOS MORALES - Acreditación

En los eventos en los que la afectación a las personas es por la muerte y las lesiones accidentalmente producidas, como que se desprende de los hechos ocurridos el 31 de julio de 1994, no puede reducirse la materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes. Como premisa, inicial, para fundamentar esto se radica en la afirmación del principio de la dignidad humana cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la afectación a su lugar de vivienda o habitación. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que en este tipo de eventos se produce entre la esfera de cada individuo. Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación íntima consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la restitutio in integrum que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, y que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte o lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- cómo está conformada la familia?; - qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo- de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 16
LEY 446 DE 1996 - ARTICULO 16

PERJUICIOS MORALES - Parientes cercanos. Presunción de dolor / PERJUICIOS MORALES - Aplicación reglas de la experiencia

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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 41

TASACION DE LOS PERJUICIOS MORALES - Motivación

Esta Sub-sección desde junio de 2011 viene afirmando la necesidad de motivar razonadamente la tasación de los perjuicios morales, con fundamento no solamente en la presunción de aflicción derivada de la constatación del parentesco, sino considerando de las pruebas allegadas una serie de criterios o referentes objetivos que permitan la cuantificación del perjuicio moral de una manera razonada, proporcional especialmente, ponderadamente en consideración a cada caso, y no como una regla en abstracto. (...) cabe la menor duda que la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2011, al haber venido siendo deformada, de tal manera que en la actualidad sólo interesa citar aquellos apartes en el sustento del arbitrio judicium (arbitrium judicis) aparece descontextualizado de todo el elemento argumentativo completo que utilizó la Sala en dicha providencia, lo que plantea una seria preocupación sólo frente al respeto del principio de igualdad, sino del debido proceso y del efectivo acceso a la administración de justicia. (...) la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no puede obedecer a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio, “por el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, y al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su deber de garantizar el Derecho en las sentencias”. (...) la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a los bienes muebles o inmuebles que resulten afectados; 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodologías para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el “quantum” indemnizatorio.

PERJUICIOS MORALES - Criterios para su tasación

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

PERJUICIOS MORALES - Aplicación del test de proporcionalidad

La Sala encuentra que para aproximarse a la liquidación de los perjuicios morales debe sujetarse al determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales, las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea requiere la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal. En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad desde la perspectiva del juicio de igualdad, y de la necesidad de ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolución 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), respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones a medio de la lógica de la subsunción, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación de valores o derechos reconocidos a la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

DAÑO A LA SALUD - Obligación de motivar su tasación

El daño a la salud, concretado en el perjuicio fisiológico reclamado a favor de los lesionados, debía ser reconocido por la Sala en el caso concreto, siempre que se encontrara demostrado el daño corporal o déficit funcional padecido derivado de las lesiones que sufrieron como consecuencia de los hechos ocurridos el 31 de julio de 1994. Sin embargo esto no se corroboró, constató, ni se valoró adecuadamente por la Sala, ya luego de citar la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, en la sentencia se procede a liquidarlo sin determinar probatoriamente el reconocimiento y tasación del perjuicio fisiológico reclamado, y encuadrado como daño a la salud. Por lo anterior, y en mi criterio, al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la integridad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, que su fundamento se encuadre en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, con el daño no patrimonial. En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente, aunque con alcance colectivo, el de la “salud” (Artículo 49 C.P.), y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la “correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla”. En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especialización socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 49

DAÑO A LA SALUD - Tasación. Tope

Para la tasación y reconocimiento del daño a la salud, la Sala en proveído reciente, puntualizó que ‘existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma: “1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor

máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia tiempo atrás de manera uniforme. “2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. 1 mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la pe logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afec en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnizació correspondiente al factor objetivo del daño a la salud.

TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Criterios

La Sala debía haber considerado que una tasación adecuada de los perjuicios fisiológicos reclamado favor de los lesionados debía tener en cuenta los siguientes criterios: a) el alcance del daño corpora desdoblamiento en el déficit corporal que a partir de las lesiones sufridas condiciona sus vidas; c) l en la que se produjo. Porque el simple hecho de establecer la tasación y la liquidación con base sól criterio estático, esto es la incapacidad, sin valorar el criterio dinámico del perjuicio lleva a aplicar regla de tres que no tiene motivación o justificación suficiente, lo que puede representar un exceso ejercicio del arbitrio judicial y una potencial afectación a los derechos de cualquiera de los extremo litis.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 07001-23-31-000-2000-00118-01(26621)

Actor: MIGUEL JOAQUIN SANJUAN ESCALANTE

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC

Referencia: ACLARACION DE VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

1 Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala de Sub-sección C en la sentencia de 23 de abril 2013, me permito aclarar el voto en cuanto a las siguientes cuestiones: 1) se cambia la jurisprudenc respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de reclusos; 2) no se distingue clarar entre daño antijurídico y daño especial, y no explica en qué consistió la ruptura de la igualdad de la cargas públicas para el caso en concreto; 3) no se delimitó normativamente la falla en el servicio cc en la ley 65 de 1993; 4) falta de motivación y justificación en la tasación y liquidación de los perjui morales para el caso en concreto; y, 5) alcance del daño a la salud, y falta de motivación y justificac emplear la regla de tres sin argumento alguno.

1.- Se cambia la jurisprudencia respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de re

2 La Sala en la sentencia consideró:

“(…) Si se omitiera el hecho de que los internos se encuentran bajo la especial protección y cuidado del Estado, no sería descabellado consentir con La (sic) Previsora, que se trató del hecho exclusivo de un tercero, argumentando que fue con ocasión del intento de fuga de tres reclusos que se propiciaron las circunstancias en que salió lesionado psicológicamente el Asesor Jurídico de la Cárcel de Arauca. (Sin la especial sujeción de los actos de los privados de la libertad a la potestad punitiva de la Administración, no existiría responsabilidad de la entidad demandada pues –en virtud de su deber de oponer resistencia armada al violento ataque de los evasores–, más allá de intentar conjurar al mínimo riesgo de las potenciales víctimas –expuestas al fuego cruzado–, ninguna responsabilidad le asistiría por la conducta de los reos” (subrayado fuera de texto).

3 La posición de la Sala, en mi criterio, sólo puede considerarse como un “obiter dicta” aislado, ya la Sub-sección C ha procurado, en su jurisprudencia, dar continuidad al precedente de la Sala de Sección Tercera en materia de responsabilidad por muerte y lesiones de reclusos. En efecto, en la sentencia Sub-sección C de 21 de febrero de 2011 (expediente 19725) se argumentó:

“Para la Sala, es perentorio reafirmar el precedente según el cual la obligación del Estado derivada de la relación de especial sujeción, no se agota en la vigilancia y control, sino que se proyecta hacia la necesidad de preservar la vida e integridad personal de los reclusos, cuya protección no queda limitada o suprimida por la condición en la que se encuentran. Así mismo, dicha obligación se extiende en la obligación del Estado de devolver a los ciudadanos en condiciones similares a aquellas que presentaba antes y durante el proceso de reclusión, so pena de tener que responder patrimonialmente por los perjuicios que haya sufrido el recluso durante el tiempo de reclusión y/o detención, o internamiento carcelario.

Y no puede la demandada argumentar que la demostración del buen servicio y vigilancia adecuada es imposible, porque sería tanto como prodigar el desorden, el caos y la primacía del delito al interior de los centros penitenciarios y carcelarios, con el agravante de permitir que los derechos a la vida e integridad personal de los reclusos quede en suspenso, o prácticamente se supriman y opere la sistemática violación de los mismos, afectando los compromisos internacionales del Estado que por vía del artículo 93 de la Carta Política, le exigen el respeto de la dignidad, vida e integridad personal de todos aquellos que encuentran recluidos en este tipo de centros.

(…)

Afirmar, como pretende la demandada, que se trató de un hecho imprevisto y tremendamente incontrolable, sólo revela la ineficiencia y la ineficacia de la actividad de la administración pública, es reprochable invocar como argumento para eximirla de responsabilidad, ya que las potestades que otorga la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) deberían, y deben, ser suficientes para controlar el acceso de armas o elementos para perpetrar ilícitos a su interior, controlar las actividades de los reclusos y prevenir la ocurrencia de situaciones, que como los motines no son circunstancias que diluyan o adelgacen las obligaciones de la demandada de custodia y vigilancia”.

4 A dichos presupuestos, que se enriquecieron, se les dio continuidad en la sentencia de la Sub-sección C de 24 de marzo de 2011 (expediente 22269),

“(…)En relación con las personas que se encuentran privadas de la libertad, quienes deben soportar la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales o de tercer

respecto de quienes puedan ser víctimas al interior del establecimiento carcelario, el Estado debe garantizar por completo la seguridad de los internos y asumir todos los riesgos que lleguen a preser

En virtud de dicha circunstancia, esta Sección ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados a las personas privadas de la libertad, en centros carcelarios, es objetivo, teniendo en cuenta las condiciones especiales en las cuales se encuentran y con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política. Así pues, ha puesto de presente que en estos casos, entre las personas presas detenidas y el Estado existen “relaciones especiales de sujeción, teniendo en cuenta su sometimiento a un régimen jurídico especial, pero correlativamente, al limitar el ejercicio de ciertos derechos, surgen obligaciones de carácter especial que deben ser garantizados por la autoridad competente.

(...)

Así pues, cuando se encuentre acreditado un daño antijurídico causado por la muerte del recluso y/o detenido, debe concluirse que el mismo resulta imputable al Estado, bajo un régimen objetivo de responsabilidad.

(...)

En consecuencia, desde el punto de vista jurídico del deber de la Autoridad Carcelaria, la tarea propia de esta tiene como objeto mantener al recluso en las mismas condiciones que presentaba al momento de la privación de la libertad, por cuanto el deber de esa protección se amplía a la custodia y vigilancia constante del interno, teniendo en cuenta la especial relación de sujeción que existe entre el Estado y el recluso o detenido (...)

Lo anterior permite concluir que la realización de una conducta criminal dentro de un centro carcelario quebranta por omisión el deber de vigilancia impuesta al Estado, por cuanto la muerte producida fue consecuencia de una persona que se encontraba sometida a la vigilancia estatal; como también que por omisión esos deberes legales, porque un recluso portaba un arma de fabricación carcelaria y agredió con ella a un interno, que igualmente se encontraba bajo la custodia del establecimiento penitenciario, perdiendo de vista que el hecho de la agresión ocurrió en horas de visitas

(...)

En los eventos de la muerte de reclusos, existe la posibilidad de presentarse alguna causal eximente de responsabilidad, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero. Teniendo en cuenta que la muerte del señor Reina se produjo por el accionar de otros reclusos penales, no es dable considerar la existencia de la causal eximente del hecho de un tercero, para así liberar a la administración, en atención a la consideración de la posición de garante de INPEC, de la relación de especial de sujeción entre la autoridad y el detenido o recluso, respecto de la cual el Estado es el llamado a respetar y garantizar la vida e integridad personal del interno ante el accionar de otros reclusos, como de los directivos, funcionarios o personal de la guardia de la cárcel, no así si los hechos desafortunados se presentaron dentro del centro carcelario, incumpliendo así el Estado su obligación de proteger la vida e integridad de las personas, tal como lo dispone el artículo 2° de la Constitución Política, y la ley 65 de 1993.

Por lo tanto, no es de recibo el argumento del Tribunal en considerar que la riña ocurrió cuando se encontraba a cabo el horario de visita familiar y que por lo mismo, esta situación complicaba la permanente vigilancia de los reclusos, por cuanto este argumento de manera manifiesta demuestra la ineficiencia de los procedimientos que debe cumplir el INPEC, máxime si tales obligaciones están contempladas en la ley que los regula y que ordena el cumplimiento de sus fines.

Para la Sala es importante resaltar que el Estado cuando ejerce la función de administrar el régimen carcelario y penitenciario está llamado a cumplir, respecto al recluso, la obligación de salvaguardar los derechos fundamentales constitucionales que sigue ostentando toda persona, respecto a la agresión o afectación que pueda producirse por otro recluso, o por el personal de guardia y seguridad del centro carcelario, e incluso en circunstancias excepcionales, como riñas o motines, el director del centro carcelario tiene la posibilidad de solicitar el refuerzo de la vigilancia del centro de reclusión, lo que atendido, así como está en la obligación de llevar a cabo una requisa razonable para evitar que al interior del centro carcelario existan y utilicen armas de cualquier tipo, cuya expresa prohibición está legítimamente consagrada en la ley 65 de 1993.

Además, es inaudito que como consecuencia del incumplimiento de las expresas obligaciones legales de vigilancia y custodia, el Estado tenga que pagar este tipo de indemnizaciones, lo que representa tan sólo una falta de compromiso de la administración pública para con la política de Estado en materia carcelaria y penitenciaria, que en ningún caso puede ser objeto de medidas correctivas por vía judicial, como se impone al tener que decidir este tipo de casos”.

5 A lo anterior, cabe agregar lo argumentado por la Sala de Sub-sección C en la sentencia de 8 de agosto de 2012 (expediente 23691):

“(…)Sea lo primero decir, que los establecimientos carcelarios están instituidos no sólo como una localidad en la cual se ejecutan las medidas privativas de la libertad o se controlan las medidas de aseguramiento, sino que su funcionamiento conlleva finalidades que exceden estos propósitos, así, el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un valor humano y solidario, labor que el INPE encuentra obligada a desarrollar bajo los límites del respeto por la dignidad humana del interno y la garantía de sus derechos constitucionales y humanos universalmente reconocidos”.

6 Como puede observarse de la lectura de la anterior jurisprudencia, está claro que la Sala en la presente providencia plantea una posición aislada, que no puede distorsionarse, o llevar a equívocos respecto a la ya decantada construcción que existe en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por muerte o lesiones de reclusos, y de la procedencia o no de la causal eximente del hecho exclusivo del tercero.

7 Despejada la primera de las cuestiones, abordamos ahora la confusión, en la que incurre la Sala, entre los presupuestos del daño antijurídico y del daño especial.

2.- No se distingue claramente entre daño antijurídico y daño especial, y no explica en qué consiste la ruptura de la igualdad de las cargas públicas para el caso en concreto.

8 En mi criterio la sentencia confunde la demostración del daño antijurídico con la prueba del daño especial como criterio de motivación dentro del juicio de imputación. Es preciso aclarar: el daño antijurídico es considerado como la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

9 De acuerdo con la Sala en la presente sentencia:

“(…) En el presente caso, el análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño.

todas luces tiene la característica de ser anormal y excepcional, es decir, un daño antijurídico que el demandante no tenía la obligación de soportar, en cuanto se le impuso una carga claramente de respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de la labor estratégica de mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza policial” (subrayado fuera de texto).

10 La confusión, en la que incurre la Sala, entre daño antijurídico y daño especial exige precisar:

10.1 El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio; o la “lesión de interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del daño no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima—. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional ha señalado “que esta concepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación está armonizada plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración.

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

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

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

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

“(…) la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido un daño especial.”

una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida social.

[...]

La especialidad es una condición inherente a la responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas: esta no puede en efecto considerarse como realizada sino cuando un ciudadano administrado puede prevalerse de un tratamiento especialmente desfavorable que le haya impuesto sacrificios particulares.

En tanto que el daño especial es una doctrina, fundamento o criterio de fundamentación de la imputación de la responsabilidad que fue introducida por la jurisprudencia del Consejo de Estado de 1947. En la sentencia de 17 de noviembre de 1967 la Sección Tercera sostuvo, que lo “de la responsabilidad especial resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado” tanto que en la sentencia de 28 de octubre de 1976 esta Corporación argumentó,

“Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior a lo que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad, que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado”.

(...)

Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general en la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivo de principios generales de derecho público interno, suficiente para configurar la responsabilidad. El Estado ha cumplido, pero la Nación, tributaria de aquél y destinataria de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido por los administrados y, por equidad, debe ocurrir a compensar el daño causado”.

Se estructura el daño especial como fundamento de atribución de la responsabilidad en,

“(…) la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, aplicación del principio más general de igualdad de personas ante la ley.

(...)

La solución de principio exige, para que un daño sea reparado, que presente dos caracteres distintos y acumulativos: el perjuicio debe ser anormal y especial.

(...)

La anormalidad del perjuicio indemnizable corresponde a la idea simple de que la vida social implica necesariamente inconvenientes y que si sólo estos inconvenientes traspasan cierto 'umbral', cierto nivel, dan derecho a la reparación

(...)

Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente, porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encuadramiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que

ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equi

Así mismo, se sostiene que se caracteriza porque la,

“(…) tendencia a responsabilizar los entes administrativos, en virtud del comúnmente denominado especial”, presenta, entre otras características las de prescindir de toda noción de culpa o de conduc ilícita del agente, de igual manera, se fundamenta primordialmente en la incidencia del daño que objetivamente ha soportado el particular de manera individual o personal, dado que sus congéneres lo menos, un grueso número de ellos ha padecido igual deterioro en sus bienes que integran el patri y, el proceder o conducta de la administración, como ha quedado vislumbrado, es a todas luces lícit hasta loable.

A las anteriores características, la jurisprudencia agrega,

“El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas pública—, se acentú manera especial con el art. 13 de nuestra nueva Constitución, cuando prescribe que todas las persor nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

(…)

A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

- a. Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;
- b. La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;
- c. El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento de la igualdad frente a la ley y a cargas públicas;
- d. El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados (sic);
- e. Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y
- f. El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración.

En la sentencia de 3 de mayo de 2007 se consideró,

“El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que por la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal. Lo dicho no debe entenderse como un reducto de arbitrariedad del juez, fruto exclusivo de su personal idea de justicia. Por el contrario, este tipo de razonamiento es el que se exige de todo y cada uno de los operadores jurídicos, quienes al momento de aplicar la ley deben permear su interpretación con los principios constitucionales vigentes dentro del sistema jurídico, sobre todo a partir de la entrada en rigor de la nueva Constitución, norma que incorpora los valores y principios como un elemento axial dentro de su estructura, algo que debe reflejarse en

concepción del derecho que tengan los operadores jurídicos que funcionan dentro del sistema. Esta precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que sentido al Estado Social de Derecho. Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata de la discrecionalidad que permite –e incluso, en algunos casos exige– el ordenamiento para evento que la vía excepcional es la que cumple con el valor de justicia material que se busca (subrayado fue texto).

En diferentes supuestos de hecho la Sala de Sección Tercera ha aplicado como fundamento de la responsabilidad el daño especial.

10.2.1 Daño especial como fundamento de imputación en caso de daños antijurídicos ocasionados como consecuencia de una obra pública.

“Se puso en evidencia que la obra del puente de la 53 con la carrera 30 produjo un daño de carácter excepcional a los dueños del inmueble aledaño a dicha obra... Daño o perjuicio que no surge de una actividad del servicio (la actividad de la entidad demandada fue legítima) sino el hecho de haberse impuesto a los demandantes una carga especial en beneficio de la comunidad. Carga que rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (forma del principio general de la igualdad ante la ley).

“De las pruebas aportadas al proceso se deduce que el inmueble ubicado... de Cartagena sufrió unos perjuicios por la construcción de un puente sobre el caño Zapatero. Estos perjuicios se pueden resumir en que la única forma de acceso es peatonal, presenta agrietamientos y frente a él quedaron ubicados los postes de energía que bloquean la entrada al mismo; circunstancias éstas que desvalorizaron el bien. No cabe duda que el caso que ocupa la atención de la Sala merece ser gobernado con fundamento en el régimen de responsabilidad especial, pues, la lesión se originó en una actividad lícita de la administración esto es la construcción de una obra pública, puente vehicular, realizada en beneficio de la comunidad, con la cual se causaron perjuicios a los demandantes.

10.2.2 Daño especial como fundamento de imputación en caso de daños antijurídicos ocasionados como consecuencia de enfrentamientos armados o ataques de grupos armados insurgentes.

“Frente a un caso juzgado por esta Sala, en donde las fuerzas del orden actuaron activamente para contrarrestar la acción bélica contra el mismo grupo subversivo M - 19, según hechos ocurridos en los días 1, 2, 3 y 4 de diciembre de 1985, resultaron muertos y heridos varios habitantes del barrio “Siloé... “Ciertamente ese operativo militar antiguerrillero cumplido en Cali los días 30 de noviembre de diciembre del año 1985 fue una acción legítima de las fuerzas armadas, porque ese reducto guerrillero implicaba peligro y amenaza permanente sobre la ciudad, sus habitantes y autoridades. Actuación que se cumplió en beneficio de toda la comunidad y en función de proteger sus intereses. Pero esa operación bélica puso a las familias domiciliadas en este sector en situación de que da respuestas aun (sic) riesgo de naturaleza excepcional, que excedió las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos con una carga contrapartida por la protección y amparo que les brindan los organismos del Estado.... Debe concluirse por consiguiente que se configuraron los supuestos de la responsabilidad sin falta del Estado y que los actores tienen derecho a indemnización, porque se rompió la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, la equidad que debe reinar para todos los ciudadanos ante los sacrificios que implican los administrados la existencia del Estado y las actuaciones legítimas de sus fuerzas armadas.

“(...) no cabe duda alguna que el grupo guerrillero M - 19 irrumpió injustamente en ataque bélico c

el cuartel de la policía de la población de Herrera Departamento del Tolima, el 1 de julio de 1985 d tempranas horas de la madrugada, efectuando desmanes de todo género en contra de la vida, la inte personal y bienes pertenecientes no solamente a la institución policía allí localizada, sino además c múltiples de los ciudadanos allí radicado.

(...)

No puede perderse de vista que de no hacerse responsable a la Nación Colombiana... aplicando el principio de responsabilidad por daño especial, ora siguiendo las enseñanzas de quienes abogan por responsabilidad originada en el desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas (o desigualdad de ciudadanos ante la Ley), o, por último, como lo entiende esta Sala, según la teoría de la “lesión” al patrimonio del administrado, se desconocería la noción de equidad.

“(...) frente a circunstancias que muestran que la administración, en ejercicio de una actividad legít como es la de hacerle frente a la subversión, causa daños a terceros inocente. Esta realidad exige qu indemnice a los perjudicados los daños causados. No hacerlo implicaría declarar a la víctima respo pues como los recuerda George Vede, “... el responsable es el que soporta la carga definitiva del da (Derecho Administrativo, Aguilar, pág.279). Por lo demás, la antijuridicidad del perjuicio se vivenc el caso en comento, pues en ningún precepto constitucional o legal consagra que en casos de enfrentamiento de la fuerza pública con las fuerzas de la subversión, las víctimas tengan que soport perjuicio causado.

“La Fuerza Pública para hacerle frente a una situación de perturbación del orden público, y con mir rescatar a los ciudadanos retenidos, causó un daño, el cual debe ser indemnizado, no obstante que e proceder de la administración fue lícito... Se encuentra, pues, el sentenciador frente a una acción n culposa, pero excepcional, que ocasionó a un particular, en el interés general de la comunidad un p moral... el fundamento de la responsabilidad nace del atentado a la igualdad de todos ante las carga públicas.

10.2.3 Daño especial como fundamento de imputación en caso de daños antijurídicos ocasionados c consecuencia la situación y actividades a las que se someten a los conscriptos.

“La interpretación racional de los hechos, enseña que en desarrollo de la instrucción militar a que e obligados los ciudadanos de defensa y para el mantenimiento de las instituciones patrias, precisame el riesgo extraordinario a que están sometidas las personas y vinculadas a ese servicio entre otros p manipulación de equipos y armas de suyo peligrosas, se produjo la muerte del conscripto... La posi de perder la vida de una manera tan absurda no estaba ni es contemplada en las provisiones normal servicio militar obligatorio, pues no obedeció a circunstancias propias de esa actividad como serían enfrentamientos o combates con la subversión o la delincuencia común.

10.2.4 Daño especial como fundamento de imputación en caso de daños antijurídicos ocasionados c consecuencia de actos administrativos legales y decisiones administrativas.

“Para la Sala es incuestionable que el perjuicio que eventualmente se le haya generado al demandat origen en una actividad lícita de la administración, cual fue la expedición del Plan de Ordenamiento Territorial por parte del Concejo Municipal de Pasto... lo que significa que el eventual daño tuvo c consecuencia directa una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores, que, pese a esa legitimidad, el demandante habría soportado una carga excepcional o un sacrificio r que rompió la igualdad frente a las cargas públicas.

“Sobre la responsabilidad de la administración pública por actos administrativos legales, recientem

Sala Subrayó que cuando la acción se interpone con ocasión del rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, como sucede cuando un inmueble es declarado patrimonio arquitectónico, comporta no poder disponer del mismo libremente, habida consideración que tiene la obligación de conservar su estructura en beneficio de la comunidad, la acción de reparación resulta procedente.

11 Los anteriores argumentos exigen, en mi criterio, que la Sala supere la persistente confusión que entre los presupuestos en los que se sustenta el daño antijurídico, y aquello del criterio de motivación e imputación del daño especial, so pena de crear una construcción ambigua que lleve a equívocos.

12 Es momento de abordar la cuestión relativa a la delimitación normativa de la falla en el servicio en el caso en concreto, con base en la ley 65 de 1993.

3) No se delimitó normativamente la falla en el servicio con base en la ley 65 de 1993.

13 La Sala en la providencia consideró:

“(…) En consecuencia, el devenir de los hechos sirve como fundamento de aplicación de la teoría del daño especial, en esta ocasión no por cuanto el ataque estuviera dirigido contra la Administración (sino en virtud de la responsabilidad asignada por la Constitución –que aún sin ser el propósito de la Institución, contaba con recursos insuficientes de armamento y dragoneantes efectivos-, de garantizar seguridad y salvaguardía de los ciudadanos y por la ley, cuando se trata de garantizar la seguridad de los privados de la libertad” (subrayado fuera de texto).

14 Sin duda alguna, la Sala lejos de encuadrar el caso concreto en el daño especial, debía haber realizado el juicio de imputación (con base en sus propios argumentos), estudiando si se produjo la falla en el servicio fundada en el incumplimiento de deberes normativos (imputación objetiva). Específicamente la Sala, en mi criterio, debió examinar cómo en la ley 65 de 1993 el parágrafo 1º del artículo 31 determina el deber positivo de vigilancia interna y externa del centro carcelario o penitenciario; el artículo 32 establece el deber positivo de la conducción de operaciones; el artículo 34 consagra el deber positivo de contar con mínimos medios materiales en todo centro carcelario o penitenciario, entre otros. Por lo tanto, no pudo la Sala analizar en abstracto la consideración del daño especial como criterio de motivación de la imputación para el caso en concreto, si se manifiesta en su argumentación una orientación más a la materialización de una falla en el servicio.

15 Luego de analizado lo anterior, la cuestión a seguir tiene que ver con la falta de motivación y justificación para la tasación y liquidación de los perjuicios morales en el caso en concreto.

4.- Falta de motivación y justificación en la tasación y liquidación de los perjuicios morales para el caso en concreto.

16 La Sala dedica cerca de treinta y seis (36) páginas a formular su discrepancia doctrinal con el criterio de la Sala respecto acerca de la necesidad de motivar y justificar la tasación y liquidación de los perjuicios morales con base en la metodología del “test de proporcionalidad”, sin que al abordar el caso en concreto cumpla con la jurisprudencia que de la Corte Constitucional que se cita, llegando a las siguientes conclusiones que son contrarias al debido proceso, a las exigencias que en la actualidad operan y, contradictorias con toda la crítica centrada en cuestionar la necesaria determinación de criterios objetivos:

“Así las cosas, como en el caso sub judice la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes (madre, esposa, hijos y hermanos) de acuerdo con las pruebas allegadas, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta su naturaleza y gravedad

Lo anterior con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración

De la misma manera, la prueba de la relación de consanguinidad y afectividad permiten inferir el es vínculo entre la víctima y sus deudos. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de alg los miembros de la familia afecta a los demás, en lo que atañe al perjuicio moral”.

17 Con mi reiterado respeto, debo reiterar la posición que en mi criterio se ajusta a los mandatos constitucionales, convencionales y legales para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, i sido objeto de pronunciamiento en múltiples sentencias de la Sub-sección C de la Sección Tercera. exigencia constitucional de motivación y de justificación, se entiende expresada en tres momentos: reconocimiento, la tasación y la liquidación de los perjuicios morales.

4.1.- Reconocimiento de los perjuicios morales.

18 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 201 señaló que e “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, si perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presuncior derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

19 Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas es por la muerte y las lesiones accidentalmente producidas, como que se desprende de los hechos ocurridos el 31 de julio de 1994 puede reducirse su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que ca comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos hun intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

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

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

21 Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia con espacio básico de toda socieda' (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para

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

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

4.2.- Motivación para la tasación de los perjuicios morales.

23 La Sección Cuarta del Consejo de Estado en su jurisprudencia consolida la obligación de motivar la tasación y liquidación de los perjuicios morales, al resolver dos acciones de tutelas presentadas con sentencias de la Sub-sección en la que se ponía en cuestión tanto la motivación, como la utilización del test de proporcionalidad. En la sentencia de 11 de octubre de 2011 (expediente 11001 03 15 000 201 01481 00, Pon. Martha Teresa Briceño de Valencia), se consideró:

“Con fundamento en lo anterior, considera la Sala que en el caso sub examine la labor interpretativa realizada por el juez de instancia se encuentra debidamente sustentada y razonada y, en consecuencia es susceptible de ser calificada como una vía de hecho como pretenden los actores, por cuanto la decisión de no acceder a condenar a favor de las abuelas demandantes 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 40 salarios mínimos a los tíos por concepto de perjuicios morales, se fundamentó en un criterio jurídico admisible a la luz de la interpretación de las normas aplicables al caso concreto” (subrayado de texto).

En cuanto al precedente judicial la sentencia de la Sección Cuarta clara y razonadamente argumenta:

“Recuerda la Sala, que el precedente judicial no puede aplicarse a todos los casos que, en apariencia tienen identidad de causa y objeto. En el caso concreto, los actores solicitan la aplicación del precedente judicial señalado en la sentencia de 6 de junio de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso con número de radicado 1998-00878. En dicha decisión, se condenó a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales una suma superior a la ordenada en la providencia objeto de la presente acción de tutela.

Sin embargo, se advierte que no es posible equiparar los efectos de la referida decisión al caso sub examine en la medida en que la referida sentencia es de fecha posterior a la providencia atacada mediante el objeto de la presente acción.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, no observa la Sala que en el presente caso la Sección Tercera –Subsección “C”- del Consejo de Estado, haya incurrido en vía de hecho por defecto sustancial (subrayado fuera de texto).

Y se agrega, además:

“Ahora bien, los actores argumentan el error procedimental en un presunto cambio de jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación sin haber agotado el procedimiento establecido para el efecto. No obstante, **se advierte en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 de la Sala Plena de esta Corporación, se sentaron los parámetros que debe tener en consideración el juez administrativo para la tasación y liquidación de los perjuicios morales. Providencia que en efecto se aplicó al caso sub examine acogiendo criterios objetivos de valoración probatoria, como lo es el test de proporcionalidad.**

En consecuencia, no es viable por vía de tutela controvertir la referida interpretación llevada a cabo por la Sección Tercera –Subsección “C” del Consejo de Estado, al no ser arbitraria e irrazonable y, por ende, no vulnerar los derechos fundamentales de los actores, por lo que debe negarse la presente acción de tutela (subrayado y negrilla fuera de texto).

24 En tanto que en la sentencia de 24 de enero de 2013 la Sección Cuarta (expediente 11001 03 15 2012 02116 00, Pon. Hugo Fernando Bastidas Bastidas) se argumentó clara y razonadamente respecto al precedente judicial en los siguientes términos que se citan in extenso:

“la Sala observa que, en la providencia objeto de tutela, la autoridad judicial demandada adoptó una metodología denominada “test de proporcionalidad” para la determinación del monto a reconocer a los actores por perjuicios morales.

Previo a adoptar dicha metodología, la autoridad judicial demandada hizo un recuento de la posición que manejaba el Consejo de Estado en materia de tasación de indemnizaciones por perjuicios morales y razonablemente, concluyó que debían introducirse nuevos elementos para calcularla. Así pues, concluyó que ya no era suficiente con acreditar el parentesco y que, por lo tanto, debían analizarse algunas circunstancias adicionales que darían una mejor idea del grado de afectación moral padecido por los demandantes. Esto es, la sentencia objeto de tutela, antes que modificar la regla jurisprudencial vigente para la tasación de la indemnización por perjuicios morales, precisó que era necesario que el juez administrativo tuviera en cuenta la situación particular de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión.

Independientemente de la discusión que ha suscitado el test de proporcionalidad para tasar perjuicios morales, lo cierto es que, a juicio de la Sala, la autoridad judicial demandada no desconoció el precedente del Consejo de Estado. Por el contrario, lo tuvo en cuenta y, como se vio, consideró que era necesario introducir nuevas variables para efectos de limitar la discrecionalidad del juez en la tasación de las indemnizaciones por perjuicios morales. **La razonabilidad y la proporcionalidad son límites admisibles para aplicar la discrecionalidad propia del arbitrio judicial. El arbitrio judicial no es sinónimo de un juez no sometido a reglas, un juez, digamos “libre” y, por ende, proclive a la arbitrariedad. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad sirven a la legitimidad del arbitrio judicial.**

Es menester señalar que la doctrina judicial no puede ser estática y que la labor del juez implica que introduzcan nuevos conceptos o ideas en el devenir judicial. Lo contrario, conllevaría la petrificación del derecho y la pérdida del dinamismo que este requiere como institución al servicio de una sociedad que vive en constante cambio.

Las mismas razones sirven para que la Sala desestime el cargo de deficiente motivación de la sentencia objeto de tutela, pues lo cierto es que **la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado expuso razonada y fundamentadamente los motivos que la llevaron a disminuir la indemnización por perjuicios morales reconocida a los demandantes.**

En este caso, la simple discrepancia de la parte actora con la sentencia cuestionada por vía de tutela

traduce en la vulneración de los derechos invocados, pues, se insiste, la autoridad judicial demanda introdujo elementos válidos para efectos de tasar la indemnización por perjuicios morales”.

25 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2011, sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso” (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

A lo que se agregó, en la misma sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la calificación de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

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

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

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

25.1 El planteamiento inicial de la Sección Tercera es que demostradas “las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante (...) que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte” (subrayado fuera de texto); 25.2 “puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora” (subrayado fuera de texto); 25.3 luego, bastaría “entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala conside-

demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes” (subrayado fuera de texto); 25.4 de acuerdo con la sentencia de 21 de julio de 1922, de la Corte Suprema de Justicia, el quantum indemnizatorio del perjuicio moral cabe “fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedan desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapa a la acción de las leyes (...) podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta dos mil pesos” (subrayado fuera de texto); 25.5 a vez, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la sentencia de 27 de septiembre de 1974 consideró “teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido en una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad” (subrayado fuera de texto), de tal manera que “cuando el perjuicio pudiera ser de grado inferior, por cualquier causa, como cuando es más lejano el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, debía fijarse una suma prudencialmente menor” (subrayado fuera de texto); 25.6 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta 2001 argumentó que “las sumas fijadas tienen el carácter de topes obligatorios para los falladores de las instancias, dado que a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil; constituyen, simplemente, una guía para los jueces inferiores, que deben ceñirse a su prudente juicio, al tasar los perjuicios morales” (subrayado fuera de texto); 25.7 de acuerdo con la Aclaración de Voto de Fernando Hinestrosa a la sentencia del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1982: “Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativo igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctima directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba; donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo” (subrayado fuera de texto); 25.8 mismo, “no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita, que debe ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño” (subrayado fuera de texto); 25.9 su “importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no es restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria” (subrayado fuera de texto); 25.10 “la indemnización establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia” (subrayado fuera de texto); 25.11 se “impone al juez, entonces en el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obran sobre la existencia del perjuicio y su intensidad” (subrayado fuera de texto); 25.12 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, y en el supuesto, el valor real de la indemnización” (subrayado fuera de texto); 25.13 la jurisdicción contencioso administrativa debe sujetarse a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998; y, 25.14 se “aunque, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustentación de pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral” (subrayado fuera de texto).

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

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

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

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

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

Ahora bien, en la sentencia T-464 de 9 de junio de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzg; Sexto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, la Corte Constitucional consideró: a) “ante tal valoración, no se haya justificado por qué el incremento de lo perjuicios causados se estimó en el máximo que ha definido la jurisprudenci. De hecho, la Sala ecl menos que a pesar de que explícitamente se consideró el daño ocasionado por la muerte de un ser q estimándolo como más intenso, no se haya justificado por qué la cuantificación de la frustración po obtener el título de abogado por tres años iguala tal situación”; b) sin “perjuicio del arbitrio citado, cuantificar el daño el Tribunal se encontraba obligado a atender los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y los criterios adscritos a los conceptos de “reparación integr “equidad” consignados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Como se advirtió, la amplitud de l disposición, no constituye carta abierta para que se definan cantidades dinerarias arbitrarias. Por el contrario, es absolutamente necesario atender las particularidades del caso y definir, por lo menos, l aspectos hacen equiparable el caso con la pérdida definitiva de un ser querido”; y, c) “la ausencia d argumentos que expliquen por qué a la acción de reparación directa invocada (...) le es aplicable el máximo del perjuicio moral, llevan a que la Sala considere tal determinación como arbitraria y, por vulneradora de los derechos a la igualdad y al debido proceso” (subrayado fuera de texto).

Finalmente, en la más reciente sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (acción de tutela del ICFES contra las sentencias del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca) la Corte Constitucional planteó la siguiente argumentación que debe obs el juez contencioso administrativa, desde la perspectiva de las garantías a la igualdad y al debido p a) de acuerdo con la jurisprudencia “sobre perjuicios morales del Consejo de Estado, para que haya la reparación (i) basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisi adicional. En segundo lugar se indica que (ii) corresponde al juez 'tasar discrecionalmente' la cuant reparación; b) a su vez, dicha jurisprudencia “da tres elementos de juicio para poder esclarecer qué implica el término “discrecionalmente” a saber: (1) la manera como el criterio fue aplicado al caso concreto; (2) los criterios que añade el Consejo de Estado y, finalmente (3) la cita al pie de página fundamenta la posición de la sentencia; c) los “criterios adicionales que se advierten en la sentenci Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son saber: (a) tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y (b) tener en cuenta “la gra objetiva de la lesión”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a consid por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos; d) ‘ Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalid arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995; e) la “jurisprud

del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser intensa, no puede ser cualquier tipo de contrato. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales". Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerado"; f) "cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no ex ante y de forma general"; y, g) "no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales. Como lo ha reconocido es la Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: equidad, razonabilidad y reparación integral. Estos principios, en especial equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias".

29 Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la Sala no puede llamarse a lecturas parciales, acomodadas y dirigidas a justificar forzosamente el arbitrio iudicium (arbitrio iudicis), sino a ejercer con plena objetividad la labor de análisis que demanda el respeto por las garantías constitucionales que merecen respeto según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En este sentido, considero después de un estudio y análisis objetivo e imparcial de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de septiembre de 2009 (expediente 20001-3103-2005-00406-01, caso de muerte por electrocución), que en sede de la jurisdicción civil ordinaria, la tasación y liquidación de los perjuicios morales atiende a los siguientes criterios: a) la "cuestión es la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es insensible e incommensurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retrocedible 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 status quo ante" (subrayado fuera de texto); b) de acuerdo con la dilatada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de 10 de marzo de 1994; de 5 de mayo de 1999 –expediente 4978- de noviembre de 1999 –expediente 3382-; de 13 de diciembre de 2002 –expediente 7692-; y, de 15 de octubre de 2004 –expediente 6199-), "es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis", "tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, al extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlo 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 un carácter individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada".

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

30 En tanto que estudiada objetivamente e imparcialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considero relevante destacar los siguientes criterios para la tasación y liquidación de los perjuicios morales: a) “a Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, e impotencia; b) en “Mack Chang v. Guatemala, por ejemplo, la Corte ponderó las graves circunstancias del caso, así como el agudo sufrimiento de la víctima y sus familiares; c) en el caso *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, la Corte consideró que “es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el desconocimiento de lo sucedido a un hijo o hermano, más cuando se ve agravado por la impotencia ante la falta de las autoridades estatales de emprender una investigación diligente sobre lo sucedido; finalmente, en los casos *Velásquez Rodríguez contra Honduras* y *Aleboetoe contra Suriname*, la Corte se apoyó en pruebas psicológicas para poder liquidar el perjuicio moral.

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

“(…) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe expresamente justificarse mediante argumento.

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

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

La satisfacción de esas exigencias es condición de que la decisión judicial merezca el calificativo racional conforme a los parámetros mínimos de la teoría de la argumentación. Con ello se comprue la racionalidad argumentativa de una sentencia no depende del contenido del fallo, sino de la adecu justificación de sus premisas.

31 La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a duda: motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como f respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sinc expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Po y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. En la doctrina más reciente se afirma c “garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la proh de la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de jurisdicción, ofrece a esto cambio la acción, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia de Derech, y ofrece la acción a través del proceso, del processus iudicii, siendo, precisamente ese juici núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNEL en su célebre trabajo <Torniamo al guidizio, sino también a la propia garantía de motivación judici porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero coram proprio iudic luego, coram partibus, cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, ha visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propio Estado se ha impuesto a su soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho.

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

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

34 Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficien que es completa. Como en un ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe h en esta ocasión, ya que este autor entiende “que el concepto de motivación suficiente se refiere al c

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

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

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

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

36 De acuerdo con Taruffo la “motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuada fundamentación plena al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla, lo que implica que el “principio de completitud de la motivación garantiza que la cognición judicial se ha desarrollado

atendiendo a la ineludible exigencia de juzgar conforme a lo alegado por las partes, que delimitan el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo *iudex debet iudicare secundum allegata et probata*. Por eso, bien puede compartirse que la exigencia de completitud de la motivación sea regla general modulándose su validez en cada caso concreto a tenor de la vieja máxima *exceptio firmat regulam in contrario in casibus non exceptis*.

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

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

39 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 de compensación. En ese sentido, se señala:

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

40 Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles). Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar la justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniforme, sino que debe considerarse las circunstancias de cada caso concreto, las singularidades de los sujetos, de los grupos familiares y la aplicación de los anteriores criterios. Sin embargo, una vez definidos los criterios o referentes objetivos (como lo señala la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 23492), cabe determinar el “quantum” indemnizatorio, para lo que cada juez en el ejercicio de su razonado arbitrio puede emplear el método, o metodología, que permita una ponderada dosificación, siendo para este caso procedente la aplicación de la metodología del “test de proporcionalidad”, como expresión de la debida continuidad en las sentencias de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 y de 23 de agosto de 2006.

4.3.- Liquidación de los perjuicios morales empleando el test de proporcionalidad como expresión de *arbitrium iudicis*.

41 La más reciente sentencia de la Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 2349 limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en ejercicio de su “arbitrium iudicis” determinara el “quantum” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología la del “test de proporcionalidad”, ya que, se reitera la argumentación de la mencionada providencia Sala Plena, se “ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valor no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada pena, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez (negrita y subrayado fuera de texto).

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

43 De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa, ni en tabla de punto al ser aplicable sólo en concreto) 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 suficiente la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficiente para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la 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 circunstancias, 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, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad en sede de la liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, teniendo en cuenta los mínimos criterios objetivos empleados para la tasación y liquidación— “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces), de tal manera que al indemnizar los perjuicios morales como materialización del derecho a la reparación integral, ésta no sea absolutamente ponderadamente se corresponda con la afectación en la esfera moral, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la verificación de los criterios objetivos, permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez en el momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de una visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral (porque así como la “intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción, también cabe afirmarlo del perjuicio moral indemnizable que no puede ser desproporcionado en relación con la afectación que se produce en cada caso y atendiendo a los criterios objetivos) que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico.

y su imputación.

44 La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología para liquidar los perjuicios morales en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y para 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 dichos cambios esenciales.

Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza—. De ahí, pues, que las “cláusulas abiertas” de 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 métodos 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.

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

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

47 En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad desde la perspectiva del juicio de igualdad, y de la necesidad de ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolución 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), al respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones a través del medio de la lógica de la subsunción, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación de valores o derechos reconocidos y la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, (

es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

48 Luego, ante la potencial desproporción que pueda representarse en la liquidación de los perjuicios morales, atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando un ejercicio exagerado de la mera liberalidad del juez, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia, procede, dentro del arbitrio judicial y en los términos de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente motivación y ponderación. En cuanto a esto, en la jurisprudencia constitucional se sostiene que “el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos 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 la medida grave de manera manifiestamente desproporcionada uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala que frente “a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas, el perjuicio estético causado o el daño a la reputación. 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 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 2000 y 4000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro .

49 Ahora bien, en cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, la Sala explica que este comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso. En cuanto al segundo es la necesidad, la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares que padecen un sufrimiento o aflicción. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición

exceso y prohibición de defect. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de acuerdo a) con las circunstancias de cada caso (cuando de se trata de muerte violenta, debida a la actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de lesiones: de acto violento, debida a actividad médica, accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de tortura; cuando se trata de desplazamiento forzado: donde cabe tener en cuenta la pertenencia a una comunidad étnica, campesina o de especial protección; cuando se trata de acto sexual; cuando se trata de la privación de la libertad; cuando afecta el honor y la honra; cuando afecta bienes -muebles o inmuebles- fruto de actos violentos, etc.); b) con la consideración según la cual la medida de la compensación debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental, apego, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales) y los que se citan en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de agosto de 2012, amor y solidaridad; c) finalmente, con la exigencia según la cual quien afirma la existencia del perjuicio moral tiene una mínima carga para su cuantificación, ya que de sólo de conformidad con la presunción de aflicción como criterio, la determinación de su “quantum” obedecerá a los mínimos que se reconocen en atención a las circunstancias de cada caso y a los mencionados criterios mínimos objetivos que generalmente sean aplicables, teniendo en cuenta, además, como criterios adicionales para ponderar la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se produce por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada), o la limitación al ejercicio del derecho de la libertad, al honor, o cuando se trata de la pérdida de muebles o inmuebles.

Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurren 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 de la necesaria ponderación; y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos de vida e integridad personal.

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

51 Luego, teniendo en cuenta la argumentación anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral se sujetará no sólo a ésta, sino a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc.), a la “presunción de aflicción” (que no es un “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) el grado de afectación y la

estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) ponderar la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario, cuando se produzca dicha vulneración. Excepcionalmente, y como en el presente caso procede liquidar acumulativamente los perjuicios que respecto a un mismo grupo familiar se padecen por la muerte y lesiones de uno de sus componentes, o por las lesiones de uno o varios de sus componentes, como forma de comprender en debida forma la liquidación cuando se trata de los padecimientos por varios miembros del grupo familiar.

52 Además de encontrar configurada la presunción de aflicción de los demandantes a partir de los respectivos registros civiles de nacimiento, con los que se prueba el parentesco, la Sala para el caso concreto, dentro del acápite de los hechos probados, debía establecer (prueba testimonial, técnica, documental) para la tasación y liquidación de los perjuicios morales causados a las víctimas, con ocasión de las “lesiones físicas y psicológicas que sufrió” Álvaro Fernando Sanjuán Quintero el 26 de febrero de 1999 “cuando cumplía sus funciones como Profesional Universitario en la oficina de asesoría jurídica de la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca”, así como sus familiares (Miguel Joaquín Sanjuán Escalante, María Nelly Quintero de Sanjuán y Carmen Lucinda Uribe Alarcón: la cercanía, afecto mutuo, la falta de tranquilidad, desespero, desasosiego por las lesiones que padeció la víctima, que existía cierto grado de intensidad.

53 Con base en la anterior motivación, se liquidará por perjuicios morales de la siguiente manera:

Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar	Criterios y cuantificación
Se trata de las lesiones físicas y psicológicas sufridas por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero el 26 de febrero de 1999 por Álvaro Fernando Sanjuán Quintero en la Cárcel del Circuito Judicial de Arauca.	a) circunstancias de cada caso; b) “presunción de aflicción” (que no es de “iure”); c) que las relaciones tanto con su familia filia, como con el hogar eran de cercanía, afecto mutuo, especialmente con su compañera permanente y hijas, con las que tenía un vínculo incontestable y expresado en los testimonios. Los hechos produjeron falta de tranquilidad, desespero y desasosiego por la pérdida de uno de sus familiares y las lesiones de otros tres. Que la relación de afecto que existía con sus padres para ayudarles económicamente existía cierto grado de intensidad, quienes sufrieron la intranquilidad y desasosiego y quedaron destrozados por la pérdida de Silvia Victoria, las lesiones a Octavio Luz Helena y Tatiana, y de la falta de apoyo sentimental y económico.
Núcleo familiar inmediato (esposo –a-, compañero –a-, hijos, padres)	50 -100 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos dos de los criterios (o se trata de circunstancias que se producen violaciones a derechos humanos al derecho internacional humanitario)
Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos)	10 - 50 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos al derecho internacional humanitario)

	se produce violaciones a derechos humanos (derecho internacional humanitario)
Otros familiares colaterales (primos, sobrinos) y otros familiares (cuñados, suegros)	1 - 5 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos (derecho internacional humanitario))

54 En mi criterio, pues, es insuficiente y no obra la motivación y justificación debida para llegar a la conclusión de condenar a las entidades demandadas por concepto de perjuicios morales en la cuantía fijada en el numeral segundo de la parte resolutive.

55 Por otra parte, también encuentro que no se motivó y justificó debidamente la tasación y liquidación del daño a la salud reconocido.

5.- Falta de motivación en la tasación y liquidación del daño a la salud.

56 En la demanda se presentó pretensión indemnizatoria por concepto de perjuicio fisiológico, el cual cabe encuadrar, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, dentro del daño a la salud.

57 El daño a la salud, concretado en el perjuicio fisiológico reclamado a favor de los lesionados, de ser reconocido por la Sala en el caso concreto, siempre que se encontrara demostrado el daño corporal o déficit funcional padecido derivado de las lesiones que sufrieron como consecuencia de los hechos ocurridos el 31 de julio de 1994. Sin embargo esto no se corroboró, constató, ni se valoró adecuadamente por la Sala, ya luego de citar la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, en la sentencia se procede a liquidarlo sin determinar probatoriamente el reconocimiento y tasación del perjuicio fisiológico reclamado, y encuadrado como daño a la salud.

58 Por lo anterior, y en mi criterio, al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, que su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

59 En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente, aunque con alcance colectivo, como el de la “salud” (Artículo 10 C.P.), y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la “correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla”. En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento legal que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

60 Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud “en sí mismo”.

61 Dicho lo anterior, no cabe menos que reiterar que el daño a la salud como “daño integrador y único” encuentra representado por la lesión en la función vital y relacional del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva”);

y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

62 De acuerdo con lo anterior y apoyados en la doctrina, se entiende al daño a la salud como “cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos .

63 Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, que desde comienzos de los años noventa en el derecho comparado, especialmente, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano se dijo que “el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad también y sobre todo como derecho fundamental del individuo... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo... la consideración de la salud como un bien y un valor persona, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades, las situaciones y las relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida .

64 Debe reconocerse que dentro del concepto de daño a la salud múltiples rubros indemnizatorios pueden encontrarse, lo que no puede considerarse como la afirmación de una potencial condena que permita una condena autónoma e independiente fundada en cada uno de tales rubros, sino que esta deberá reconstruirse y liquidarse de tal manera que tenga como límite la consideración como único el daño a la salud como condena la que se desprenda de lo que probatoriamente se acredite, sin perjuicio de singularizar cada uno de los sub-perjuicios en los que puede hacerse consistir.

65 Ahora bien, para la tasación y reconocimiento del daño a la salud, la Sala en proveído reciente, puntualizó que “sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma: “1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme. “2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a caballo frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condena al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se reitera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud. “Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite en la realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima. “No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave. “En síntesis, la reparación del daño a la salud exige la concreción de un sistema que respete los principios constitucionales de igualdad y de dignidad humana, sin que sea necesario trasladar a la víctima la consideración o la acreditación de que considere el derecho a la salud como un valor en sí mismo, puesto que esta posibilidad riñe con los principios del derecho de daños, ya que

los propios demandantes quienes tendrían la opción de incrementar –sin justificación alguna o dependiendo la visión capitalista del mundo– el quantum de la indemnización.

66 En ese orden, la Sala debía haber considerado que una tasación adecuada de los perjuicios fisiológicos reclamados a favor de los lesionados debía tener en cuenta los siguientes criterios: a) el alcance del daño corporal; b) su desdoblamiento en el déficit corporal que a partir de las lesiones sufridas condiciona la vida; c) la edad en la que se produjo. Porque el simple hecho de establecer la tasación y la liquidación con base sólo en el criterio estático, esto es la incapacidad, sin valorar el criterio dinámico del perjuicio, lleva a aplicar una regla de tres que no tiene motivación o justificación suficiente, lo que puede representar un exceso en el ejercicio del arbitrio judicial y una potencial afectación a los derechos de cualquiera de los extremos de la litis.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

 logo