

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

**Criterios empleados por las altas cortes durante los últimos cuatro años, para la
cuantificación económica del perjuicio moral en Colombia**



Elaborado por:

Verónica Álvarez Duque

Ana María Arroyave Londoño

Luis Fernando Herrera Cadavid

Medellín, Colombia

2013

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

**Criterios empleados por las altas cortes durante los últimos cuatro años, para la
cuantificación económica del perjuicio moral en Colombia**



Elaborado por:

Verónica Álvarez Duque

Ana María Arroyave Londoño

Luis Fernando Herrera Cadavid

Asesor

Doctor Alejandro Gaviria Cardona

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar por el título de Abogado

Medellín, Colombia

2013

Nota de Aceptación

Jurado # 1

Jurado # 2

Medellín 6 de Noviembre de 2013

Contenido

Situación Problemática.....	7
Objetivo General.....	11
Objetivos Específicos	11
Justificación	12
Metodología.....	14
Marco Epistemológico.....	14
Diseño Metodológico	156
Diseño Muestral.....	17
Unidad de análisis.....	17
Población- Universo	17
Selección de la muestra	17
Hipótesis	19
Marco Teórico o Desarrollo	20
Definición de Daño y Algunos Aspectos Importantes	20
Características del Daño	200
Debe ser cierto	200
El perjuicio debe ser personal.....	21
El beneficio afectado por el daño debe ser lícito.....	211
Clasificación de los Daños y Perjuicios	222
Patrimoniales y extrapatrimoniales	222

Otras clasificaciones	222
Daños materiales e inmateriales	233
Conceptos del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.....	244
Consejo de Estado	288
El test de proporcionalidad y los criterios utilizados para tasar los perjuicios morales.....	288
La motivación de la decisión judicial respecto al resarcimiento de los perjuicios morales	378
El arbitrio judicial en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	40
Corte Suprema de Justicia	444
Metodologías Utilizadas por las Altas Cortes para la Liquidación de los Perjuicios Morales	50
Criterios Determinantes al Momento de Tasar y Liquidar los Perjuicios Morales en Colombia	511
Posición de la Corte Constitucional frente a la metodología y criterios empleados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado al momento de resarcir el daño moral en Colombia	533
Valoración probatoria.....	533
Precedente Judicial	577
Arbitrio Iudicis como metodología adoptada por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia y reconocida por la Corte Constitucional	599

Criterios tenidos en cuenta por la Corte Constitucional para fijar su posición sobre cómo se debe realizar la tasación y liquidación de los perjuicios morales en Colombia.	62
Conclusiones.....	699
Referencias	73

Situación Problemática

El resarcimiento del daño moral es un tema que ha adquirido gran relevancia en el medio jurídico, debido a los reiterados pronunciamientos que han realizado las Altas Cortes respecto a la forma en que el mismo debe ser resarcido, y los criterios en que el juez debe basarse, para entrar a determinar la cuantía correspondiente, según las circunstancias propias del caso concreto, la posición de la víctima y los elementos de convicción existentes. (Sentencia C- 430 de 2000, T-1029 de 2010, T-464 de 2011, T-351 de 2011, T-736 de 2012, T.212 de 2012, T-001 de 2013, Sentencia 23308 de febrero de 2012, Sentencia 22455 de Enero de 2013, Consejo de Estado Sentenciade 6 de septiembre de 2001, Exp.: 13232.)

El daño moral se enmarca en la esfera sentimental y afectiva de la persona, corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, lo que se deduce en el dolor, la pesadumbre, la perturbación del ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, la aflicción, el sufrimiento, la pena, la angustia, la desolación, la impotencia y demás signos expresivos que conllevan al menoscabo de los sentimientos, y, por lo tanto, al sufrimiento moral de quien se ve perjudicado por determinado evento; es por ello que como medida de satisfacción, el ordenamiento jurídico permite el reconocimiento de una determinada cantidad de dinero, a través de diversos criterios subjetivos del juez, encaminado, más que a obtener una reparación económica exacta, a mitigar o atenuar, en la medida de lo posible, las secuelas y padecimientos que afectan a la víctima, a través de la compensación económica. (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia del 28 de Febrero, 1990, pág. 79)

La primera vez que fue resarcido el daño moral en Colombia fue en el año 1922, cuando la Corte Suprema de Justicia, a través del famoso caso Villaveces, ordenó el resarcimiento del daño moral sufrido por el actor, quien demandó al Municipio de Bogotá para que le fueran reconocidos los perjuicios materiales y morales causados por la destrucción del mausoleo en el que se encontraba enterrada su esposa. (Posada, 2012, págs. 6-7)

Así, con el tiempo, se han venido reconociendo más daños morales, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad reconocidas en el caso Villaveces, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de las personas, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos o amigos que demuestren la intensidad de la afectación, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Exp. 23153, 1999, págs. 95-96)

Antes de entrar a definir el concepto del daño moral, es pertinente hacer una diferenciación entre el concepto de daño y perjuicio; por daño se entiende el mal producido a una persona o bien, y como perjuicio las consecuencias o padecimientos, sufrimientos y temores que genera el daño en la víctima, perjuicio que al ser moral se refleja en lo más íntimo y personal de cada individuo. Estos dos conceptos suelen confundirse y utilizarse uno como sinónimo del otro, por lo tanto, se podría decir que la expresión "daños y perjuicios" encierra todas las consecuencias adversas que sufre una persona en sí misma, sea física, moral, o en su patrimonio, a raíz de la acción u omisión de alguien. (Diccionario Jurídico Espasa, 1999, pág. 277)

Con base en lo anterior, entrando a una definición del concepto del daño moral, y teniendo en cuenta que, daño es aquel mal o perjuicio producido a una persona o bien, y moral, es la suma de los elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano, al agrupar los dos términos, se entiende que el “daño moral” es un padecimiento que gravita la órbita interna de un individuo a causa de una afectación física, sentimental o patrimonial, por la acción u omisión de otra persona, cuestión esta que constituye un aspecto complejo en cuanto a su cuantificación, debido a que en esa labor se pueden presentar situaciones de contrariedad, porque en un caso determinado puede establecerse una cuantía y en uno similar ésta puede ser igual, mayor o menor a la anterior, dependiendo de unas circunstancias concretas, referidas al dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a las relaciones propias del núcleo familiar, cuestiones éstas que comprenden la convivencia, la cercanía sentimental y el apego, y permiten ponderar la intensidad del daño, la aflicción por la vulneración propiamente dicha de los derechos comprometidos.

Por lo anterior, resulta indispensable en la presente investigación preguntarnos:

¿Cuáles son las metodologías y los criterios más significativos empleados por las Altas Cortes, al momento de motivar una decisión respecto al resarcimiento de un daño moral, con el fin de establecer la compensación por el daño sufrido?

El presente trabajo investigativo pretende entrar a resolver este interrogante, haciendo un breve recorrido jurisprudencial que permita establecer e identificar las diferentes variables que pueden darse al momento de determinar el monto para resarcir un daño moral, según sea el caso, y las herramientas utilizadas por el juez para ello, observando dentro de esta órbita, si el mismo debe estar circunscrito a un tope o a un test de proporcionalidad determinado, o si, por el contrario, se puede establecer el monto de la reparación, utilizando solo el arbitrio judicial.

Objetivo General

- Identificar las metodologías y los criterios empleados por las Altas Cortes durante los últimos cuatro años al momento de motivar una decisión respecto al resarcimiento del daño moral.

Objetivos Específicos

- Recopilar jurisprudencia de las Altas Cortes, respecto al resarcimiento del daño moral en Colombia.
- Identificar las metodologías empleadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado para establecer la tasación de los perjuicios morales.
- Determinar los criterios o referentes empleados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado para establecer la tasación de los perjuicios morales.
- Establecer cuál es la posición de la Corte Constitucional en cuanto a la metodología y criterios que deben tener en cuenta la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado al momento de resarcir el daño moral en Colombia.

Justificación

El resarcimiento del daño moral en Colombia es un tema que ha generado controversia en las facultades de Derecho, en el litigio y en la sociedad como tal, debido a la forma en que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han fallado en los diferentes casos que se han presentado. (Consejo de Estado Sentencias: T.212 de 2012, Exp. 22455 de Enero de 2013, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exp.: 13232. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de septiembre de 2009 (expediente 20001-3103-005-2005-00406-01).)

Es por esto que resulta oportuno profundizar sobre dicho tema, trayendo a colación algunas sentencias que sirven como base para determinar las metodologías y los criterios tenidos en cuenta por los jueces o magistrados, al momento de cuantificar las compensaciones económicas que han sido reconocidas a las víctimas por concepto de daño moral.

El hecho de identificar a través de la Jurisprudencia de las Altas Cortes, los criterios que han empleado los jueces durante los últimos cuatro (4) años, al momento de motivar la decisión respecto a la liquidación y tasación del daño moral, y establecer si resulta ajustado a derecho en dichos casos, como metodología, la aplicación de un test de proporcionalidad o el prudente arbitrio judicial, es un tema de gran importancia para la sociedad (víctimas directas e indirectas) , ya que en muchas ocasiones en los litigios, las partes que intervienen en el proceso, es decir, los beneficiarios y obligados pueden quedar con un sin sabor de injusticia si por desconocimiento, creen que todas las decisiones en los casos de daño moral, están sometidas a la voluntad y arbitrariedad del juez sin que obedezcan a un criterio o criterios que deban tener en cuenta para fallar en justicia. Por lo tanto, quien tenga acceso

a la presente investigación podrá aclarar sus inquietudes, si las tienen, y conocer que metodologías y criterios emplean los jueces en la actualidad para resarcir el daño moral en Colombia.

La presente investigación podrá convertirse en una fuente de consulta permanente tanto para los estudiantes de las diversas facultades de Derecho, como para los abogados graduados y la sociedad en general, ya que saber cómo se repara el daño moral en Colombia actualmente, quiénes están legitimados para reclamar su indemnización, si hay topes establecidos en la ley para ello, si dichos topes son de obligatorio cumplimiento, si resulta viable o no utilizar un test de proporcionalidad para estimarlo, si existen circunstancias o criterios tenidos en cuenta por el juez al momento de determinar la cuantía de la compensación, qué importancia tiene la prueba en estos casos y qué hechos o situaciones pueden presumirse, son aspectos que se tocarán en la investigación y que deben ser del conocimiento de la población anteriormente mencionada, para dirigir y soportar debidamente una demanda de este tipo.

Metodología

Marco Epistemológico.

La epistemología, como teoría del conocimiento, resulta necesaria e imprescindible en la realización del presente trabajo, porque se sustenta a su vez en la base filosófica necesaria para la defensa del paradigma que se propone, teniendo en cuenta que los paradigmas son conjuntos de conocimientos y creencias que forman una teoría y está constituido por supuestos teóricos, leyes y técnicas de aplicación que debemos adoptar. Por tanto, cada nuevo paradigma aporta respuestas a los enigmas que no podían resolverse con el paradigma anterior, además de otorgarle el sustento académico a todo el trabajo. La epistemología, según la definición de F. S. Kerlinger, se entiende como “el estudio sistemático, controlado, empírico y crítico de proposiciones hipotéticas acerca de presuntas relaciones entre varios fenómenos”, (Kerlinger, 1986, pág. 54), en otras palabras, método científico es un procedimiento que aplicamos en las ciencias.

Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que no existe una ciencia global y que hay tantas ciencias como intereses existen, en este proyecto hemos optado por emplear la teoría de ciencia planteada por Jürger Habermas, quien propone lo siguiente:

(...) un modelo que permite analizar la sociedad como dos formas de racionalidad que están en juego simultáneamente: la racionalidad sustantiva del mundo de la vida y la racionalidad formal del sistema, pero donde el mundo de la vida representa una perspectiva interna como el punto de vista de los sujetos que actúan sobre la sociedad, mientras que el Sistema representa la perspectiva externa, como la estructura sistémica (la racionalidad técnica, burocratizada-weberiana, de las instituciones).

Habermas estudia a la sociedad como un conglomerado de sistemas complejos, estructurados, donde el actor desaparece transformado en procesos (sistema-racional-burocrático), y por otro lado, también incluye el análisis sociológico que da primacía al actor, como creador inteligente, pero a la vez sumergido en la subjetividad de los significados del mundo vital y llega a la conclusión de que la racionalidad científica no es ni siquiera la más importante de los tipos de racionalidad existentes, para él, la más importante es la racionalidad comunicativa o dialógica.

El Conocimiento e Interés Habermas propone que existen 3 modos de investigación distintos o formas de interés cognitivo que a su vez proporcionan tres formas diferentes de acción: el interés técnico, el interés práctico y el interés emancipativo. Cada una de estas formas de interés cognitivo realizados en acciones da lugar a tres dimensiones de la existencia social humana: el trabajo, la interacción humana y el poder, respectivamente. El interés técnico del trabajo será estudiado por las ciencias analítico-empíricas, el interés práctico de la interacción humana es conocido por las disciplinas hermenéutico-históricas y el interés emancipativo del poder sería conocido por las ciencias críticamente orientadas (tanto empíricas como interpretativas). (Kemmis Stephens & Carr Wilfred, 1988, pág. 149)

Diseño Metodológico

Esta investigación estará dirigida por el Interés Técnico, que tiene como principales matrices que su saber es instrumental, el medio que utiliza es el trabajo y la ciencia o

disciplina que lo caracteriza es la analítico empírica. La investigación se dirigirá por este interés, debido a que el saber instrumental se pondrá en práctica por medio de herramientas de consulta (explicación causal) y principalmente porque la investigación será estudiada por las ciencias analítico-empíricas, ocupándonos de los hechos que realmente acontecen, por ser los fallos que han emitido las altas cortes respecto al resarcimiento del daño moral, los cuales son la principal fuente de información que manejaremos en el trabajo; nos valdremos de la verificación empírica o real, es decir, no pondremos a prueba las hipótesis mediante el mero sentido común o el dogmatismo filosófico o religioso, sino mediante una cuidadosa contrastación por medio de la percepción y el análisis que hagamos de la teoría y las sentencias que tocan el tema; el proyecto está abierto a la incorporación de nuevos conocimientos y procedimientos con el fin de asegurar un mejor acercamiento a la verdad siendo autocorrectivos y progresivos, superando gradualmente los errores, y se pondrá especial cuidado en la muestra de sentencias que tomaremos, debido a que si se toma mal la muestra, los resultados serían inservibles.

En el presente trabajo de investigación, realizaremos un análisis descriptivo y documental de los fallos emitidos por las Altas Cortes colombianas, a saber, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, y la forma en que se ha pronunciado la Corte Constitucional frente a los criterios y metodologías empleados por éstas al momento de motivar la decisión respecto al resarcimiento del daño moral, con el fin de establecer la reparación por el daño sufrido y analizar si la aplicación del test de proporcionalidad como metodología para determinar la tasación y liquidación de los perjuicios morales, resulta conveniente para objetivar el *quantum* indemnizatorio del perjuicio probado o si por el contrario es el arbitrio judicial la metodología a utilizar. Para tal efecto, realizaremos un

muestreo aleatorio de algunos fallos emitidos por las altas cortes, en los últimos cuatro años y utilizaremos además conceptos de la doctrina para dicho fin.

Diseño Muestral

Unidad de análisis.

Se tomarán como unidad de análisis los fallos más representativos emitidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado durante los últimos cuatro (4) años, con el fin de determinar, tal y como se indicó en el objetivo general y los objetivos específicos, cuáles son las metodologías y los criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado al momento de reconocer y motivar la tasación por el perjuicio moral y cuál es la posición asumida por la Corte Constitucional respecto a las metodologías y criterios utilizados por las mismas; lo anterior con la finalidad de establecer e identificar las diferentes variables que pueden darse al momento de determinar el monto para resarcir dicho perjuicio, según sea el caso, observando dentro de esta órbita, si el Juez debe estar circunscrito a un tope o a un test de proporcionalidad determinado, o si, por el contrario, puede establecer el monto de la reparación, utilizando solo el arbitrio judicial.

Población- Universo.

Luego de una revisión general, se lograron recopilar alrededor de 80 fallos con relación al daño moral, de los cuales se partirá para realizar todo tipo de clasificaciones y posteriormente proceder a seleccionar la muestra de trabajo.

Selección de la muestra.

Para el estudio se seleccionará como muestra aleatoria 20 fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado durante los últimos cuatro (4) años, haciendo breves referencias a algunas sentencias hito que se han encontrado, y a algunos de

los pronunciamientos de la Corte Constitucional, respecto de los criterios y las metodologías utilizadas por las Corporaciones antes mencionadas.

Hipótesis

Actualmente en Colombia, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, utilizan el *Arbitrio Iudicis* como metodología para tasar y liquidar el *quantum* indemnizatorio por daños morales, también llamado discrecionalidad judicial.

Marco Teórico o Desarrollo

Definición de Daño y Algunos Aspectos Importantes

Por daño se entiende “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”. (Jaramillo, 2000, pág. 326)

Es importante aclarar que toda disminución o menoscabo de un bien patrimonial o extrapatrimonial de la víctima genera un daño al titular del bien lesionado, pero este daño hay que diferenciarlo del perjuicio, daño es aquella lesión a un bien y el perjuicio es el menoscabo patrimonial o extrapatrimonial que de la lesión se deriva.

Para que exista un daño en el sentido jurídico civil, se requiere que tal situación esté protegida por el ordenamiento jurídico, es decir, un bien jurídico tutelado y este será indemnizable cuando se lesionan las facultades jurídicas para exigir o recibir el beneficio que ha sido suprimido. (Jaramillo, 2000, pág. 326)

De esta manera se puede entonces deducir, que solo habrá lugar a una responsabilidad civil en la medida en que el daño causado se haya ocasionado de forma lícita o ilícita y por persona diferente a la víctima.

Características del Daño

Debe ser cierto

Para que el daño tenga la característica de indemnizable este debe ser cierto, si no es clara esa certeza no habrá lugar a condenar al autor de la acción dañina.

Es importante aclarar que el daño no requiere ser actual, mientras que el hecho que lo genera si debe haberse producido, es decir, el hecho generador no podrá ser futuro o

eventual y deberá haber certeza del nexo de causalidad entre el hecho dañino y el propio daño.

El perjuicio debe ser personal

La doctrina y la jurisprudencia hablan de que el perjuicio debe ser personal para que haya lugar a su indemnización, esto quiere decir que solo la víctima del daño, o sus herederos, tienen derecho a demandar su reparación. Sin embargo, el derecho colombiano no puede sentar un principio tan categóricamente, pues nuestra legislación expresamente establece las denominadas acciones por daño contingente. Por lo tanto, el derecho nacional, al apreciar la legitimación para reclamar por perjuicios, debe distinguir entre legitimación para demandar en caso de amenaza de daño o daño contingente y la legitimación para demandar la reparación del daño cierto. (Jaramillo, 2000)

El beneficio afectado por el daño debe ser lícito

Para que el daño sea reparable requiere que el causante del daño no tuviera el derecho a producirlo, ya que la víctima tenía el derecho a disfrutar del beneficio alterado, en la actualidad hay doctrinantes que exigen para que el daño sea indemnizable, comporte “un atentado a un derecho adquirido”.

Esta definición no ofrece mayores problemas tratándose de daños a las cosas, pues generalmente la víctima disponía de algún derecho real sobre la cosa, o de algún crédito frente a su propietario. Sin embargo, no es satisfactoria por cuanto la mayoría de las veces el daño recae en forma inmediata sobre un bien frente al cual el demandante no tenía un derecho real o personal y en consecuencia, no se atentó contra un derecho adquirido. (Jaramillo, 2000)

Un bien será lícito cuando se es titular de un derecho real o personal o cuando una actividad está expresamente protegida y garantizada por la constitución y las leyes, sin embargo, existen otros eventos jurídicos que si bien no facultan a la persona para disponer de una cosa, si lo habilitan para realizar todo aquello que no está expresamente prohibido por el orden jurídico.

Clasificación de los Daños y Perjuicios

Patrimoniales y extrapatrimoniales

En principio, la acción dañina puede recaer en forma inmediata sobre bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de los perjudicados; a su vez, la lesión de ese bien puede repercutir en otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la víctima directa o de terceras personas, parientes o no, del primer perjudicado. Pero, en sana lógica, cada daño guarda su propia entidad ontológica, a pesar de que se genere como consecuencia de otro distinto. Así, la muerte de una persona no se puede considerar como un solo daño con consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales; en realidad nos encontramos frente a una conducta cuya realización afecta varios bienes jurídicos de terceros, dando lugar, en consecuencia, a un daño independiente por cada bien afectado. (Jaramillo, 2000)

Otras clasificaciones

Puede haber la distinción entre daño colectivo y daño individual, según que recaiga sobre persona determinada o sobre una comunidad en general.

En el derecho francés se habla de daños corporales, materiales, morales, según el bien afectado y en el derecho anglosajón se habla de daños personales, materiales e inmateriales, clasificación que ha sido trasladada a nuestras pólizas de seguro, lo que dificulta enormemente su interpretación. (Jaramillo, 2000)

Daños materiales e inmateriales

Mirándolo desde el punto de vista de que absolutamente todos los bienes y derechos, con contenido económico o no, conforman el patrimonio de una persona, todo daño sería patrimonial pues aun los daños sin contenido económico afectan el patrimonio, por ello el doctor Juan Carlos Henao, en el libro “El daño” editado por la Universidad Externado de Colombia, 1998 propone denominarlos como como perjuicios de orden material y de orden no material. (Henao, 1998)

Conceptos del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte

Constitucional

Como primera medida, es pertinente realizar una diferenciación entre los conceptos “Daño Moral y Daño Antijurídico”, toda vez que ambos términos se han utilizado por los jueces y magistrados de las Altas Cortes para hablar sobre el tema que nos compete en el presente trabajo de investigación, el cual se basa en la tasación y liquidación de perjuicios por concepto de “Daño Moral”. Para ello se trae a colación el Fallo 19836 de 2011 del Consejo de Estado, el cual define el concepto de daño moral basándose en reiteraciones jurisprudenciales que se hicieron al respecto, el cual reza:

Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien". Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado. El daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas. (Consejo de Estado, Fallo 19836, 2011)

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que el daño moral es un perjuicio que se le causa a una persona al vulnerarle sus sentimientos más íntimos y generarle una afectación a sus bienes extrapatrimoniales, entre los cuales se puede mencionar la tranquilidad, la integridad personal, la familia, su buen nombre, la vida, los afectos, entre

otros. El daño moral puede ser producto del dolor físico o psíquico infringido a una persona de manera directa y antijurídica o puede surgir también cuando quien sufre la lesión es una víctima indirecta, por ejemplo, un allegado de la persona (familiar o amigo); o por la lesión a una cosa de su propiedad.

Con respecto al daño antijurídico, en la sentencia T 464 de 2011, la Corte Constitucional citó la Sentencia C-430 de 2000, la cual definió el concepto de la siguiente manera: “Se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia que el daño antijurídico es aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, razón por la cual deviene en una lesión injusta a su patrimonio.” (Corte Constitucional Sentencia C-430 , 2000)

Definición ésta que ha sido admitida también por la jurisprudencia del Consejo de Estado como lo menciona la misma sentencia de la siguiente manera:

(...) Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva. (Corte Constitucional Sentencia C-430 , 2000)

Paralelo a este concepto de daño, existen unos términos de valoración del perjuicio consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el cual reza: “Dentro de cualquier

proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.” (Ley 446, 1988)

De igual manera, en la sentencia C-965 de 2003, en donde la Corte se declaró inhibida para examinar la inconstitucionalidad de la disposición consagrada en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la cual se mencionó anteriormente, se abordaron algunos criterios a tener en cuenta para su aplicación.

Al definir el alcance de la ‘reparación integral’ puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados. (Corte Constitucional, Sentencia C-965 , 2003)

Para entrar a resolver el objetivo general de la presente investigación, haremos a continuación un análisis de los criterios empleados por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia al momento de motivar una decisión respecto al resarcimiento del daño

moral en Colombia, trabajando cada Corporación de manera separada. Para cumplir con el objetivo anterior, se hará un estudio de las Sentencias escogidas de manera aleatoria con relación al tema que nos compete, haciendo referencia también a los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional al respecto.

En el trabajo de investigación se tendrán como categorías preestablecidas a desarrollar: la valoración probatoria, el arbitrio *iudicis*, el test de proporcionalidad, los criterios para tasar y liquidar el perjuicio moral y la motivación de la decisión.

Consejo de Estado

El test de proporcionalidad y los criterios utilizados para tasar los perjuicios morales

La tarea de motivar una decisión respecto a la forma en que deben ser tasados los perjuicios morales en Colombia, no deja de ser un ejercicio discrecional del juez, pues, pese a que en algunas decisiones el Consejo de Estado propone para la tasación de dichos perjuicios un test de proporcionalidad basado en unos criterios objetivos que permitan valorar el daño moral con base en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, no se ha acogido esta metodología de manera uniforme, pues los jueces continúan fundamentando sus decisiones conforme a su arbitrio judicial, quienes, en atención al principio de equidad, pueden evaluar cada caso concreto, analizar la idoneidad y veracidad de las pruebas aportadas, y justificar las razones para separarse del tope establecido por el Consejo de Estado, haciendo explícitas las mismas en la sentencia de manera transparente y suficiente.

Así las cosas, El Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su aclaración de voto a la sentencia 0500123240001996032901(21928) del 05 de Julio de 2012 M.P Enrique Gil Botero, refirió que la Corte Constitucional en la Sentencia T-212 de 2012, expresa que el juez para tasar y liquidar los perjuicios tiene la libertad de fundamentar la decisión conforme a su arbitrio, pero con ciertas limitaciones que debe observar en dicha tarea:

La libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni

tampoco para tomar decisiones basado en emociones o pálpitos. Como se indicó, por el contrario, demanda un mayor cuidado en el juez al momento de hacer públicas las razones de su decisión. (Santofimio, 2012)

Indicando que en la misma sentencia también se sostuvo que para tasar esos perjuicios es necesario tener bases probatorias suficientes sobre la existencia de ese daño moral, sin entrar a condenar a una persona por hechos que no estén debidamente probados y valorados dentro del proceso, o que no tienen un sustento razonable en las pruebas aportadas y consideradas.

A manera de ejemplo, expone que recientemente la Corte Constitucional protegió los derechos de una persona jurídica por haber sido condenada a pagar una suma, a título de perjuicios morales, sin tener sustento probatorio alguno. (Corte Constitucional- Sentencia T-874 , 2009)

En razón de lo anterior, se tiene que resulta indispensable tener bases probatorias suficientes para determinar la existencia del daño moral y determinar la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia referente al daño y los perjuicios morales, sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos, (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sentencia del 6 de septiembre de 2001 y Sentencia del 21 de septiembre de 2000,) pues estos deben seguir la libertad probatoria y utilizar su prudente arbitrio haciendo uso de la equidad y la reparación integral para tasarlos adecuadamente; además, al establecer en la Sentencia del 01 de septiembre de 2001, un tope indicativo de 100 SMLMV, la Corporación hizo referencia al principio de igualdad, significando ello que ese tope, unido al estudio de la equidad, debe tener como resultado

que cada juez no falle de forma caprichosa, sino a partir de criterios razonables y casos previos que tengan similitud con el que se estudia, pero hay que tener en cuenta que ese tope es meramente indicativo, porque si a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las argumenta en el fallo, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La Corte Constitucional (Sentencia T-212 de 2012), refiere que el Consejo de Estado, en relación a la discrecionalidad judicial en materia de resarcimiento de perjuicios morales, tiene unas medidas: “los criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y (b) tener en cuenta “la gravedad objetiva de la lesión

Por lo anterior, resulta fácil concluir que la jurisprudencia establece parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto a resarcir por el padecimiento de los mismos.

Según la sentencia antes referida, es necesaria la motivación que debe dar el juez contencioso al momento de tasar y liquidar los perjuicios morales, y puede admitirse el test de proporcionalidad como una herramienta que exige no sólo una mínima prueba de la intensidad del perjuicio padecido, sino que también establece criterios objetivos en los que el juez contencioso administrativo puede apoyarse para que su decisión no exceda o quiebre el principio de la autonomía judicial, al invocar un excesivo *arbitrio iudicis*.

En cuanto a la fundamentación jurídica en la que el Consejo de Estado sustenta el test de proporcionalidad como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, se apoya en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual afirma que

debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala:

En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, 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.
(Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 2009)

En la sentencia del 22 de octubre de 2012, M.P JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, se hizo mención expresa de los Criterios o variables a tener en cuenta para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, en la cual se expresó:

(...) Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el

fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles). Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes¹, 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 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 de las sentencias de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 y de 23 de agosto de 2012.

Igualmente en la citada sentencia se esbozó:

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

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.

De acuerdo a lo anterior, como manifestación de la discrecionalidad de la que está dotado el juez por el legislador, se propone la metodología del test de proporcionalidad por parte del Consejo de Estado la cual busca como objetivos: (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp.: 24392, C.P.: Hernán Andrade Rincón, -Sentencia del 30 de enero de 2013 M.P. Jaime Orlando Santofimio)

i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador, sino que deben reunirse la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso

administrativo, del principio de proporcionalidad², el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, con mínimos criterios objetivos (una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces”³) que permitan resolver la tensión que se produce entre el ejercicio del derecho a la reparación integral y los intereses generales representados en el patrimonio público del cual debe sufragarse las indemnizaciones⁴, como por ejemplo: i)

² “La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia”.

³ Aleinikoff, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

⁴ Lo que ha sido reconocido en el derecho constitucional anglosajón de la siguiente manera: “La protección igualitaria ha sido testigo del desarrollo de un nivel intermedio de escrutinio que exige que una ley esté

núcleo familiar; ii) relaciones afectivas; iii) relaciones de cercanía (no sólo material, sino desde la perspectiva de las relaciones que se logre establecer existía entre los miembros de la familia de la víctima o lesionado), y otras inherentes al concepto de familia, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden⁵ que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y la imputación. (Santofimio, 2012)

Con base en lo anterior, a manera de colofón, puede tenerse que la aplicación del test de proporcionalidad, como metodología en el ejercicio discrecional del juez, pretende que no se creen desigualdades entre las diferentes personas, partes o víctimas que acuden a reclamar la indemnización por concepto de perjuicios morales, pues éste permite tasar y liquidar dichos perjuicios con base en el principio de proporcionalidad y, a su vez, la ponderación y la razonabilidad con la que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en el arbitrio judicial.

“sustancialmente relacionada” con “intereses gubernamentales importantes”. Este examen se ha aplicado a demandas de discriminación por género y legitimidad, y, por cuatro jueces, a casos de clasificaciones sociales con el propósito de ayudar a los afroamericanos”. ALENIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación., ob., cit., pp.66 y 67.

⁵ Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.

Así mismo, y como ya se dijo anteriormente, para la tasación y liquidación, el juez debe sujetarse al criterio de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales, donde las personas que conocen de los hechos y por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, lo que resta objetividad a la determinación de dicha variable, de esta forma al aplicar el Test de Proporcionalidad se entran a considerar unos mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial, aplicándose los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos, y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del

dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. (Luis Ortega & Susana Sierra, 2009, pág. 33)

Para concluir, sea importante mencionar en este apartado, la aclaración de voto del Magistrado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA en la Sentencia del 5 de julio de 2012, Consejero ponente Enrique Gil Botero, en cuanto a la Necesidad de aplicar el test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales:

De acuerdo con lo anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso debe sujetarse a lo que ordinariamente esté demostrado con

base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) en cuanto a idoneidad cabe observar: 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) en cuanto a necesidad cabe observar: el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) en cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, o la ponderación cabe observar: la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha.

La motivación de la decisión judicial respecto al resarcimiento de los perjuicios morales

Analizado el concepto de “motivación de la decisión judicial”, en las sentencias del Consejo de Estado, se tiene que es dicha motivación la que da las pautas tenidas en cuenta por el juez para reconocer y tasar los perjuicios morales de manera adecuada, se destaca que toda valoración que éste realice y que sea relevante para la decisión final del caso concreto, debe estar expresamente justificada mediante argumentos:

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. (Santofimio, Jaime Orlando Sentencia del 30 de enero , 2013)

Lo anterior quiere decir que los argumentos dados por el juez para reconocer, liquidar y tasar los perjuicios morales, no deben contener inferencias erróneas, deben ser completos, en el sentido de que todos sus conceptos deben ser explicados y pertinentes con lo que argumenta, es decir, tienen que estar acorde con las pruebas allegadas al proceso, y lo que dentro de su imparcialidad haya analizado de lo aducido por las partes involucradas dentro del mismo.

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. (Santofimio, Jaime Orlando Sentencia del 30 de enero , 2013)

Se colige pues que estos argumentos debe ser razonables por cualquier observador imparcial, que sean admisibles, haciéndose una adecuada justificación de cada deducción que realice para tasar y liquidar los perjuicios.

La garantía constitucional de acceder a la administración de justicia se concreta en la motivación que el juez, como coordinador imparcial y representante del Estado, haga de sus providencias, con miras siempre a salvaguardar los derechos a la igualdad, debido proceso y a la defensa de todas las partes.

El arbitrio judicial en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Es un concepto ampliamente desarrollado por las Altas Cortes que hace referencia a que el juez dentro de su prudente arbitrio y su imparcialidad, está facultado por la Constitución (art. 229), para fallar y tomar decisiones en los casos en los cuales avoque conocimiento, de acuerdo a su propio juicio, sin perder de vista las pruebas allegadas al proceso, las particularidades de la víctima, el bien jurídico afectado, la gravedad de la lesión, siempre garantizando el derecho a la igualdad y al debido proceso de las partes involucradas. (Constitución Política de Colombia, 1991)

En relación a lo anterior, el Consejo de Estado, trae a colación los apartes tomados de la Sentencia del 27 de septiembre de 1974, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil donde se enuncia lo siguiente:

“...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” “...Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables”. (Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia del 27 de septiembre , 1974)

Así mismo en la Sentencia del 30 de enero de 2013, el M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa expresó:

Además, al establecer un tope-al menos indicativo-de 100 SMLMV, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de razonabilidad, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es indicativo porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales 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.

Como lo ha reconocido esta Corporación, (Corte Constitucional- Sentencia T-351 de 5 de mayo, 2011) la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: equidad, razonabilidad y reparación integral. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatoras”.

(...) la labor de análisis que demanda el respeto por las garantías constitucionales que merecen respeto, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

(...) debe atender a cada caso y no como resultado de la aplicación de reglas generales que si se convierten en “tabla de punto” o, en criterio objetivo encubierto. (Santofimio, Jaime Orlando Sentencia del 30 de enero , 2013)

De lo anterior puede colegirse, que la motivación de las sentencias judiciales conlleva a que la sociedad en general conozca de manera directa la justificación y la legitimidad de las decisiones que puedan beneficiarlos o perjudicarlos, cuestión ésta que

genera seguridad y confianza en la jurisdicción, pues a través de dicha motivación los ciudadanos tienen la posibilidad de verificar que las poderes del juez, no sean utilizados de manera arbitraria, que la discrecionalidad con la que éste cuenta al momento de tomar la decisión, debe estar basada en los principios de razonabilidad, congruencia, equidad e igualdad, lo que significa que la misma ley, establece una limitación y sujeción de los jueces a ésta, garantizando que sea la voluntad del Estado y no la del funcionario la que defina el conflicto jurídico.

Corte Suprema de Justicia

Antes de empezar a tocar el tema de cómo esta corporación viene manejando el asunto de la cuantificación o tasación de los perjuicios morales, es fundamental identificar qué concepto tiene del daño y su categorización para poder darle el manejo apropiado a cada uno de estos, para ello es importante ver como este concepto viene siendo consistente desde el año 1968 en la sentencia de la sala de casación civil, cuyo magistrado ponente fue el Doctor Fernando Hinestroza, y que es ratificada en sentencia de la Sala de Casación Civil del Magistrado William Namén Vargas del 17 de Noviembre del 2011:

El daño a los bienes, derechos, valores e intereses de la persona puede repercutir en el patrimonio de la misma y también manifestarse en quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto, e incluso proyectarse en sus sentimientos, siendo el primero expresiones características del perjuicio que reviste naturaleza eminentemente patrimonial, en los términos en que han sido descritos por los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, el segundo, es el denominado daño a la vida de relación, que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente, alrededor de su actividad social no patrimonial y el último, se identifica con la noción de daño moral, que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc. (Sala de Casación Civil, William Namén Vargas del 17 de Noviembre, 2011)

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante aclarar que sin importar la naturaleza patrimonial o no del interés afectado, esta no determina en concreto la naturaleza del daño,

es decir, consecuencias de naturaleza económica y por ende un daño patrimonial pueden derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial como de un bien no patrimonial. Tal es el caso de aquel profesional que es difamado y como consecuencia de esto sufre un quebranto patrimonial.

La Corte ha definido en forma concreta el daño moral en sentencia de la Sala de Casación Civil del 13 de mayo de 2008 SC-035-2008:

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, de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso. (Sentencia de la Sala de Casación Civil del 13 de mayo , 2008)

Se evidencia una separación entre lo que es el daño material y no material, la reparación del daño moral es singular y no se encuentra contenida en otros daños ya que recae únicamente en los sentimientos y afectos internos propios de cada individuo.

De lo anterior, y entendiendo la dificultad que tiene una valoración económica, la reparación del daño moral, principalmente por tratarse de valores intangibles, en cuanto esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, y por tal son inconmensurables y jamás podrán ser íntegramente resarcidos, ha sido necesario por parte

de los jueces el uso del llamado *arbitrii iudicis* o arbitrio del juez para de una u otra forma establecer un *quantum*, y como nos lo precisa la sentencia de la Sala de Casación Civil cuyo Magistrado Ponente fue William Namén Vargas del 17 de Noviembre del 2011:

Tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. (Sala de Casación Civil, William Namén Vargas del 17 de Noviembre, 2011)

Pero sabiendo que también existen otros factores de carácter externo que dan origen a la obligación de indemnizar, la Corte indica de manera reiterada:

Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada. (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)

La valoración del *quantum* indemnizatorio por parte del juez ha venido siendo congruente y después de depurar algunas corrientes adversas, ha fijado sin más restricción, el criterio de la “equidad”, conforme al marco concreto de circunstancias fácticas, para la toma de sus decisiones.

Es importante señalar que actualmente se han identificado algunos límites en relación a las máximas cuantías que pudiesen ser aplicadas a unos asuntos especiales, tales como el derivado de daño generado de conductas punibles consagrado en el artículo 97 de la Ley 599 de 2000, el cual establece que la indemnización puede llegar a un tope máximo de 1000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, exclusivos para la parte de indemnización de daño moral subjetivado, lo anterior, aclarando que en materia civil también puede llegar a estos topes, siempre y cuando el daño proceda de una conducta punible, de lo contrario seguirán operando los máximos referenciales de los 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes usados por el Consejo de Estado o las sumas fijadas por la Corte Suprema de Justicia, pues así lo indica el más reciente fallo del Consejo de Estado en Sentencia nº 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460) del 25 de Septiembre de 2013 cuyo Magistrado ponente fue el Doctor Enrique Gil Botero.

En materia de lo contencioso administrativo, jurisprudencialmente y concordado con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, define que el valor del perjuicio moral en los casos en que este configure su mayor intensidad es de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes (Consejo de Estado, Sala

de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, radicación 66001-23-31-000-1996-3160-01-13232-15646)

Sin embargo, el anterior criterio también es inaplicable para los asuntos civiles, como lo indica la sentencia de la corte constitucional C- 916 de 2002 “ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales” (Sentencia de la Corte Constitucional C-916, 2002)

Frente a este mismo asunto, la Corte ha ratificado en varias oportunidades que dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños indilgados a las personas y a las cosas, deberán atender los principios de la reparación integral y la equidad, como lo expresa el Artículo 16 de la Ley 446 del 1998 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil exp. 6499 de 1 de Abril de 2003.

Con motivos de mantener unificadas las sumas orientadoras, la Sala de Casación Civil ha propuesto unas cuantías tope, sin que sean estas una camisa de fuerza que le impidan en casos especiales sobrepasarlos o disminuirlos, es decir, son formuladas no a título de imposición sino de referentes, tal es el caso presentado en la sentencia del 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, en la que se reconocieron 40 millones solo por el concepto de daño moral. Asimismo, en sentencia del 17 de noviembre de 2011, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, se llegó a indemnizar, solo por el concepto de daño moral, hasta 53 millones de pesos a cada uno de los demandantes.

Luego de un barrido global de las sentencias de esta corporación, referidas en este apartado, se encuentran unos elementos o criterios permanentemente invariables con respecto a la tasación y liquidación de perjuicios morales, que será bueno puntualizar:

- La lesión inferida a la interioridad del sujeto es inasible e inconmensurable: corresponde a las condiciones singulares de cada persona, a su nivel de sensibilidad, sensaciones y sentimientos, tenacidad para soportar el sufrimiento, cuya medición es inexacta, el sujeto experimenta un menoscabo irreversible cuya existencia es reconocida por la jurisprudencia y nunca será posible su reconvención absoluta.
- La metodología empleada por esta corte para establecer el *quantum* indemnizatorio es el *arbitrium judicis*: reconociendo en ella que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como varía la individualidad espiritual del hombre y lo que para una persona puede generar un profundo trastorno emocional, para otra puede no significar lo mismo, por tanto el criterio de la equidad, con base en el marco fáctico de circunstancia, es el pilar para que el juzgador pueda definir el monto del resarcimiento del daño moral.
- No hay aplicación de reglas generales que se conviertan en tablas puntuales de riguroso seguimiento que sigan un criterio objetivo para la definición del *quantum*, solo dependerá del prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso en concreto y los elementos de convicción que se logren demostrar.
- El resarcimiento del daño no es un regalo ni obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto del interés protegido por el ordenamiento jurídico, y debe repararse en lo posible con base en los medios de convicción y las particularidades de cada

situación, según el arbitrio judicial sin perjuicio de los criterios ordenadores de la jurisprudencia.

Metodologías Utilizadas por las Altas Cortes para la Liquidación de los Perjuicios

Morales

- Tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado han utilizado como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales el arbitrio *iudicis*, siendo ésta una herramienta con la que el Juez goza de la facultad y el poder para apreciar, según su sano criterio, las pruebas allegadas al proceso y circunstancias dadas en el caso concreto, para fallar de acuerdo con los dictados de su conciencia y con base en los criterios de equidad, justicia y reparación integral.
- Actualmente, el Consejo de Estado plantea como nueva metodología el “test de proporcionalidad”, la Sala Plena del Consejo de Estado, (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de agosto, 2012) reciente propone dicho test basado en la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del perjuicio moral, para efectos de tasar el mismo, con la finalidad de que el juez sea más preciso al momento de tasar y reconocer dicho perjuicio, pues se considera por la Sala, que el simple mecanismo de acreditar el respectivo grado de consanguinidad no basta, ni constituye plena prueba, por sí sola, al momento de proferir la sentencia. Es así como en esta Sentencia, no se limitó, ni se negó, ni hubo oposición a que cada juez en ejercicio de su “*arbitrium iudicis*” determinara el “*quantum*” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del “test de proporcionalidad”, ya que se expresó:

Se ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración, no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium iudicis*, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación las (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de agosto, 2012)

- Se plantea 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 sujeta a imposiciones jurisprudenciales emanadas de las Altas Cortes, ni a limitaciones conceptuales.

Criterios Determinantes al Momento de Tasar y Liquidar los Perjuicios Morales en Colombia

Con base en lo analizado, tenemos que el juez está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, criterios como el dolor sufrido, la intensidad de la congoja, la cercanía con el ser perdido, derecho vulnerado (especialmente la vulneración de los derechos humanos, o del derecho internacional humanitario, la conformación del núcleo familiar, las diversas relaciones y 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.

Los anteriores son criterios objetivos, basados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que son los que le permiten al juez determinar con justicia la tasación del *quantum* indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados por el accionante en cada caso concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia, sino que deben de considerarse las circunstancias que rodean cada situación, las particularidades de los sujetos, de los grupos familiares y la aplicación de los mencionados criterios.

No puede perderse de vista que una vez definidos los criterios a tener en cuenta al momento de tasar y determinar los perjuicio morales (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de agosto, 2012) cabe determinar el *quantum* indemnizatorio, por lo que cada juez en el ejercicio de su razonado arbitrio, puede emplear el método, o metodología, que permita una ponderada dosificación, que este acorde con la realidad, y las pruebas allegadas al proceso.

Con base en lo anterior, se tiene que para aproximarse a la liquidación de los perjuicios morales el Juez 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 las personas que, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen sobre los hechos que conocen.

Posición de la Corte Constitucional frente a la metodología y criterios empleados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado al momento de resarcir el daño moral en Colombia

Con el fin de establecer cuál es la posición de la Corte Constitucional en cuanto a la metodología y criterios que debe tener en cuenta la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado al momento de resarcir el daño moral en Colombia, se realizará un análisis de algunos pronunciamientos de esta corte al respecto, abarcando las categorías preestablecidas en el presente trabajo y algunas categorías emergentes que sea pertinente traer a colación.

Valoración probatoria

En cuanto a la valoración probatoria que se debe realizar por parte de los jueces al momento de tasar una indemnización por concepto de daño moral, es importante precisar que dicho daño debe ser probado por quien ostenta la calidad de afectado y que el juez, para fundamentar su decisión, debe hacer un análisis de las pruebas allegadas al proceso que son las que en última medida, darán las luces para definir si en realidad existió o no un daño moral y determinar cuál es el monto que se le debe otorgar a una persona por el daño moral causado. Al respecto es importante hacer alusión a un aparte de la sentencia T - 212 de 2012 que toma como precedentes las sentencias T – 351 y T – 464 de 2011, en donde la Magistrada Ponente, la doctora María Victoria Calle Correa, aduce lo siguiente:

(...) De igual forma, establece que (ii) una autoridad judicial viola el derecho al debido proceso constitucional de una persona cuando la condena por perjuicios morales, en un monto significativo, sin tener pruebas ciertas para ello. Tal decisión constituye un defecto fáctico, y si la condena es de carácter

contencioso administrativo, desconoce además, la jurisprudencia que al respecto ha sido establecida por el Consejo de Estado en la materia, que indica al juez a que sus decisiones sobre condenas por perjuicios morales encuentran sustento en su buen juicio, enmarcado dentro de los límites de la racionalidad y la razonabilidad.

Finalmente, la Sala advierte que de acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa (iii) los perjuicios morales son daños que pueden ser reconocidos por el juez administrativo y cuyo pago puede ser ordenado siempre que el mismo se encuentre debidamente probado. No basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, es preciso probar que la afectación fue intensa. La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o 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 decisión de definición de los perjuicios morales debe tener en cuenta los principios de equidad, razonabilidad y reparación integral.

El monto que se establece para compensar un daño moral debe estar ajustado a unos principios de equidad y reparación integral, la Corte Constitucional, respecto al precedente judicial del Consejo de Estado en cuanto a tasación de perjuicios, ha indicado que a pesar de que ellos establecen como tope máximo 100 salarios mínimos con el fin de salvaguardar el derecho a la igualdad, esta suma no es vinculante para los jueces, quienes en atención al principio de equidad como se mencionó anteriormente, deben evaluar cada

caso en concreto, observar las pruebas aportadas para probar el daño moral, lo cual se puede hacer por cualquier medio probatorio legalmente válido, tener en cuenta el criterio de razonabilidad y si tienen fundamentos suficientes, válidos y debidamente justificados para separarse del precedente judicial que ha creado el Consejo de Estado, lo pueden hacer atendiendo a su prudente *Arbitrio Iudicis* como criterio válido para tasar el monto de los perjuicios que se van a compensar en los casos de daño moral. (Sentencia T - 212 , 2012)

Respecto a lo anteriormente mencionado, se trae a colación la sentencia T - 351 del 5 de Mayo de 2011, cuyo Magistrado Ponente es el doctor Luis Ernesto Vargas Silva, que reza:

(...) el daño 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) 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. El Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder

adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no **vincula** de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas. (Negrilla original del texto)

(...)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 de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es indicativo porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales.(...)

Por las razones expuestas, considera la Sala que, el hecho de que en el caso objeto de estudio se establezca el monto máximo previsto por el Consejo de

Estado (aún a manera indicativa) como condena por perjuicios morales, sin dar ninguna razón para ello diferente al ejercicio del arbitrio judicial y, más aún, sin establecer por qué este caso produce una aflicción emocional de similar intensidad a la que se produce en aquellos eventos en que la alta Corporación citada ha aplicado la presunción de intensa aflicción, resulta abiertamente irrazonable. (...)

En consecuencia, la Sala concederá el amparo al debido proceso del ICFES, únicamente, en tanto las sentencias controvertidas adolecen de una ausencia de motivación en materia de tasación de perjuicios morales, lo que impide el control legal y constitucional del fallo; amenaza el principio de igualdad de trato por parte de las autoridades judiciales para todos los ciudadanos, y puede llevar a un grave detrimento del erario. (T - 351 del 5 de Mayo, 2011)

Precedente Judicial

La Corte Constitucional en cuanto al tema del precedente judicial, ha mencionado que existen unos defectos por desconocimiento del precedente en materia de tasación de perjuicios morales. Así, en la sentencia T – 001 de 2013, en la cual trae a colación la sentencia T – 736 de 2012, esta corporación indica:

(...) El último de los defectos alegados es el desconocimiento del precedente establecido por el Consejo de Estado en relación con la tasación de perjuicio por concepto de daños morales. La providencia proferida por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo y confirmada por el Tribunal Administrativo del Cauca, condenó al ICFES y al Ministerio de Educación Nacional a pagar – de forma solidaria - la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales

mensuales por concepto de perjuicios morales a favor del señor Molano Hoyos. Así, la accionante afirma que “el tribunal confundió el concepto de arbitrio iudicis, con el de discrecionalidad absoluta, la cual se acerca más a la arbitrariedad y por esta vía otorgó al demandante 100 salarios mínimos como perjuicio morales, los cuales corresponden a la máxima condena reconocida por este concepto por la jurisprudencia del Consejo de Estado”. (...)

4.4.2. Mediante la sentencia T – 736 de 2012, se reiteró la jurisprudencia constitucional en relación con el valor vinculante del precedente, señalando:

(..) todas las autoridades públicas de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, en el ejercicio de sus funciones y para la adopción de sus decisiones, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley y que esta sujeción implica el necesario acatamiento de las decisiones judiciales y del precedente judicial dictado por las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, por cuanto son los máximos órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, interpretación que se incorpora al entendimiento y aplicación de los preceptos jurídicos”.

4.4.3. Así mismo, y luego de llevar a cabo un análisis sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la tasación de los perjuicios morales, se concluyó que de manera reiterada y constante el mencionado máximo tribunal judicial “ha señalado que el valor de la condena por concepto de perjuicios morales debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su

prudente juicio, pero ha establecido que la imposición de condenas será por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que el daño se presente en su mayor grado de intensidad. (Corte Constitucional- Sentencia T – 001 , 2013)

Concluyéndose así que para la Corte Constitucional el precedente judicial dictado por las altas cortes (Consejo de estado en este caso) no se puede omitir y es de gran importancia, por lo tanto, los jueces solo se pueden apartar de este cuando motivan a profundidad por qué se apartan del mismo en cada caso en concreto. Otro aspecto que se vislumbra de este pronunciamiento, es que en los eventos en los cuales el daño se presenta en su mayor intensidad el Consejo de Estado, por lo general, ha otorgado 100 salarios mínimos, pero no se debe dejar de lado que existen criterios que son tenidos en cuenta por de los magistrados para asignar una suma u otra, los cuales se analizaran más adelante.

Arbitrio Iudicis como metodología adoptada por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia y reconocida por la Corte Constitucional

El ARBITRIO IUDICIS es un tema que posee gran importancia dentro de la presente investigación y se ha podido determinar que es la metodología que utiliza actualmente el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia para tasar y liquidar el monto que se le debe dar a una persona como compensación por un daño moral y es reconocida actualmente por la Corte Constitucional, pues dicha Corte hace alusión a este método en sus pronunciamientos como se evidenciará posteriormente. Como primera medida, se debe aclarar que el arbitrio judicial y la arbitrariedad son dos términos totalmente diferentes, pues si el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia hacen uso de su prudente arbitrio para tasar y liquidar los perjuicios morales ocasionados a una

persona lo puede hacer válidamente, pero si la tasación y liquidación no se fundó en pruebas suficientes y válidas aportadas al proceso y no se realizó por parte de los jueces o magistrados una valoración exhaustiva de las mismas, ya no se estaría hablando de ARBITRIO JUDICIAL sino de ARBITRARIEDAD y es la crítica que realiza esta corporación al respecto tal y como se evidencia en la sentencia T – 001 de 2013 que en unos de sus apartados enuncia:

(...) se encuentra que si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido el arbitrio judicial como un elemento determinante para la tasación de los perjuicios morales, esta también debe responder a criterios de razonabilidad y equidad. En este sentido, en sentencia del 26 de enero de 2011, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, afirmó: “La jurisprudencia ha trazado las pautas para efectos de reparar el daño por el equivalente pecuniario producido en 'perjuicios morales, señalando que el mecanismo más adecuado para tal fin es el arbitrio judicial (arbitriumiudicis), siendo el funcionario de conocimiento quien, por esa misma condición, puede inferir las circunstancias que inciden en el ámbito más intrínseco de quien depreca la indemnización, pudiendo definir qué retribución se aviene como adecuada con **base en los criterios de equidad, justicia y reparación integral para menguar el trauma derivado del suceso**”. (Subrayado, negrilla y comillas original).

(...) Se evidencia que dentro de las providencias judiciales no existe fundamentación por parte de los operadores jurídicos para establecer el tope

máximo como tasación del perjuicio moral. La sentencia de primera instancia no otorga ni un solo elemento que permita inferir las razones por las cuales le otorgó una tasación equivalente a la que se otorga cuando se prueba un daño moral de la mayor afectación. Por su parte, si bien el Tribunal Administrativo señala algunos hechos con base en los cuales se estructuró el daño moral, tampoco se encuentra sustento argumentativo que permita razonablemente equiparar aquellos hechos narrados y productores del perjuicio, con daños de la mayor magnitud como la pérdida definitiva de un ser querido.

(...) Resulta indiscutible que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la arbitrio iudicis al momento de tasar los perjuicios ocasionados por el daño moral, sin embargo, la Sala – al igual que en los precedentes constitucionales que han sido reseñados – extraña la ausencia de elementos razonables para justificar que los daños morales ocasionados en esta oportunidad deban ser igualados a aquellos considerados como de la mayor magnitud e intensidad. Tanto el Juzgado Quinto (5º) Administrativo como el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca omitieron los criterios de equidad, justicia y reparación integral establecidos por la jurisprudencia del máximo órgano judicial de la jurisdicción contenciosa administrativa.(Subrayado y negrilla fuera del texto original) (Corte Constitucional- Sentencia T – 001 , 2013)

Criterios tenidos en cuenta por la Corte Constitucional para fijar su posición sobre cómo se debe realizar la tasación y liquidación de los perjuicios morales en Colombia.

El Consejero Ponente Enrique Gil Botero en la aclaración de voto de la sentencia del 5 de julio de 2012 consistente en declarar administrativamente responsable al Departamento Administrativo de Seguridad DAS de los hechos ocurridos el 16 de diciembre de 1994, en los que se produjo las lesiones padecidas por Luis Alfredo García y Jorge Iván Giraldo esboza muy claramente la posición que debe orientar al juez contencioso administrativo para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, por lo tanto, se traen a colación algunos apartes de esta aclaración:

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

(...) La libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basado en emociones o palpitos.

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

(...) se parte del argumento según el cual la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se viola el debido proceso constitucional, al establecer condenas en contra de una persona sin tener bases probatorias suficientes sobre la existencia del daño moral por el cual se condenó. No se trata de una forma de controvertir criterios de valoración del acervo probatorio, propios del proceso ordinario. La protección evita mantener decisiones judiciales que no tienen un sustento razonable en las pruebas aportadas y consideradas. Así, por ejemplo, recientemente la Corte Constitucional protegió los derechos de una persona jurídica, por haber sido condenada a pagar una suma, a título de perjuicios morales, sin tener sustento probatorio alguno.⁶

⁶ “En la sentencia T-874 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo) se decidió lo siguiente: “[...] la Sala encuentra, tal y como lo hizo el Tribunal al resolver la segunda instancia del trámite de la tutela, que al decidir sobre el incidente de perjuicios, el juzgado accionado incurrió en evidentes errores fácticos de valoración probatoria, pues extrajo la certeza de ocurrencia de perjuicios, en cuantías precisas, sin que en el expediente existiera fundamento probatorio alguno para llegar a esos montos, por demás exorbitantes. En los términos que ha usado la Corte, el auto que resolvió el incidente de regulación de perjuicios, en la valoración del elemento probatorio, “se sale de los cauces racionales”: la determinación de la cuantía de los perjuicios morales, en suma cercana a los cien millones de pesos, no encuentra fundamento alguno en las pruebas obrantes en el expediente; la inclusión del valor adeudado por el ejecutado a otra entidad crediticia en la cuantificación de los perjuicios no responde a ningún criterio racional, especialmente teniendo en cuenta que no hay prueba alguna del nexo existente entre el otorgamiento de dicho crédito, y el embargo supuestamente generador de los perjuicios; y, finalmente, tampoco se encuentra fundamento, en las pruebas obrantes en el expediente, de la decisión tomada por el despacho accionado en el sentido de considerar como parte de la cantidad a ser resarcida, el valor comercial del inmueble embargado, con base en una supuesta venta frustrada del mismo, cuya existencia, aunque fuera cierta-lo cual es debatible-, no conduce, por ningún camino racional, al monto definido por el juez. || Además de estos errores ‘ostensibles, flagrantes y manifiestos’ en el juicio valorativo de la prueba, la Sala constata que ellos tuvieron incidencia directa en la decisión, pues el auto del 27 de noviembre de 2008 condenó a la entidad demandante, con base en esa defectuosa valoración probatoria, a pagar una suma cercana a los cuatrocientos setenta millones de pesos mcte.”

Es necesario, por lo tanto, contar con bases probatorias suficientes para determinar la existencia del daño moral, a lo que cabe agregar, y para determinar la tasación y liquidación de los perjuicios morales.(Subraya y negrilla fuera de texto)

(...) teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional T-351 de 2011, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daños y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. **En efecto, estos deben seguir la libertad probatoria y utilizar su prudente arbitrio en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales.** Además, al establecer un tope – al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de razonabilidad, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es indicativo porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales.(Subraya y negrilla fuera de texto)

(...) la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se apoya la Sala, sentencia T-212 de 2012, argumenta que los **“criterios adicionales que se**

advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y (b) tener en cuenta “la gravedad objetiva de la lesión”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos”, los cuales obedecen a la existencia de “un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial”. Sin duda, la Corte Constitucional está orientando su posición hacia la exigencia de una motivación suficiente, y del reconocimiento de criterios objetivos, que como los que se procuran emplear en el “test de proporcionalidad” deben constituirse en el sustento de la decisión judicial de tasar y liquidar el “quantum” del perjuicio moral para cada caso en concreto. (Subraya y negrilla fuera de texto original)

(...) la Corte Constitucional considera que “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”. No cabe duda que a la razonabilidad cabe asociar el principio de proporcionalidad, y especialmente el sub-principio de ponderación, con los

que la decisión del juez contencioso responda al principio fundamental de la justicia distributiva. (Subraya y negrilla fuera de texto)

(...) 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. 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) el “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto.**(Subraya y negrilla fuera de texto)

Lo anterior, además, significa 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.

(...) la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso debe sujetarse a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) en cuanto a idoneidad cabe observar: 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) en cuanto a necesidad cabe observar: el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) en cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, o la ponderación cabe observar: la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha.(Subraya y negrilla fuera de texto)

(Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación:
0500123240001996032901 (21928),)

De acuerdo con lo señalado anteriormente, se puede concluir que la Corte Constitucional ha orientado su posición hacia la exigencia de una motivación suficiente por parte de los jueces, quienes pueden utilizar su PRUDENTE ARBITRIO para tasar los perjuicios morales en el marco de la equidad y la reparación integral, de igual manera,

reconoce unos criterios objetivos que deben constituirse en el sustento de la decisión judicial de tasar y liquidar el “*quantum*” del perjuicio moral para cada caso en concreto para que así el juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado.

Los criterios adicionales que se advierten por parte del Consejo de Estado y que apoya la Corte Constitucional para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: 1. Tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y 2. Tener en cuenta “la gravedad objetiva de la lesión”. Así, se puede evidenciar que la jurisprudencia otorga parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos, los cuales obedecen a la existencia de “un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial”.

Conclusiones

1. Para establecer el *quantum* indemnizatorio por daños morales, existen dos metodologías, la primera, es el arbitrio judicial que es una herramienta que ha sido tradicionalmente utilizada tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado para tasar y liquidar los perjuicios morales, y la segunda, denominada test de proporcionalidad, propuesta y utilizada por el Consejo de Estado con el mismo fin.
2. El arbitrio judicial, como criterio o referente empleado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado para establecer la tasación de los perjuicios morales, consiste en que es el funcionario de conocimiento quien, por esa misma condición, puede deducir las circunstancias que inciden en el ámbito más personal de quien solicita la indemnización, y tiene la facultad de definir qué retribución se aviene como adecuada con base en los criterios de equidad, justicia y reparación integral para menguar el trauma derivado del suceso.
3. El test de proporcionalidad, como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, busca que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, y la aplicación del principio de proporcionalidad, en las relaciones de cercanía inherentes al concepto de familia (parentesco), comprende tres principios básicos que son: equidad, razonabilidad y reparación integral y tres sub-principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.
4. Como criterios generales y determinantes para tasar y liquidar los perjuicios morales en Colombia se tienen: el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a las 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; el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y 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.

5. Con el test de proporcionalidad el juez, dentro de su discrecionalidad judicial, también aprecia criterios tales como: el dolor sufrido, la intensidad de la congoja, la cercanía con el ser perdido, derecho o derechos vulnerados, la conformación del núcleo familiar, las diversas relaciones y la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción sufrida por la víctima.
6. La Corte Suprema de Justicia solo ha acogido dentro de sus criterios para definir la tasación de perjuicio moral el ARBITRIO JUDICIAL.
7. La Corte Suprema de Justicia, al momento de tasar y liquidar los perjuicios morales, ha utilizado como metodología el arbitrio judicial, sin entrar a aplicar reglas generales que se conviertan en tablas puntuales de riguroso seguimiento o que sigan un criterio objetivo para la definición del quantum, analizando principalmente la lesión inferida a la interioridad del sujeto calificándola como de inasible e inconmensurable.
8. La tasación y liquidación del perjuicio moral se sujeta principalmente a lo que esté debidamente demostrado dentro del proceso, con base en las pruebas allegadas (testimonial, pericial, informes técnicos, etc), a la presunción de aflicción y a los criterios tenidos en el caso concreto por el Juez.
9. El test de proporcionalidad es una clara expresión del arbitrio iudicis.

10. En un estado democrático de derecho, como garantía ciudadana, se consagra la obligación por parte de los jueces y magistrados de sustentar y motivar las decisiones judiciales, cuestión ésta que resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional, debido a que 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 dé fin al conflicto jurídico determinado.
11. Los criterios adicionales que se advierten por parte del Consejo de Estado y que apoya la Corte Constitucional para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: 1. Tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y 2. Tener en cuenta “la gravedad objetiva de la lesión”. Así, se puede evidenciar que la jurisprudencia otorga parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos, los cuales obedecen a la existencia de “un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial”.
12. La Corte Constitucional ha orientado su posición hacia la exigencia de una motivación suficiente por parte de los jueces, quienes pueden utilizar su PRUDENTE ARBITRIO para tasar los perjuicios morales en el marco de la equidad y la reparación integral, de igual manera, reconoce unos criterios objetivos que deben constituirse en el sustento de la decisión judicial de tasar y liquidar el “*quantum*” del perjuicio moral para cada caso en concreto, para que así el juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado.

13. Actualmente es el arbitrio judicial sin que se confunda con la arbitrariedad la metodología que apoya la Corte Constitucional y la cual se aplica en Colombia tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por el Consejo de Estado.
14. El juez según la jurisprudencia del Consejo de Estado, está facultado por la Constitución (art. 229), para fallar y tomar decisiones en los casos en los cuales avoque conocimiento, de acuerdo a su propio juicio, sin perder de vista las pruebas allegadas al proceso, las particularidades de la víctima, el bien jurídico afectado, la gravedad de la lesión, siempre garantizando el derecho a la igualdad y al debido proceso de las partes involucradas, dentro de esas facultades puede entrar también a utilizar el test de proporcionalidad, como herramienta para tasar y liquidar los perjuicios morales.

Referencias

Acción de reparación directa (Aclaración de voto de sentencia) Consejero Ponente Enrique

Gil Botero, Radicación: 0500123240001996032901 (21928), Bogotá- Colombia.

Corte Constitucional- Sentencia T-351 de 5 de Mayo, (2011). Magistrado Ponente Luis

Ernesto Vargas Silva, Bogotá - Colombia

Corte Constitucional - Sentencia T.212 de (2012) Magistrada Ponente María Victoria Calle

Correa. Exp. 22455, Bogotá- Colombia

Corte Constitucional Sentencia C-430 (2000), Magistrado Ponente Antonio Barrera

Carbonell, Bogotá- Colombia,

Corte Constitucional Sentencia C-916 (2002), Magistrado Ponente Manuel José Cepeda

Espinosa, Bogotá- Colombia,

Corte Constitucional- Sentencia T-874 . (2009). Magistrado Ponente Mauricio González

Cuervo) . Bogotá- Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia C-965 (2003) Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Bogotá- Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-1029 de (2010) Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, Bogotá- Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-464 de (2001), Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio, Bogotá- Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-351 de (2011), Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá- Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-736 de (2012), Magistrado Ponente, Mauricio González Cuervo, Bogotá- Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-001 de (2013), Magistrado Ponente, Mauricio González Cuervo, Bogotá- Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de Julio de 1922, Magistrado Ponente, Tancredo Nannetti, Bogotá- Colombia.

Corte Suprema de Justicia - Sala penal Sentencia 23308 de 9 de Febrero de (2006) Magistrado Ponente, Javier Zapata Ortiz, Bogotá- Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia del 27 de septiembre. (1974). Bogotá- Colombia, Bogotá- Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de septiembre de (2009) (expediente 20001-3103-005-2005-00406-01), Bogotá- Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 10 de marzo de (1994), Exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, Bogotá- Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, William Namén Vargas del 17 de Noviembre. (2011). Bogotá- Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Sentencia del 28 de Febrero. (1990). G. J. No. 2439, p. 79. Bogotá- Colombia.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, S. d. (2009). Exp. 1995-10351. . Bogotá- Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil del 13 de mayo . (2008). SC-035-2008:. Bogotá- Colombia.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Exp. 23153. (1999). Magistrado Ponente: Jaime Olorando Santofimio, E. Bogotá- Colombia: Exp. 23153, Radicado: 00746-1999, p. 95-96.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sentencia de 6 de septiembre de (2001), Exp.: 13232, Bogotá- Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Sentencia 73001-23-31-000-2000-00737-01(22455) de 30 de Enero de (2013) Bogotá- Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sentencia del 21 de septiembre de (2000), Sección Tercera, (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación n. 11766), Bogotá- Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de agosto. (2012). C.P.: Hernán Andrade Rincón. Bogotá- Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de agosto. (2012). C.P.: Hernán Andrade Rincón. Bogotá- Colombia.

Consejo de Estado Sentencia de 6 de septiembre de (2001), Exp.: 13232, Bogotá- Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, radicación 66001-23-31-000-1996-3160-01-13232-15646. (n.d.). Bogotá- Colombia.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 23 de agosto de (2012), Exp.: 24392, C.P.: Hernán Andrade Rincón, Bogotá- Colombia.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sentencia del 30 de enero de 2013 M.P. Jaime Orlando Santofimio.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sentencia nº 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460) del 25 de Septiembre de 2013 M.P. Enrique Gil Botero.

Santofimio, Jaime Orlando (2012). Aclaración de Voto Sentencia 0500123240001996032901(21928),. Bogotá- Colombia.

Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá- Colombia.

Diccionario Jurídico Espasa. (1999). Siglo XXI. Madrid- España

Henao, J. C. (1998). “El daño” . Bogotá: Editado por la Universidad Externado de Colombia.

Jaramillo, J. T. (2000). Tratado de responsabilidad civil, tomo II. Bogotá: Temis.

Kemmis Stephens & Carr Wilfred. (1988). Teoría Crítica de la Enseñanza, Martínez Roca.

Kerlinger, F. (1986). Investigación de Comportamientos . México : Mc Mc Graw-Hill.

Ley 446. (1988). Bogotá- Colombia.

Luis Ortega & Susana Sierra. (2009). Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons.

Posada, O. V. (2012). Itinerario Jurisprudencial del Daño Moral en Colombia. Bogotá: Universidad de la Sabana .