

EL ARBITRIO IURIS EN LA TASACIÓN DEL DAÑO MORAL¹ EN COLOMBIA

(Una mirada a la jurisdicción contenciosa administrativa)

Por:

EVANNY MARTINEZ CORREA

RESUMEN:

Dado que los perjuicios inmateriales, entre ellos el perjuicio moral, son de carácter subjetivos y corresponden a los derechos personalísimos, la tasación no es posible en forma objetiva, por eso es costumbre que en la responsabilidad esa tarea la desempeñen los jueces, los cuales deben procurar reducir la subjetividad y acercarse a un ideal de medición del daño y/o perjuicio causado, en forma objetiva.

En tal sentido, si bien la jurisprudencia ha recomendado el arbitrio iuris, para medir el daño moral reparable, en todo caso, éste es insuficiente por lo mismo debe complementarse prima facie con el

principio de proporcionalidad, y en todo caso con las técnicas de argumentación, que garanticen legitimidad en la decisión judicial propio de una sociedad democrática y pluralista como la colombiana.

Debe recordarse que, en la nueva visión de la responsabilidad (Derecho de daños), la finalidad es proteger a la víctima, y en últimas a esta lo que finalmente les importa es que se le repare en forma integral el derecho o interés aminorado, y se le respete sus derechos fundamentales quebrantados, en especial, los derechos a la dignidad humana e igualdad, acordes con el Estado social de derecho que nos rige.

A su vez es deber del juez procurar que sus actos se acompasen con los principios legales y constitucionales, de cara al principio democrático y a la legitimidad del poder que le ha otorgado el Estado.

Palabras claves: arbitrio iuris, discrecionalidad, principios, proporcionalidad, igualdad, objetividad y tasar.

ABSTRACT

Since the non-pecuniary damages, including moral damages , are subjective in nature, reflecting personal rights , pricing is objectively impossible , so it is customary in responsibility, perform this task the judges, which should seek to reduce subjectivity and approach an ideal measurement of damage and / or injury caused in an objective manner.

In this regard , although the case has recommended arbitrio iuris , to measure moral reparable damage, in any case, it is insufficient for the same prima facie to be supplemented with the principle of proportionality , and in any case with the techniques of argumentation , to ensure legitimacy in own judicial decision of a democratic and pluralistic society like Colombia .

It must be remembered that in the new vision of liability (torts) , the aim is to protect the victim, and ultimately this what ultimately matters is that you are comprehensively repair the right or lessened interest and he respects their fundamental rights broken , especially human rights and equality, dignity commensurate with the social rule of law that governs us .

In turn it is the duty of the judge to ensure that their actions acompasen with legal and constitutional principles, facing the democratic principle and the legitimacy of

the power vested in it by the State .

Keywords : iuris discretion ,
discretion , principles , proportionality ,
equality , objectivity and pricing.

INTRODUCCIÓN

Lo más importante para las víctimas es finalmente la determinación y efectivización de la reparación del derecho o interés aminorado; no obstante, la tasación del daño y/o perjuicio es una de las tareas más difíciles en el derecho de daños, en la cual no sólo se pone en tela de juicio los métodos empleados para hacer esa tarea, sino el sistema mismo de administración de justicia, en especial su legitimidad.

Así la medición de los daños inmateriales, y dentro de ellos el daño al patrimonio afectivo de la persona que se expresa en el perjuicio moral, o “*pretium doloris*”¹, es quizás uno de esos casos donde en la práctica judicial se suscitan los mayores inconvenientes, relacionados con la igualdad en la cuantificación de ese perjuicio.

Ante el reclamo recurrente de la doctrina y de las mismas víctimas, por la tasación igual e integral del perjuicio moral, lo deseable sería que se realizara la tarea lo mas objetiva posible, en aras de lograr ese anhelo ciudadano, no obstante, no es viable, porque la filosofía que orienta al instituto de la responsabilidad, según la cual esta busca dejar indemne a la víctima, en todo caso es en la práctica una ilusión, como lo ha reconocido la doctrina más autorizada². Dicha afirmación históricamente se ha hecho patente en los daños inmateriales en especial en el daño moral.

En la experiencia judicial colombiana, en especial al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa, la mayor dificultad se presenta más que en la determinación de la existencia en si del daño y/o perjuicio, al momento de cuantificarlo en sede del proceso de

¹. “*Pretium affectionis*”, en HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá D.C.: Universidad Externado, reimpresión 2007, p. 261.

². DE CUPIS, Adriano. El daño. Barcelona: Bosch 1975, pp.594 y 748.

responsabilidad extracontractual del Estado. Tarea que desarrolla el juez contencioso administrativo.

A ese respecto recientemente se ha suscitado encendidos debates al interior del Consejo de Estado colombiano, que es la máxima instancia de lo contencioso administrativo, en lo referente al monto pecuniario que le corresponde a la víctima del perjuicio moral, evento en el cual ésa corporación, como lo venia haciendo de antaño la jurisprudencia civil y lo contencioso administrativo, ratificó sus orientaciones en el sentido de que ante las dificultades para tasar y cuantificar el daño a la salud, lo mejor es hacerlo por medio del arbitrio iuris o arbitrio judicial. Esa tesis, en principio, encuentra resistencia con otra disidente según la cual el daño moral debe tasarse haciendo uso del principio de proporcionalidad.

No obstante el juez administrativo, al operacionalizar el arbitrio iuris, encuentra, por un lado, que la oferta normativa ofrecida por la misma jurisprudencia, por la Ley y por la Constitución Política de Colombia, está basada en principios. De otra parte, cuando acude a la naturaleza misma del instituto de la responsabilidad advierte que su finalidad también está expresada en principios y en los importantes cambios del nuevo derecho de daños³.

Como se nota ambas tesis pertenecen a experiencias jurídicas distintas, las cuales se han desarrollado técnicas igualmente distintas; etc., y procuran lograr la reducción de la subjetividad en la tasación del perjuicio moral, para lo cual tienen como finalidad lograr una medición del quantum compensatorio en forma más objetiva e igual.

³. No es casual que nuestra doctrina haya comenzado a acuñar la expresión “derecho de daños” para designar al sistema de responsabilidad civil. Esto no es más que el reflejo del cambio de paradigma que ha sufrido la disciplina (...) La denominación antes acuñada, “responsabilidad civil”, denotaba una orientación punitiva, sobre la cual estaba indudablemente basado el sistema reparatorio del Código Civil, ideado por Vélez Sarsfield a mediados del siglo XIX. El comentario es de Ignacio Anzoátegui. Algunas consideraciones respecto de las funciones del derecho de daños. [En línea] www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/.../84/07-ensayo-anzoategui.pdf, En revista Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Nro. 84, tomado, febrero 26 de 2014.

El presente trabajo abordará en primer lugar el concepto de perjuicio moral, dejando claridad que se trata en puridad de un perjuicio mas que de un daño propiamente; analizará la tasación de éste perjuicio moral, como un posible caso difícil desde la perspectiva Dworkiniana; de cara a la finalidad de la responsabilidad y la oferta normativa institucional para tasarlo desde la perspectiva de los principios por mandato jurisprudencial, legal y constitucional, y finalmente se analizará el arbitrio iuris como propuesta mayoritaria para tasar el perjuicio moral en Colombia.

1. El perjuicio moral en Colombia

En el derecho colombiano no siempre se ha hecho distinción entre daño y perjuicio, por el contrario ha habido una tendencia a asimilar tales conceptos, pese a las connotaciones que esa práctica lleva consigo⁴. Como se recuerda, el daño hace referencia a la lesión en si misma causada al derecho o interés objeto de protección jurídica, en cambio el perjuicio trata de las consecuencias del daño en el derecho o interés objeto de protección jurídica⁵.

Por fortuna esa tendencia ha venido siendo revisada por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶. No obstante que en el lenguaje doctrinal e incluso jurisprudencial suele usarse indistintamente las dos categorías citadas.

Como se analizará, la tipología que es objeto de estudio, corresponde al concepto de perjuicio, toda vez que hace referencia a manifestaciones de la víctima, debido a diversas situaciones que pueden causar el perjuicio moral.

⁴. En el campo jurídico la inconveniencia de su asimilación surge desde que, de acuerdo con esta tesis, sólo el perjuicio puede ser objeto de indemnización, y no el daño. El comentario es de KOTEICH KHATIB, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona: Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2012, p. 112.

⁵. “Esta distinción francesa entre daño y el perjuicio recuerda la discusión que en su momento se dio en el ambiente italiano alrededor de las categorías (contrapuestas) del daño – evento y el daño – consecuencia. En efecto puede establecerse un parangón entre el daño (opuesto al perjuicio) del ordenamiento francés y el daño – evento (opuesto al daño –consecuencia del ordenamiento italiano, porque en ambos lo que se pretende por esa vía es negar (al menos teóricamente) la indemnización de la lesión inicial (en nuestro caso la irrogada a la materia, al cuerpo), para que la valoración tenga cuenta únicamente de sus consecuencias en el patrimonio económico y/o moral de la víctima; con lo cual, se procede de conformidad con los postulados tradicionales de la responsabilidad civil concebidos y establecidos, en cualquier caso, antes de que los derechos de la personalidad irrumpieran en el mundo de la responsabilidad civil.” cita de KOTEICH KHATIB, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona: Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2012, p.115. Ver también, SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral.” Artículo publicado en la revista "Foro Jurídico", Año 1, N° 2, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio de 2003, p. 28.

⁶. Por ejemplo en el daño a la salud, adoptado por medio de la Sentencia radicado 38222 y 19031 del 14 de septiembre de 2011, proferida por el Consejo de Estado, se acepta reparar el aspecto estático o daño en estricto sentido y el aspecto dinámico o perjuicio.

A partir de los estudios que sobre esta noción ha realizado la doctrina⁷, el daño moral se ha definido desde varias perspectivas; así, se tiene una definición por exclusión, según la cual el daño moral es todo detrimento que no puede ser considerado daño patrimonial⁸; quienes adhieren a estas ideas, sostiene la doctrina, prefieren utilizar la expresión “daño extrapatrimonial” en lugar de daño moral, a la que asignan un alcance más amplio. Se ha criticado esta noción porque concibe el daño moral de manera residual o negativo, esto es como categoría en la que converge todo daño que no pueda ser considerado patrimonial⁹.

Por la índole extrapatrimonial del derecho lesionado. Se considera que el daño moral consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial¹⁰, en contraposición, el daño patrimonial es pura y exclusivamente la lesión a bienes materiales. La distinción se centra en el distinto carácter del derecho lesionado y guarda relación con “la gran división de los derechos...”. Como crítica se sostiene que la noción de daño en sentido estrictamente jurídico, no se identifica con la de daño en sentido naturalístico, expresión esta última que debe ser entendida como la lesión de un bien o de un derecho. Se afirma que el derecho no protege los bienes en abstracto, sino que lo hace siempre que esos bienes satisfagan necesidades humanas (intereses)¹¹. Y tampoco es exacto que la lesión a un derecho extrapatrimonial arroje necesariamente un daño de esa índole. Es el

⁷. PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño Moral, Prevención. Reparación. Punición: El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, José Luís Depalma (Edit), 2º edición, junio de 2004, pp. 34 y ss.

⁸. FUEYO LANERI; Aguiar Dias, *Da responsabilidades civil*, t.II, no 226, p.771; Fisher, *Los daños civiles y su reparación*, p.222; Ripert – Boluanger, *Traité de droit civil*, t.I, p.377; Chartier, *La réparation du préjudice*, no.114, p.152, entre otros. Citado por PIZARRO, Ramón Daniel. Op-cit. p.33.

⁹. Sobre las críticas ver HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C.: Universidad Externado, reimpresión 2007. p. 191.

¹⁰. MAZEAUD, H. y L.-Tunca, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I-I, no. 293 p.414; Savatier; *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2 ed, No.525; entre otros. Citado por PIZARRO, Ramón Daniel. Op-cit. p.34.

¹¹. BUERES, *Derecho de daños*, p.286, citado por PIZARRO, Ramón Daniel. Op-cit. p.35.

caso de la lesión a la integridad sicofísica de una persona que puede generar, además del daño moral, también uno de carácter patrimonial (...).¹²

Daño moral como menoscabo a derechos referidos a la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica. El que se infiere al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad, que protegen como bien jurídico tutelado a los atributos de la personalidad, tales como la paz, la vida íntima, la libertad individual, la integridad física, etc. Se critica porque hace acento en la índole de los derechos pero en forma restringida; además, solo tiene en cuenta la índole del derecho lesionado más no la repercusión que en sí misma produce la acción dañosa del patrimonio de persona o en su subjetividad¹³.

Doctrina que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado. El daño consiste en la lesión a un interés reconocido por el derecho o, al menos, no ilegítimo. Se sostiene que según este enfoque, el daño moral consiste en la lesión a un interés de carácter extrapatrimonial, que es presupuesto de un derecho, en contraposición, el daño material debe ser definido como una lesión o menoscabo a un interés de orden patrimonial¹⁴. Se critica porque como las anteriores analizadas confunde las expresiones “daño en sentido amplio” y “daño resarcible”.

Doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento. Sostienen que el concepto de daño moral debe ser determinado siguiendo el mismo camino que se utiliza para definir al daño patrimonial resarcible, que no es otro que el de las

¹². HENAO Pérez, Op-cit. pp.260-261.

¹³. BUERES, El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1992, No. 1, p.238; Zavala de González, Resarcimiento de daños, t.2ª, “Daños a las personas, integridad psicofísica, 4 y 5, p.22 y ss, en esp.p.25. Citado por PIZARRO, Ramón Daniel. Op-cit. p.36.

¹⁴. DE CUPIS, El daño, trad. De la 2ª ed. Italiana por Ángel Martínez Sarrión, No.10, p.120; Alpa, Responsabilità civile e danno, Capítulo 7, No 1, p.463 y ss., en esp.p.465; Pefetti, M., Prospettive di una intepretazione dell' art.2059, C.C. EN “Rivista Trimestrale di Diritto Privatto, nov.1987, ps.182; entre otros. citado por PIZARRO, Ramón Daniel. Op-cit. p.38.

consecuencias o repercusiones de la acción dañosa; agregan que, para ello es menester formular una distinción necesaria, entre lesión o daño en sentido amplio y daño resarcible.

Concluyen en que el daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial; o, con mayor precisión una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer, sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial¹⁵.

Otra parte de la doctrina hace notar que la propia noción de “daño moral” es un concepto jurídico que no delimita concretamente un significado particular¹⁶.

Por su parte, el doctrinante Sessarego al referirse al daño moral sostiene:

“La segunda observación que se nos ocurre se deriva de lo antes expresado: que el mal llamado daño “moral” no es una instancia autónoma o diferente del “daño a la persona” sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional. De ahí que, a la altura de nuestro tiempo, carece de significado seguir refiriéndose obstinadamente a un supuesto daño “moral”. Lo que se daña son los principios morales de una persona. Este específico daño al bagaje moral causa, en la persona que lo sufre, perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas. En síntesis, a propósito de un agravio a los principios morales lo que se daña, por las perturbaciones que origina, es la esfera psíquica del sujeto.

De ahí que el mal llamado daño “moral” -que es exquisitamente jurídico- se incorpora como un específico aspecto del más amplio espectro del genérico “daño a la persona” en la categoría del “daño psicosomático”, preponderantemente de carácter psíquico.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a la conclusión que el mal llamado daño “moral” es sólo un daño emocional, una **perturbación psíquica no patológica**, que normalmente se traduce en dolor o sufrimiento. No llega a ser, por consiguiente, una patología o enfermedad psíquica, dentro de los diversos grados que de este

¹⁵. ORGAZ, El daño resarcible, No.77, p.200 y ss; ZAVALA GONZALEZ, El Resarcimiento de daños, t. 2^a. “Daños a las personas”, integridad sicológica 6, p.26 y ss; Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, t.IV, No. 33 p.90; ídem. Entre otros. Citado por Pizarro, Ramón Daniel, ob-cit. p.40 a 43. Esta doctrina ha sido criticada por Eduardo A. Zannoni y El daño a la responsabilidad civil, Cap.VI, 85, p.287 y siguientes y por Alberto Bueres, El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1992, No.1, p.237 y siguientes.

¹⁶. BARRIENTOS ZAMORA, Marcelo. Del daño moral al daño extrapatrimonial : la superación del Premium dolores. En Revista Chilena de Derecho, vol.35 No.1, 2008, p. 85 [En línea].

mal se conocen en la actualidad. Una perturbación psicológica, por lo general, es transitoria. No son muchos los casos en que dicha perturbación se convierte en patológica.”¹⁷

En el derecho colombiano se ha elegido el precio del dolor o “*pretium doloris*” que corresponde al patrimonio moral o afectivo “*pretium affectionis*, de la persona, con proyecciones a la integridad psíquica, sin que se confunda con los daños psicológicos o psíquicos.”¹⁸ Los eventos en los que proceden son variados, a ese respecto valga el comentario del profesor Henao Pérez cuando sostiene: “su campo es tan amplio que basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda”¹⁹

Ahora bien, ya desde el derecho Romano, bajo el tipo de “*iniuria*”, con carácter objetivo²⁰, se reparaban con pena los daños extrapatrimoniales (lesiones a la integridad física o síquica de la persona; a su honor o buen nombre; a su intimidad, y luego a la lesión de toda lesión del derecho de la personalidad) sufridos por las víctimas, quien podía intentar la *actio iniuriarum aestimatio*, con el fin de que el juez, previo juramento estimatorio de la víctima, fijara el monto de la pena²¹.

¹⁷. SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral.” Artículo publicado en la revista "Foro Jurídico", Año 1, N° 2, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio de 2003.

¹⁸. Ver NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral: al daño fisiológico ¿una evolución real?, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión 2001. Op-cit. pp.28, 42 y 63.

¹⁹. HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Op-cit. 244.

²⁰. Según LEBRIGE, ARLETTE. Quelques Aspects de la Responsabilité Pénale en Droit Romain Classique, PUF, París, 1967, pp 66 ss. Citada por Navia Arroyo, Felipe. El daño moral. Al daño fisiológico ¿una revolución real?, ensayo de derecho privado. Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión mayo de 2000, p.18 pie de página. Para la época de las XII Tablas, la responsabilidad por iniuria tenía carácter objetivo. Sólo al final de la República, y con certeza a partir del reinado de Augusto, “la jurisprudencia comienza a introducir la idea de culpa en el análisis de la iniuria.”

²¹. NAVIA ARROYO, Felipe. Op-cit. p. 18. En el mismo sentido, analizando el antecedente del daño moral en el derecho Romano, Español, Alemán y Francés, la obra de Pizarro, Ramón Daniel, op-cit. pp. 55 59. Aunque según la doctrina de Massimo Bianca, con apoyo en un pasaje de Gayo, considera que el derecho romano no admitía la resarcibilidad del daño a la persona por cuanto ésta carece de precio, Diritto Civile. V. La Responsabilità, Milàn, Giuffrè Editores, 1994, pp.177 y 178, citado por NAVIA ARROYO, Felipe. Op-cit. p.19

Hoy es claro que la finalidad del instituto de la responsabilidad no es de carácter sancionatorio, sino resarcitoria, entre otras finalidades, como más adelante se ampliará esta visión.

En muchos lugares del mundo, se consideró que el único daño reparable era el daño material, porque el moral, no era medible y además las lágrimas no se pagan²². En el caso colombiano, según la doctrina, luego del fallo Villaveces²³, la clasificación más completa del daño moral la hizo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en tres conocidas sentencias del 23 de abril de 1947, en las cuales se señaló que dicho daño puede ser subjetivo²⁴ y objetivo²⁵. El primero referido al daño sobre los bienes de la personalidad (los afectos de la persona, el honor, sin tener en cuenta su aspecto patrimonial) y el segundo, relacionado con los daños al patrimonio de la persona o con repercusiones sobre el patrimonio de la víctima. A su vez, el daño moral fue clasificado en dos²⁶: el daño moral social y el daño moral afectivo (*pretium doloris*); el primero vinculado con el nombre, la imagen, y el segundo vinculado con el aspecto afectivo, sentimientos, psiquis de la persona, dolor, padecimientos, etc. como ocurre en el caso de la muerte de un pariente, etc.

Por su parte la denominación daño moral objetivo u objetivado fue objeto de críticas al punto de denominarlo un fantasma²⁷, dado a su evidente carácter patrimonial encubierto como

²². NAVIA ARROYO, Felipe. OP. cit. p. 26. “Se conoce en la literatura jurídica colombiana como fallo Villaveces, el proferido en 1922 complementada en el año 1924, por la CSJ., en la cual por primera vez se repara el daño inmaterial (moral) causado por el Estado a un tercero, debido a que el despojo mortal de la esposa del señor León Villaveces fue exhumado y depositado sin su autorización en una fosa común. La Corte Suprema de Justicia derivó la indemnización del artículo 2356 del Código Civil Colombiano”

²³. Primera sentencia que reconoce el daño inmaterial (construcción de un monumento a la esposa fallecida por valor de \$ 3.000) en Colombia, año 1922 Corte Suprema de Justicia, 1922, M.P. Dr. Tancredo Nannetti. Gaceta Judicial, XXIX Y XXXI, PP.220 y 83, citado NAVIA ARROYO, Felipe. Op-cit. p.27.

²⁴. Ibíd. P. 27.

²⁵. Ibíd., Op-cit. p.38

²⁶. Ibíd. Op-cit. pp.28,41,63,76.

²⁷. Ver Henao Pérez. Op-cit. pp.260-261.

daño moral, con lo que en la actualidad ha desaparecido del lenguaje jurídico de la jurisprudencia, conservándose solo la noción de daño moral subjetivo o “pretium doloris”. Es preciso aclarar que el daño moral se distingue del daño síquico²⁸, aunque en principio pareciera existir alguna similitud, así:

“el daño síquico es la alteración duradera y objetiva de la personalidad individual en su eficiencia, en su capacidad de adaptarse, en su equilibrio²⁹. Dicha alteración puede manifestarse en una pluralidad de formas que van, solo para dar algunos ejemplos, desde la neurosis traumática hasta la depresión, desde la anorexia o bulimia hasta la esquizofrenia, desde la agorafobia hasta las dificultades relacionales y de aprendizaje. Como es evidente, se trata de verdaderos síndromes patológicos, destinados a durar en el tiempo, y no de simples variaciones pasajeras del humor o del estado de ánimo de la persona”³⁰.

En esa dirección, para la doctrina la diferencia entre el perjuicio moral y el síquico está relacionada con la temporalidad de la lesión y el carácter patológico, porque mientras en el primero la lesión es pasajera y sin secuelas patológicas el perjuicio síquico es duradero y con patologías. Sin embargo, la fuente del mismo es irrelevante, porque depende del tipo de persona que lo sufre³¹.

²⁸. Sobre este daño tiene dicho la doctrina: “Todo ordenamiento jurídico que se propone la tarea de proteger a la persona humana como es en concreto, sin utilizar artificios jurídicos, así como todo sistema de responsabilidad civil extracontractual que, haciendo énfasis no en la renta y el patrimonio sino en la intangibilidad de la persona, establece la prioridad de la esta, deben reservar necesariamente un amplio espacio para el daño psíquico.” ROZO SORDINI, Paolo Emanuele. *El Daño Biológico*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, primera edición 2002, Op-cit. p.300.

²⁹.Quadrio, en *Danno biológico e danno psicologico*, cit.,p.I. citado por Roso Sordini, Paolo Emanuele. *El Daño Biológico*. Op-cit. p.283.

³⁰. ROZO SORDINI, Paolo Emanuele. *El Daño Biológico*. Op-cit. p.283.

³¹. Cada persona según su sensibilidad puede reaccionar distinto. “La causa es la sensibilidad de la víctima. Un estoico de corazón seco no sufrirá con la muerte de una pariente; un amigo de corazón tierno experimenta un dolor extremo con la muerte de su amigo. A esto se debe, por lo demás, que el número de víctimas de perjuicio moral sea limitado: cada cual se cree víctima” la cita es de Ripert. *La regla moral en las obligaciones civiles*, trad. de Carlos Valencia Estrada, Bogotá, La Gran Colombia, 1946, p.270, citado por NAVIA ARROYO, Felipe. Op-cit.p. 19.

Igualmente se debe aclarar que el daño moral es diferente al daño a la salud³², toda vez que éste es el reflejo o consecuencias de las lesiones a la integridad psicofísica sufrida por la víctima; inclusive, en esta nomenclatura cabe el daño psicológico³³.

En punto a la ubicación del daño moral dentro de las tipologías de daños y perjuicios en Colombia, siguiendo las orientaciones del profesor Henao Pérez³⁴, se recordará que los perjuicios se clasifican común mente en materiales, que son los que se pueden medir para su tasación en dinero, e inmateriales, que son aquellos que en principio no se les puede medir en dinero, pero que con éste se puede compensar o satisfacer a la víctima³⁵, esta es la razón por la cual no es recomendable usar la expresión indemnizar porque significa dejar indemne a la víctima³⁶, asunto que resulta imposible en los daños inmateriales³⁷. Es dentro de ésta última macro categoría de la cual hace parte el daño moral.

En términos casuísticos, el daño moral se manifiesta en angustia, dolor, fatiga, pesar, sufrimientos, derivado de lesiones psicofísicas, muerte de un ser querido, pérdida o daño de una cosa, detención injusta, etc.³⁸

De cara a las consideraciones que preceden, en la presente investigación se hará referencia al perjuicio moral o *pretium doloris* o *pretium affectionis*, que es de referencia común en la jurisprudencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

³². CORTÉS, Édgar. Responsabilidad civil y daños a la persona: el daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión, 2012, pag.149 y Paolo Rosso. Op-cit. p. 287.

³³. ROSO SORDINI, Paolo Emanuele. El Daño Biológico. Op-cit.

³⁴. HENAO, Pérez. Op-cit. pp.191 y ss.

³⁵. Ibíd., p. 231.

³⁶. Ibíd., p. 230 a 231. No obstante el profesor Henao Pérez sigue usando la palabras indemnizar en su manual, por el contrario otra parte de la doctrina prefiere usar la palabras reparar indemnizar para los bienes materiales y compensar para los bienes inmateriales. En este punto siguiendo a De Cupis, consideramos que en todo caso puede usarse la expresión indemnizar pero entendida desde el punto de vista jurídico, ver De Cupis, p. 748.

³⁷. Sobre el punto DE CUPIS, Adriano. El daño. Barcelona: Bosch 1975, pp.594 y 748

³⁸. Sobre este punto, ver Henao Pérez. Op-cit. p. 244.

La experiencia ha indicado, al menos en los últimos noventa años³⁹, que con respecto de los daños materiales ha habido uniformidad de criterio por parte de la doctrina y la jurisprudencia en Colombia y en general en el mundo, al considerar que éste se clasifica a su vez, en daño emergente consolidado y futuro y lucro cesante consolidado y futuro.

No ha ocurrido así, con los daños y perjuicios inmateriales, respecto del cual aún no hay acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia comparada. Advirtiéndose disparidad de criterios entre ordenamientos jurídicos, pero además mayor evolución del Instituto de la Responsabilidad Civil y del Estado y del derecho mismo⁴⁰, como disciplina científica.

En la experiencia colombiana, a partir de la jurisprudencia, en especial del Consejo de Estado, la cual ha sido protagonista de la creación, clasificación y adopción de las tipologías de daños reparables en Colombia⁴¹, como suele ocurrir en el mundo en lo que respecta al instituto de la responsabilidad⁴², el daño inmaterial se clasifica atendiendo al interés o derecho lesionado, así, si el daño se deriva de lesiones psicofísicas a la persona, la clasificación de los perjuicios inmateriales son el perjuicio moral y el daño a la salud⁴³; en cambio, si el daño es por muerte de

³⁹. Se toma como referencia el fallo Villaveces colombiano 1922 y 1924 y el fallo Letisserand francés de 1961.

⁴⁰. CORTES, Edgar. Op-cit. p. 17.

⁴¹. Colombia, a diferencia de otros países, tiene un sistema indemnizatorio abierto –igual al francés, esto es, no existe una norma constitucional o legal –a diferencia, por ejemplo del sistema italiano que limita el reconocimiento e indemnización de los daños no patrimoniales a los definidos por la ley (art. 2059 C. Civil Italiano). Por lo tanto, a partir de un sistema abierto de reparación, es posible que exista una tendencia fuerte y marcada a la proposición de diferentes categorías de daños, la cual veo con preocupación, por lo cual se debe trazar una sistematización que garantice el respeto por el principio de reparación integral, sin llegar a generar un enriquecimiento sin justa causa de la víctima. Gil Botero Enrique. Institución del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011, ver también en Revista digital de Derecho Administrativo, n.º8, segundo semestre/2012, Universidad Externado de Colombia, pp. 89-145; ver Édgar Cortés, op – cit, Pp. 204-205 y Carlos Sessarego Fernández, Carlos, p. 38. Ver también, Rozo Sordina Paolo Emanuele. El Daño Biológico. Op- cit. p. 62.

⁴². *Ibíd.*

⁴³. Ver Consejo de Estado Sentencia radicado 19031 y 38222 del 14 de septiembre de 2011, M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

la víctima, el perjuicio para sus dolientes puede ser perjuicio moral y alteraciones a las condiciones de existencia⁴⁴.

Habiéndonos aproximado al daño moral que es el tema central de esta investigación, corresponde ahora estudiar cómo éste se justiprecia, mide o valora.

2. Sistemas para tasar el daño moral

No obstante que los verbos valorar, tasar y cuantificar son similares, la doctrina ha precisado las nociones de valorar y tasar un daño reparable, de la siguiente manera:

“Se trata de dos operaciones distintas, aunque fuertemente relacionadas la una con la otra. La razón de esta vinculación ha sido bien explicada por Zannoni: en tanto el daño sustantiviza un concepto jurídico abstracto, la valoración y cuantificación de los daños (y de su indemnización) “implica ya, un esfuerzo de particularización, de concreción”, lo cual supone “a partir de los elementos que nos proporciona el concepto jurídico abstracto, una suerte de individualización casuística, no es ocioso señalarlo, presupone también generalizaciones derivadas de aquél”⁴⁵”.

Agrega,

“Valorar el daño es determinar su entidad cualitativa (aestimatio) o, lo que es igual, “esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras⁴⁶”.

⁴⁴. A esa conclusión ha de llegarse a partir de la lectura de la sentencia Radicado 38222 y 19031 del 14 de septiembre de 2011.

⁴⁵. ZANNONI, Significado y alcance de la cuantificación del daño (una aproximación generalizadora), en revista de Derechos de Daños”, 2001-1, p.7. en, PIZARRO, Ramón Daniel Op-cit., p.418 – 419.

⁴⁶. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, t.4, “Presupuestos y funciones del Derecho de daños”, p. 481.

Para la doctrina,

“El proceso de cuantificación del daño procura determinar cuánto debe pagarse en concepto de indemnización, para alcanzar una justa y equilibrada reparación del detrimento⁴⁷. A través de ella se liquida la indemnización, operación que ha sido considerada por un sector de la doctrina italiana como de fijación o *accertamento* del monto pecuniario debido por el responsable al damnificado”⁴⁸.

A ese respecto son varios los sistemas usados para medir tales perjuicios, atendiendo a las preferencias de los ordenamientos jurídicos. Así, tenemos sistemas en los cuales es la propia ley en forma más o menos rígida que fija los parámetros valorativos del perjuicio e incluso la cuantía del mismo; otro es, cuando es el juez quien valora y cuantifica el daño en un proceso judicial a la luz del principio de reparación plena o integral; en forma mixta, cuando se combinan los anteriores; y, por acuerdos transaccionales en materia contractual⁴⁹.

El sistema Colombiano se podría calificar de mixto, sin embargo, si se repara en el mandado del mismo legislador se llega a la conclusión que es el juez quien por vía de principios debe hacer la tarea⁵⁰; en este evento el juez administrativo.

Ahora bien la doctrina está de acuerdo en que una de las características de los daños y perjuicios inmateriales es precisamente la dificultad para tasar el quantum a reparar a las víctimas, debido a la imposibilidad para medir por igual y en forma objetiva estos perjuicios.

Lo anterior se explica por las diferencias entre las víctimas, propio de su individualidad; falta de un común denominador para establecer la relación entre el padecimiento espiritual y la indemnización dineraria, etc. Esa es la razón por la cual en muchos lugares del mundo se han

⁴⁷. GHERSI, Daño moral y psicológico. Daño a la psiquis. Cuantificación económica, Cpas. II y III; Cricenti, Il danno non patrimoniale, Cpa. X, p. 357 y ss.; Franzoritto pubblico dell'economia, Francesco Galgano (dir.), p.260 y siguientes. Citado por PIZARRO, Ramón Daniel, p.419.

⁴⁸. Conclusiones y citas en la obra de PIZARRO, Ramón Daniel. Op-cit. pp. 419 a 420. Este mismo autor sostiene que es más difícil tasar el daño material que el daño moral.

⁴⁹. Ibíd. pp. 421-422

⁵⁰. Artículo 16 Ley 446 de 1998

adoptado mecanismos para tasar esos perjuicios, tal es el caso del daño a la salud en la experiencia italiana y francesa⁵¹.

Quizás por esas mismas razones, es tarea que en el mundo de ordinario se ha dejado a la jurisprudencia para garantizar mayor objetividad, si se tiene en cuenta que al legislador le es imposible prever todas las posibles lesiones al patrimonio de la persona.

Seguidamente corresponde determinar si el ejercicio de tasar el perjuicio moral, es finalmente un caso difícil, de cara a la categoría que ha propuesto Dworkin⁵².

3. La tasación del perjuicio moral es un caso difícil?

Se ha dicho por parte de la doctrina que el daño moral no es fácil medir de cara al principio de igualdad que tienen las víctimas a partir de la naturaleza de las lesiones y de la individualidad de aquellas. Por esa razón considera la jurisprudencia que lo mejor sería dejar al juez la tarea, la cual debe cumplir a partir de normas abiertas, antes que la rigidez que presupone las prescripciones de reglas jurídicas inflexibles⁵³.

En esa dirección podría calificarse la tarea de tasar el daño moral, como un caso que encuadra dentro de la categoría de casos difíciles, que son aquellos litigiosos que no se subsumen sin controversia dentro de una determinada regla⁵⁴. Y ello es así, porque aún por medio del lenguaje prescriptivo del legislador no es posible que el juez de soluciones pacíficas

⁵¹. *Ibíd.*, p. 420

⁵². DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (traducción de Marta Guastavino). Barcelona: Editorial Ariel, 8ª reimpresión, 2010. p.146.

⁵³. Esa ha sido la experiencia vivida al menos en el ordenamiento jurídico francés y colombiano....

⁵⁴. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (traducción de Marta Guastavino). Barcelona: Editorial Ariel, 8ª reimpresión, 2010. P. 146.

en término de igualdad y reparación integral a las víctimas de perjuicios morales, al momento de tasar éste perjuicio.

Si se acepta que la tarea de tasar y cuantificar el daño moral es un caso difícil, debe igualmente seguirse las orientaciones de Dworkin⁵⁵, según el cual estos se solucionan acudiendo a los principios, como normas jurídicas que son, las cuales por su textura abierta ofrecen un mayor margen de acción del operador jurídico

No obstante, como se verá más adelante, esa no ha sido la línea seguida de antaño por la jurisprudencia colombiana y recientemente por jurisprudencia la mayoritaria del Consejo de Estado, al rechazar el principio de proporcionalidad en la tasación del perjuicio moral, y orientar la argumentación por la vía del *arbitrio iuris*, de lo cual no se puede colegir que se abandone por completo algunos elementos del principio de proporcionalidad, tal como el sub principio de ponderación.

Resuelto entonces, prima facie, que la tasación del perjuicio moral es un caso difícil, y que la jurisprudencia mayoritaria prefiere el arbitrio judicial, se hace necesario indagar cuál es la oferta normativa institucional que dispone el operador jurídico en Colombia, para dar solución al caso así calificado.

4. Los principios como oferta normativa institucional en la experiencia colombiana para tasar el perjuicio moral.

El Legislador colombiano ha prescripto, en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el siguiente mandato:

⁵⁵. Ibíd.

Artículo 16. *Valoración de daños.* 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.(subrayado no es del texto original).

Por su parte la jurisprudencia colombiana de antaño y recientemente del Consejo de Estado ha optado por tasar y cuantificar el perjuicio moral a través del *arbitrio iuris*, y en lo que hace referencia a la Constitución la doctrina considera que la responsabilidad debe atender principalmente a los siguientes principios: dignidad humana, igualdad y solidaridad⁵⁶

Así las cosas, a partir de la constitucionalización del derecho colombiano⁵⁷, en lo que concierne a este daño, al igual que al daño en la salud, son cuatro las fuentes jurídicas a las cuales hay que consultar para tasar el daño moral: la Constitución Nacional, la ley, la jurisprudencia y la equidad.

En lo que hace referencia a la Constitución la doctrina considera que debe atenderse principalmente a los siguientes principios: dignidad humana, igualdad y solidaridad⁵⁸

En línea con el argumento que se trae, puede afirmarse, a modo de síntesis, que la tasación del daño moral, impone al operador jurídico, consultar los principios de reparación integral, equidad, dignidad humana, igualdad, y solidaridad; tarea que debe desarrollar por vía del *arbitrio iuris*.

Referente a la reparación integral, de acuerdo con la doctrina, “se deduce del concepto mismo de responsabilidad civil, que está orientado a restablecer, en la mejor medida posible, el equilibrio destruido por el daño, colocando a la víctima en una situación próxima a la anterior, en la mejor medida posible, el equilibrio destruido por el daño”⁵⁹. Y, supone cuatro

⁵⁶. CORTES, Edgar. p. 80.

⁵⁷. Ver: La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano. Guastini, Ricardo, en Neo constitucionalismo (s), editorial Trotta, S.A., Madrid, 2003, p. 49 y ss.

⁵⁸. CORTES, Edgar. p. 80.

⁵⁹. PIZARRO, Ramón Daniel. Op.-cit. p339

aspectos concurrentes: i. fijación del daño al momento de la decisión, ii. la indemnización no debe ser inferior al perjuicio, iii. la apreciación debe formularse en concreto y iv. La reparación no debe ser superior al daño sufrido.⁶⁰ Es preciso no confundir la reparación integral como la totalidad de los bienes objeto de protección sino como la reparación integral del mismo bien o interés lesionado y que ha sido previamente seleccionado como resarcible⁶¹. Con respecto a la equidad, según Alejandro Nieto⁶², es imposible que ésta se realice sin contar con la discrecionalidad. Para otros autores, ésta es un principio⁶³. Tesis que se acoge a partir de las orientaciones de Guastini⁶⁴, según la cual un principio tiene al menos las siguientes características: indefectibilidad y generalidad, los cuales consideramos reúne la equidad.

Ahora bien, en relación con los principios constitucionales de dignidad humana, igualdad y solidaridad, el siguiente pasaje del profesor Édgar Cortés, nos da una dimensión de su importancia y contenido en el nuevo derecho de daños:

Así, una solución que, partiendo de la aplicación de las reglas de la responsabilidad, otorgara un tratamiento diferente a dos víctimas que han sufrido la misma lesión, estaría desconociendo el principio de igualdad; una solución que dejara a la víctima de un daño privada de una reparación capaz de permitirle su desarrollo esencial como parte de la sociedad, sería una solución que atentaría contra el principio de dignidad; una solución que, en fin, que viera a las víctima sin un mecanismo que le permitiera acceder a algún tipo de reparación y abandonada a su suerte, podría contrariar el principio de solidaridad que impone el Estado social de derecho⁶⁵

⁶⁰. Ibid. pp.333 -334.

⁶¹.: “la reparación de todo el daño que se ha causado, pero sólo de aquellos daños que se consideran como resarcibles y no aquellos que aún no se consideran como tales; en otras palabras, el llamado principio de reparación integral no es un criterio de selección para determinar qué daños son merecedores de tutela”. Cortes, Edgar. Op – cit. p.62.

⁶². NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Editorial Ariel S.A., primera edición, 2000, p. 234.

⁶³. Ver Peñaranda Quintero, Héctor Ramón. Principio de Equidad Procesal, En, Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas | 21 (2009.1). Universidad de Zulia – Venezuela [En línea] pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/21/hectorpenaranda.pdf.

⁶⁴.GUASTINI, Riccardo. Ponderación: un análisis de los conflictos entre los principios constitucionales, En revista, Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia, Año 2, N.º 08, agosto 2007, Lima – Perú, p. 634.

⁶⁵. Édgar, Cortes. Op.cit. p. 81.

En resumidas cuentas, el operador jurídico al momento de tasar el daño moral, en Colombia, dispone de discrecionalidad para reparar a las víctimas de perjuicios morales, para lo cual le es obligatorio respetar los principios de reparación integral, equidad, igualdad, dignidad humana y solidaridad, además, se deberá tener en cuenta el principio de Estado social de derecho.

Siendo así las cosas, debe agregarse que esa discrecionalidad, por supuesto, no debe entenderse como arbitrariedad, por lo mismo, debe el juez desarrollar estrategias para reducir la subjetividad en sus decisiones de cara a los principios constitucionales que están en juego. Debe recordarse, que la técnica más sofisticada para tratar los principios es la proporcionalidad y dentro de ésta la ponderación.

En ese contexto se impone al juez la argumentación como método para persuadir⁶⁶ y a su vez como arma para legitimar su decisión en una sociedad democrática y pluralista como lo es la colombiana⁶⁷.

No está por demás echar una mirada a la jurisprudencia colombiana en punto a los pronunciamientos en punto a tasar el daño moral en los últimos tiempos.

5. Cómo se ha tasado el daño moral en la jurisprudencia Colombiana en los últimos nueve decenios.

Con el fallo Villaveces de 1922 y 1924,⁶⁸ del Consejo de Estado colombiano, y en Francia con el fallo Letisserand de 1961, proferido por el Consejo de Estado de ese país, en los

⁶⁶. FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMÓN. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: IUSTEL, 1ra edición 2005, p. 67.

⁶⁸. Gaceta Judicial, pp.220 y 83, citado por Navia Arroyo, Felipe. Op-cit. p.27. (principal y complementaria).

cuales se reconoce por primera vez los perjuicios morales, quedó superada la etapa, heredada del derecho Romano, en la cual la reparación de los daños inmateriales, entre ellos el perjuicio moral era inaceptable⁶⁹. Luego se abandonó la práctica de valorar y cuantificar el daño moral por vía pericial, al descartarse lo que en su momento se denominó un “dolorímetro.”⁷⁰

Con esos antecedentes, en la práctica judicial la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia tasa el daño moral de la siguiente manera: para las víctimas directas, en el caso de lesiones psicofísicas, a partir del informe del médico forense el cual determina el grado de afectación, aunque no es una práctica absoluta, toda vez que en algunos casos no se tiene en cuenta dicho informe; pues, le basta al juez con la prueba de la lesión⁷¹; y, para las víctimas indirectas, en el caso de muerte y lesiones psicofísicas a partir de la prueba del parentesco, del cual se presume el perjuicio.

En este último caso se hace referencia a aquellas personas que conforman el núcleo familiar: esposa, esposos, compañeros y compañeras⁷², hijos, padres, madres⁷³, abuelos y hermanos⁷⁴.

Es preciso recordar que el vínculo filial no es condición para reparar el daño moral, basta con que se demuestre la ocurrencia del perjuicio a raíz de la muerte, del accidente o circunstancia particular que lo provoque, como por ejemplo la pérdida o lesiones a las cosas⁷⁵.

⁶⁹. ROZO SORDINI, Paolo Emmanuele. Op - cit. p.112, ver además, KHOTEICH KHATIB, Milagros. p.37.

⁷⁰. Expresión de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de marzo de 1951 G.J.,T.LXIX, P.382, citado por Navia Arroyo, Felipe. p.29. ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de negocios generales. Bogotá. 20 de junio de 1941. M.P. Hernán Salamanca. Gaceta judicial T. XLI. P. 293. 54 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA y Sala de Negocios Generales, Sentencia del 3 de noviembre de 1942, GJ T LIV p. 393. En el mismo sentido Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales, Sentencia del 26 de noviembre de 1942, GJ 421, n 1981

⁷¹. Sobre el tema ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado 170013103005 1993 00215 01, del 20 de enero de 2009, M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁷². En estos dos casos se requiere demostrar el vínculo por medio de pruebas testimoniales, aunque no hay tarifa legal.

⁷³. Se incluyen los padres y madres adoptivos, los cuales deben demostrar esa condición por no ser objeto de presunción.

⁷⁴. Se incluyen los hermanos adoptivos y de crianza, quienes deben demostrar ese vínculo. ver sentencia T- 734 de 2009 Corte Constitucional de Colombia.

Establecida la existencia del perjuicio o presumido el mismo⁷⁶, el juez procede a determinar la tasación teniendo en cuenta el máximo establecido por la ley o la jurisprudencia, a partir del arbitrio judicial. Para esta tarea no siempre ha estado ausente el legislador como se verá.

En el caso de la jurisdicción contenciosa administrativa, con base en el artículo 95 del Código Penal de 1936, al juez administrativo haciendo uso del arbitrio judicial, se le impuso un máximo de hasta \$ 2.000; posteriormente a partir del 19 de febrero de 1978, con base en sentencia del Consejo de Estado de 1978⁷⁷ se adoptó un nuevo tope por valor de 1.000 gramos oro; cuantía que luego fue respaldada por el legislativo, en el artículo 106 del Código Penal de 1980; luego a partir del año 2001, la misma Corporación adoptó un tope máximo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁷⁸, por considerar que el factor oro no era la unidad más adecuada para mantener actualizada la reparación.

Finalmente, por medio de la sentencia radicado 36460, consideró el Consejo de Estado que en casos de perjuicios derivados de conductas delictivas deberá tenerse en cuenta el tope establecido por el artículo 97 de la ley 599 de 2000⁷⁹.

A partir de los datos suministrados precedentemente, se advierte que la mayor discrecionalidad en la tarea de medir el daño moral se presenta, en primer lugar, en la

⁷⁵. Detenciones injustas, acusaciones injustificadas, afrentas a la dignidad humana por despidos injustos: “su campo es tan amplio que basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda” el comentario es de Henao Pérez. Op-cit. p 244.

⁷⁶. En el caso de los parientes, el raciocinio del Consejo de Estado ha sido el siguiente: “establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su hija y hermana, por cuando las reglas de la experiencia hacen presumir que el óbito de un pariente cercado causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad” GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C.: Ibáñez, 2010, p.191.

⁷⁷. Jurisprudencia y doctrina, T.VII, No.76, 254. C.P. Dr. Jorge Valencia Arango, citado por Navia Arroyo, Felipe. Op-cit. p. 76.

⁷⁸. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.231-15.646.

⁷⁹. Consejo de Estado, radicado 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460) del 25 de septiembre de dos mil trece (2013), Sala Plena Sección Tercera, M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

estipulación del porcentaje de invalidez o deficiencia funcional de la víctima directa en casos de lesiones psicofísicas, porque, como es lógico, ese riesgo no aplica en caso de muertes.

En eventos de lesiones es común y además lo recomendable, que los jueces se basen en el informe pericial, los cuales a partir de baremos médicos establecen o tasan la magnitud o tamaño de la lesión (gravedad o levedad). Sin embargo, hay eventos en los cuales será preferible tasar el perjuicio sólo a partir del arbitrio del juez antes que negar el derecho, no obstante, deberían ser casos excepcionales⁸⁰.

Visto lo anterior, se advierte que, el evento en el cual se ensancha en mayor medida la discrecionalidad del operador jurídico es en la estipulación del monto pecuniario por la lesión atendiendo a la levedad o gravedad de la misma, más no respecto de su existencia. Así, en muchos casos no se explica las razones por las cuales una persona que sufre una lesión del 30% recibe un monto de 50 salarios mínimos legales mensuales, frente a otra persona que sufre lesión con el mismo porcentaje recibe un monto inferior o superior. Tampoco se explica, prima facie, porque por la muerte de una persona se reconocen montos distintos.

Nótese como lo censurable no es la diferencia en sí misma, sino la ausencia de explicaciones de esa diferencia.

Diferencia que podría tener explicación, si se tiene en cuenta aspectos como: la edad de la víctima, u otras razones; en síntesis, los diversos elementos que aconseja la doctrina para tasar el daño moral⁸¹.

Miremos ahora en que medida el mismo instituto de la responsabilidad resulta comprometido en la tasación a partir del *arbitrio iuris*

⁸⁰. Sobre el tema ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado 170013103005 1993 00215 01, del 20 de enero de 2009, M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁸¹. GUASTINI, Riccardo. Ponderación: un análisis de los conflictos entre los principios constitucionales, En revista, Palestra *del* Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia, Año 2, N.º 08, agosto 2007.

6. El instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado y el “*arbitrio iuris*.”

En la práctica, lo que importa a las víctimas es que se establezca en forma integral sus derechos e intereses por medio del quantum del daño sufrido. No obstante, uno de los retos que tiene el instituto de la responsabilidad, es la tasación los daños y perjuicios inmateriales, en especial el perjuicio moral⁸².

Con relación a éste perjuicio tiene dicho la doctrina que por su naturaleza subjetiva y personalísima, es imposible medirlo en forma objetiva, por lo mismo, ante la dificultad evidente para tasarlo tal como se tiene dicho, el legislador colombiano, como suele ocurrir en otros ordenamientos jurídicos, de antaño, ha dejado a los jueces esa tarea, para lo cual la oferta normativa institucional se contrae al señalamiento de los principios de reparación integral y equidad⁸³. Los demás principios, como se advirtió, deben tomarse de la Constitución Nacional, porque, bien se sabe que a partir de 1991, el derecho colombiano se ha constitucionalizado⁸⁴.

A partir de las premisas que preceden, corresponde ahora indagar sobre la verdadera finalidad del instituto de la responsabilidad.

Igualmente debe analizarse en qué consiste el arbitrio iuris y de qué manera se valora, se tasa y se cuantifica el perjuicio moral, por esta vía, de cara a la finalidad del instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado.

⁸². Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Bogotá, 26 de septiembre de 2002. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Expediente No. 6878.

⁸³. Artículo 16 Ley 446 de 1998.

⁸⁴. Guastini, en CARBONEL, Miguel (Editor). Neoconstitucionalismo (s). Madrid.: Editorial Trotta, 2003,

6.1 Apuntes sobre la finalidad del instituto de la responsabilidad.

El instituto de la responsabilidad ha estado desde sus orígenes guiados por el principio de justicia correctiva, de raigambre aristotélica⁸⁵, según el cual “crea dos conjunto de deberes: un deber de primer orden (el deber de no causar daños a nadie) y un deber de segundo orden (el deber de reparar los daños que se ha causado).” se agrega, “si una persona viola el deber de primer orden de no dañar a nadie, y causa un daño antijurídico al demandante, entonces emerge el deber de segundo orden, es decir, el de reparar los daños antijurídicos causados”⁸⁶

En el derecho colombiano ese principio, “neminem laedere” o deber de cada quien de no causar, por su culpa, daño a los demás, aparece consagrado en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.⁸⁷

Sin embargo, como se sabe, esas normas fueron inspiradas en el Código Napoleónico de 1804, razón por la cual es de esperarse que no se encuentren a tono con las nuevas realidades sociales.

Así, en los tiempos de ahora, el principio de justicia correctiva se muestra insuficiente para orientar el instituto de la responsabilidad, por lo mismo la doctrina propone estructurar la responsabilidad extracontractual a partir de varios principios: principio de justicia correctiva, encaminado a la distribución de responsabilidad por daños únicamente a quien lo haya causado; principio de precaución y de prevención para compensar la deficiencia concerniente a la falta de diligencia para evitar el daño y la imposibilidad para preverlo; principio de justicia distributiva el cual se fundamenta en el uso del seguro de responsabilidad y de sistemas colectivos de

⁸⁵. BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge (Editores). La Filosofía de la Responsabilidad Civil: estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, primera edición, p. 15.

⁸⁶. *Ibíd.*, p. 14

⁸⁷. NAVIA ARROYO, Felipe. Op-cit. p.26

responsabilidad y por último el principio de justicia retributiva que justifica la aceptación de los daños punitivos destinados a crear un efecto de prevención general y especial, para el caso de daños de gran impacto para la sociedad, tales como al medio ambiente y a la salud.⁸⁸

La filosofía que precede de alguna manera encuentra concordancia con en el siguiente pasaje del profesor Édgar:

“Conocido es el paso de un modelo clásico de responsabilidad entendida como sanción derivada de la realización de un comportamiento prohibido, a un modelo que pone en el centro del debate el hecho dañoso y su función reparadora (...) así, hoy se habla de sistemas mixtos o combinados, que contienen reglas de seguridad social al lado de las de responsabilidad civil, sin que se superpongan ni se confundan los límites estructurales de cada materia (...) el intento por extender la tutela resarcitoria encuentra apoyo en el concepto de solidaridad, o mejor en la función solidarista del Estado moderno, función que se convierte en la verdadera antagónica del esquema tradicional e individualista de la responsabilidad civil de tal forma que una víctima, vista como parte débil, debe procurársele una compensación en cualquier circunstancia o cuando menos en la mayoría de los casos posibles”⁸⁹

No se puede olvidar que la Constitución de 1991, ha sido calificada de solidarista y antropocéntrica, dotada de una carta de derechos fundamentales, por demás ambiciosos, cuyo fundamento es la dignidad humana, del cual se derivan los otros derechos como el derecho a la igualdad, etc. y que además, nuestra organización política es un Estado social y democrático de derecho.

Así, es concluyente que, en el caso colombiano a partir de la constitución de 1991, la finalidad de la responsabilidad, además de ser resarcitoria, también propende por el respeto por la dignidad humana, la reparación integral, la solidaridad, la igualdad, etc.

⁸⁸. BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge (Editores). *La Filosofía de la Responsabilidad Civil: estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2013, 670. pp.16.

⁸⁹. CORTÉS, Edgar. OP-cit. pp.61, 70 a 71.

6.2 El principio de proporcionalidad en la tasación del daño moral en Colombia.

De cara con el arsenal normativo, del que se ha hecho referencia y que puede hacer uso el juez en la tarea de tasar el daño moral, corresponde analizar las dos opciones metodológicas resultantes del debate suscitado al interior del Consejo de Estado: la tasación del daño moral por vía del principio de proporcionalidad o por la vía del *arbitrio iuris*.

Una revisión de la doctrina sobre este principio, permite hacer las siguientes afirmaciones.

El principio de proporcionalidad es sin lugar a dudas una técnica moderna de control al poder. Sobre este punto, señala Ramírez Escudero “La proporcionalidad es un instrumento de la teoría de la argumentación, quizás el instrumento más poderoso y eficaz para controlar el ejercicio del poder y contrarrestar la arbitrariedad⁹⁰”.

A su vez, si se acepta la tesis de Tomas Ramón Fernández, según la cual la discrecionalidad no hace referencia a la autoridad beneficiaria sino a la naturaleza y estructura de las normas constitucionales, legales, o meramente administrativas que lo otorgan, fácil es concluir que el principio de proporcionalidad aplica para todo tipo de autoridades⁹¹. Porque finalmente lo que importa es que se ejerza alguna forma de poder y que este por ser discrecional amenace el ordenamiento jurídico y con este las libertades ciudadanas.

Para el Profesor Bernal Pulido, la proporcionalidad, junto con la racionalidad y la razonabilidad, tienen una doble función: de un lado son criterios orientadores de la Corte Constitucional por medio de los cuales se intenta tomar decisiones correctas y de otro lado es un

⁹⁰. RAMÍREZ – ESCUDERO SARMIENTO, Daniel. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo – un análisis jurídico desde el Derecho español. Bogotá D.C.:Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2007, p. 16.

⁹¹. FERNÁNDEZ, Tomas - Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial, IUSTEL, primera edición, Madrid, 2005, p.56

criterio de valoración por medio del cual la comunidad política y jurídica examina la corrección de las decisiones de la Corte Constitucional⁹².

A su vez y en concreto, el principio de proporcionalidad se estructura de la siguiente manera: tres juicios: adecuación⁹³, necesidad⁹⁴ y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁹⁵, que constituyen test con características acumulativas y actúan con carácter eliminatorios, cada uno puede actuar como un principio jurídico con autonomía propia, cualquiera de los cuales pueden constituir infracción del principio y hace finalizar la aplicación del juicio, tiene intensidad variables en referencia a su intensidad, en todo caso son mandatos de optimización en cuanto que ordenan a la Administración una actuación en la medida de lo posible, y finalmente el test de proporcionalidad es visto como una norma generadora de justificación o sea capacidad para estructurar o para fomentar la argumentación, y así contrarrestar la función deferente⁹⁶.

Como se nota el principio en comento tiene como finalidad reducir la discrecionalidad implementando mecanismos, si bien sofisticados, en todo caso ya experimentados en otras latitudes, cuyas bondades han sido evidentes, es el caso del sistema Anglosajón y la experiencia alemana, de los cuales se ha nutrido nuestra Corte Constitucional.

⁹². BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, cuarta reimpresión, 2007, 419 p. 61.

⁹³. En la propuesta al interior del Consejo de Estado se denomina sub principio de idoneidad, y hace referencia a que el medio o acto utilizado debe ser coherente para lograr el fin perseguido. RAMÍREZ – ESCUDERO SARMIENTO, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo – un análisis jurídico desde el Derecho español*. Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2007, p. 170.

⁹⁴. O medida menos restrictiva, hace referencia a que el acto o medida debe ser la menos lesiva para los intereses particulares de cuanta se pudieron elegir, surge a partir de un ejercicio comparativo entre las varias alternativas (RAMÍREZ – ESCUDERO Sarmiento. Op-cit. p.190).

⁹⁵. El acto o medida además de adecuada y necesaria debe guardar una relación proporcionada con el fin que se aspira, una vez ponderados los fines públicos y los intereses sacrificados, se trata de una balanza de medios a fines (Ob-cit. p. 206).

⁹⁶. *Ibíd.* p.166 a 170.

El uso del anterior principio fue propuesto al interior de la Corporación Judicial, por el Consejero de Estado, Santofimio Gamboa, propuesta que en lo fundamental puede resumirse de la siguiente manera:

En el sub principio de necesidad, se recomienda ser lo más benigno posible con el grado de afectación que se logre revelar en el individuo y que contribuya a alcanzar el objetivo de dejarlos indemne, agrega que se debe dosificar conforme a la intensidad de los criterios propios de la idoneidad.

Y recomienda que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, es decir teniendo en cuenta un núcleo inmediato (conformado por cónyuge, padres e hijos) y un núcleo conformado por otros familiares (hermanos, primos y nietos).

Finalmente el quantum debe oscilar atendiendo al bien lesionado, siendo mayor por muerte que por lesiones, sin embargo se debe tener en cuenta las condiciones en se encuentre el lesionado.

El sub principio de proporcionalidad estricto, busca que se ponderen razonablemente los sufrimientos y sacrificios de la víctima sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

También se articula la propuesta con dos criterios que se sugieren ponderar, el primero relacionado con mínimos objetivos de general aplicación (esto es pruebas básicas que ameritan un quantum de indemnización) y el segundo la tasación a partir de las circunstancias del caso concreto, evento en el cual se tendrá en cuenta las pruebas o presunciones de aflicción del perjuicio mas no del quantum y los criterios a ponderar, tales como dolor, aflicción, etc., grado de afectación, estructura familiar e intensidad del daño.

A partir de lo anterior las conclusiones del estudio se reflejan en el siguiente cuadro sinóptico⁹⁷, en el cual se establece el quantum a indemnizar, indicando en el mismo, tres cantidades distintas, las cuales están directamente relacionadas con las pruebas de cada uno de los elementos contenidos en los sub principios. El cuadro que se propone es el siguiente:

	Violaciones de derechos constitucionales y Derechos humanos	Pruebas testimoniales	Presunción de aflicción
Supuesto fáctico= muerte	Idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.	Idoneidad y necesidad	Indicio y presunciones de afecto acreditado.
Primer núcleo familiar	100 smlmv	50 smlmv	10 smlmv
Otros familiares	50 smlmv	25 smlmv	3 smlmv

Contra la anterior propuesta se pronunció la doctrina antagónica, de la siguiente manera:

(i) en la liquidación de los perjuicios morales no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, ni el objeto y iii) La finalidad del principio está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos.⁹⁸

Como se nota si bien la propuesta que precede podría contribuir a reducir la subjetividad en las decisiones judiciales encaminada a tasar el daño moral, en todo caso la misma luce poco

⁹⁷.Sentencia, Sección Tercera, Subsección “C” Radicado 24070 de octubre de 2012.

⁹⁸. Esta tesis ha sido presentadas dentro de varias decisiones, por parte del Consejero Enrique Gil Botero.

comprensible y además de alguna manera regresiva, en cuanto a que al momento presume el daño para los integrantes del núcleo por a bajo, además de dividir el grupo, contrariando la práctica que se tiene en la jurisdicción hasta hoy de presumir el daño por el mayor monto en caso de muertes y lesiones.

Conducta que acompasa con la nueva concepción del concepto de responsabilidad, desde la perspectiva del lesionado. No obstante lo anterior, se considera que a la fecha no se ha hecho estudios profundos en torno al alcance del principio de proporcionalidad en la tasación de los perjuicios inmateriales

Siguiendo el hilo argumental que se trae, corresponde ahora estudiar el *arbitrio iuris*.

6.3 El arbitrio iuris una propuesta de antaño que se reitera.

La doctrina tiene registrado que el arbitrio judicial es una institución que hunde sus raíces en siglo XII⁹⁹, y ha sido de uso común en el derecho colombiano, tanto en la jurisprudencia civil, familia, como en lo contencioso administrativo, en algunos casos bajo el nombre de prudente juicio o de “*arbitrio iuris*”. A éste respecto sería aconsejable hacer uso del concepto discreción o discrecionalidad judicial¹⁰⁰, siguiendo las orientaciones de Alejandro Nieto

Se considera que también el arbitrio judicial es una institución propia del derecho continental por lo mismo en su práctica se acerca en buena medida al positivismo jurídico Hartiano¹⁰¹.

⁹⁹. Ibíd., p.209.

¹⁰⁰. NIETO, Alejandro. El Arbitrio Judicial. Op-cit., p.204.

¹⁰¹. Ante la ausencia de normas que resuelvan el caso concreto debe acudirse a la discrecionalidad, ver DWORKIN, Ronald. Op-cit. 146.

Afirma Alejandro Nieto, que es un criterio de la toma de decisión, y agrega que el juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien – como es lo más frecuente – combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad¹⁰².

Finalmente la doctrina se lamenta por las escasas reglas o prácticas de control al arbitrio judicial, visto desde la experiencia del derecho continental¹⁰³. No obstante en esos ordenamientos se dispone de normas jurídicas erigidas a rango constitucional, como lo es el principio de interdicción de arbitrariedad, que junto con las construcciones doctrinales y jurisprudenciales, conforman un conjunto de normas jurídicas que permiten controlar sus desbordamientos o arbitrariedad¹⁰⁴.

Una de esas técnicas es el deber de motivar las decisiones, al señalar: “sin motivación suficiente, esto es, sin justificación bastante, no hay arbitrio legítimo, sino arbitrariedad pura y simple. Un mero porque si o porque no yo lo digo o porque yo así lo creo o lo siente no es una resolución fundada en Derecho.”¹⁰⁵

Esa línea es concordante con un sector de la doctrina Argentina, el cual señala los siguientes parámetros para computar o diríamos argumentar debidamente una decisión en materia de daños morales: no basta con indicar la mera existencia del daño, debe especificarse en qué consiste el mismo, cuáles son las circunstancias del caso, cómo incidió sobre la persona del damnificado. Debe además tenerse en cuenta: la personalidad del damnificado, edad, sexo, condición social, su particular grado de sensibilidad, si el damnificado fue directo o indirecto, en

¹⁰². NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Editorial Ariel S.A., primera edición, 2000, op-cit. p. 219. citado en Martínez Correa, Evanny. Trabajo de Grado, en elaboración, para optar el título de magister en derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2014, p.219.

¹⁰³. FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMÓN. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: IUSTEL, 1ra edición 2005. Op-cit. 102.

¹⁰⁴. Artículo 9.3 Constitución de España, ver Tomas Ramón Fernández, pp. 120 y ss.

¹⁰⁵. TOMAS RAMÓN, Op-cit. pp. 122 y ss

este último caso, el vínculo con la víctima, la índole de las lesiones, intensidad, posible influencia del tiempo, gravedad del padecimiento, etc.¹⁰⁶

En cambio el principio de proporcionalidad es de origen muy reciente, construido bajo el modelo Alemán y Anglosajón, y enrolado con la corriente de la argumentación¹⁰⁷.

Nótese como bien podría afirmarse que el arbitrio judicial corresponde a una tradición positivista, de corte legalista de origen continental liderada recientemente por los trabajos de Kelsen y Hart, en cambio, el principio de proporcionalidad, se matricula en una tradición principialista, de corte no legalista, muy común al modelo Anglosajón.

En ese sentido, igualmente podría considerarse que el debate al interior del Consejo de Estado colombiano estaría matriculado en el ya conocido, debate, Hart – Dworkin, al menos en lo que corresponde a la opción escogida si la discrecionalidad o principios, para medir el daño moral, el cual a su vez no se aleja de la vieja confrontación entre ius naturalistas y positivistas.

No obstante no creemos que esa haya sido la intención de quienes al interior del Consejo de Estado defienden posturas antagónicas. El hecho cierto es que esa Corporación ha tomado partida por el viejo concepto de “*arbitrios iuris*”; sin que a nuestro juicio se haya cerrado por completo el debate de si ciertamente el principio de proporcionalidad con su poder controlador es inadecuado para tasar el daño moral.

Mientras tanto, entonces, corresponde al operador jurídico, estar advertido de las opciones que se le ofrecen, para, en todo caso, ahondar en los criterios de control, a la discrecionalidad, y procurar por esa vía reducir la subjetividad en sus actuaciones, en garantía de los principios legales y constitucionales; evento en el cual la argumentación se presenta como la mejor opción de garantía a los derechos fundamentales y arma para legitimar la decisión judicial.

¹⁰⁶. PIZARRO, Ramón Daniel. Op-ci., pp.429-430.

¹⁰⁷. BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, cuarta reimpresión, 2007, p. 66.

CONCLUSIONES

La medición de los perjuicios inmateriales, entre ellos el perjuicio moral, constituye una de las tareas más difícil en la reparación o compensación a las víctimas, dentro del proceso de responsabilidad extracontractual del Estado.

A partir de la experiencia colombiana, son varias las maneras de cómo el operador judicial emprende esa tarea: bien por mandato expreso del legislador de usar reglas inflexibles o por mandato expreso de hacer uso de la discrecionalidad (arbitrio judicial), en esta última hipótesis tienen cabida, normas abiertas, tales como son los principios y directrices jurídicas e incluso las imperfecciones del lenguaje usado por el Legislador¹⁰⁸.

Cualquiera que sea el mandato, bien por normas abiertas del tipo de los principios, o por arbitrio judicial, supone necesariamente control del poder, por así derivarse del debido proceso, artículo 29 de la Constitución Nacional, del principio democrático y de la dignidad humana, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano. En España existe una norma que con mayor claridad lo establece: “interdicción de arbitrariedad” consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución de ese País¹⁰⁹. Para el efecto, el derecho ha configurado técnicas de control en tal sentido¹¹⁰.

Así, del análisis de la oferta normativa institucional en el ordenamiento jurídico colombiano se establece que las mismas están fundamentalmente basada en principios – la

108. Una parte de la doctrina considera que la discrecionalidad sólo debe usarse por mandato expreso del Legislador, es el caso de Fernández, Tomas – Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Editorial Iustel, primera edición 2005.

¹⁰⁹. *Ibíd.*

¹¹⁰. En materia de principios la proporcionalidad surge como una de las técnicas mas sofisticadas. En cambio, en lo que hace referencia a la discrecionalidad, Tomas Ramón Fernández nos recuerda, la consagración constitucional en el derecho español de la interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 Constitucional) y la decisión razonada u argumentada. Ver también, BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, cuarta reimpresión, 2007, pp. 61 y ss.

equidad¹¹¹ se entiende aquí como principio¹¹²-, al igual que lo está la finalidad misma de la responsabilidad como instituto jurídico. En forma enunciativa se advierten los siguientes principios, que conforman ese mandato: dignidad humana, igualdad, reparación integral, solidaridad, Estado social de derecho, etc.

La constatación de esa oferta normativa institucional haría, prima facie, pensar que la medición del perjuicio moral, se ejerce por medio del principio de proporcionalidad con toda su construcción (idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad estricta), dada su influencia como técnica de control de la discrecionalidad sobre todo en materia de derechos fundamentales.

No obstante, el Consejo de Estado tras descartar el principio de proporcionalidad, ha reivindicado el *arbitrio judicial*, como método para tasar el daño moral¹¹³.

El arbitrio iuris o discrecionalidad judicial en lengua castellana¹¹⁴, es una manera u opción por medio de la cual los operadores jurídicos pueden ejercer la función jurisdiccional, al lado de la legalidad estricta. Para algún sector de la doctrina éste surge en todo el ordenamiento vinculado con la imperfección de la obra del legislador y del lenguaje que usa para transmitir el mandato de poder. Para otros, sólo es posible por vía expresa del Legislador¹¹⁵.

Esa orientación de la jurisprudencia podría matricularse dentro de las preferencias, bien por las técnicas de principios y correlativamente por el control por vía de la técnica de

¹¹¹. NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Editorial Ariel S.A., primera edición, 2000, p. 234.

¹¹². Ver Peñaranda Quintero, Héctor Ramón. Principio de Equidad Procesal, En, Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas | 21 (2009.1). Universidad de Zulia – Venezuela [En línea] pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/21/hectorpenaranda.pdf.; también, en GUASTINI, Riccardo. Ponderación: un análisis de los conflictos entre los principios constitucionales, *En* revista, Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia, Año 2, N.º 08, agosto 2007.

¹¹³. Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 23492).

¹¹⁴. Debe entenderse como sinónimo de discrecionalidad usada por los jueces en sus decisiones. Fernández, Tomas – Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial, Editorial Iustel, primera edición 2005, pp. 102 y ss, sobre el tema ver también, Nieto Alejandro. Op-cit.

¹¹⁵. *Ibíd.*

proporcionalidad y dentro de ésta la ponderación o preferencias por el modelo continental basado en leyes y la consideración de la discrecionalidad como un caso de uso de normas extrajurídicas¹¹⁶.

Cualquiera que sea la vía que se haga uso, es deber del operador jurídico tener en cuenta, en primer lugar, que el derecho de daños privilegia a la víctima dentro del proceso de responsabilidad extracontractual del Estado, en segundo lugar, que a ésta finalmente le interesa que su derecho o interés aminorado sea reparado o compensado, respetando los principios de dignidad humana, integralidad, solidaridad, igualdad y en general los que se acompañan con el modelo de Estado social de derecho que nos rige¹¹⁷.

Lo anterior presupone que la discrecionalidad deba ser controlada en el ejercicio de la función jurisdiccional en garantía de los principios antes citados, además, es un deber del juez procurar la legitimidad de sus decisiones¹¹⁸.

En consecuencia, a partir del análisis y estudio de las opciones propuestas para tasar el perjuicio moral que preceden se llega a las siguientes conclusiones: ambas propenden por lograr reducir la subjetividad en la tasación y cuantificación del perjuicio moral, para lo cual tienen como finalidad lograr una medición del quantum compensatorio lo más objetivo e igual posible; pertenecen a experiencias jurídicas distintas, y han desarrollado técnicas igualmente distintas; etc.

¹¹⁶. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio (Traducción de Marta Guastavino). Barcelona: Editorial Ariel, 8ª reimpresión, 2010. P. 146.

¹¹⁷. ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹¹⁸. El juez, al contrario de lo que ocurre con los parlamentos y los gobiernos, no se beneficia de una legitimidad democrática, sino de la legitimidad de sus actos. Sarmiento Ramírez – Escudero, Daniel. El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo, un análisis jurídico desde el Derecho español, Universidad Externado de Colombia, primera edición junio de 2007, Bogotá, p. 28.

Visto lo anterior, si bien para tasar el quantum compensatorio la tesis mayoritaria del Consejo de Estado, privilegia el “*arbitrio iuris*”, en todo caso éste por sí solo no es suficiente, por lo mismo se sugiere complementarlo con las técnicas de argumentación¹¹⁹.

Más aún, se reabre el debate en el sentido de preguntar si es cierto, como lo ha concluido el Consejo de Estado¹²⁰, que el principio de proporcionalidad y con éste su estructura, es inaplicable totalmente para controlar la discrecionalidad del operador jurídico en la tasación del perjuicio moral o por el contrario, bajo otras consideraciones podría ser funcional en esa tarea.

¹¹⁹. “Finalmente la decisión del juez debe ser debidamente argumentada o razonada, quizás siguiendo los criterios de racionalidad propuesto por Atienza: respeto de las reglas de la lógica deductiva, y los principios de la racionalidad práctica: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante, y no se adopta sobre las base de criterios éticos o políticos o no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico” Tomado de la monografía: “EL DAÑO A LA SALUD EN COLOMBIA A PARTIR DE LA ADOPCIÓN COMO TIPOLOGÍA REPARABLE POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. (Análisis de los principios de reparación integral, objetividad e igualdad)” 2014. Para optar el título de Magíster Universidad Externado de Colombia, elaborada por Evanny Martínez Correa. También, Tomas –Ramón Fernández, en su obra Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial, Editorial Iustel, primera edición 2005, propone razonamiento judicial en punto al control de la discrecionalidad.

¹²⁰. Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 23492).