

Sentencia T-102/14

Referencia: expediente T- 4.105.910

Acción de Tutela instaurada por Nolberta del Toro Rentería, Baltazara del Toro Rentería, Florencia del Toro Rentería, Luz Maritza del Toro Rentería, Marcelina Palacios Rentería, Francisco Yimmy Palacios Rentería y Carmen Alicia Palacios Rentería contra la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Derechos invocados: igualdad y debido proceso.

Temas: Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial; defecto por desconocimiento del precedente constitucional; liquidación de perjuicios morales por parte del Consejo de Estado; aplicación del test de proporcionalidad como método para tasar los perjuicios morales.

Problema jurídico: vulnera la autoridad judicial accionada los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los accionantes, al aplicar, dentro del curso de un proceso de reparación directa, el *test de proporcionalidad* para tasar el monto de la indemnización de los perjuicios morales a que tienen derecho?

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil catorce (2014)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, quien la

preside, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013) por la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual modificó la Sentencia del seis (06) de diciembre de dos mil doce (2012), proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en cuanto negó la tutela incoada por los accionantes contra la Sección Tercera del Consejo de Estado y, en su lugar, declaró la improcedencia de la acción de tutela.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional, mediante Auto del treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013), escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 54A del Acuerdo 05 de 1992, por tratarse de una acción de tutela dirigida contra una providencia judicial proferida por el Consejo de Estado, el Magistrado Sustanciador rindió el respectivo informe de la acción de tutela a la Sala Plena de esta Corporación, quien en sesión del once (11) de diciembre de dos mil trece (2013) determinó que la presente acción fuera fallada por esta Sala de Revisión.

En consecuencia, y de conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD

Los accionantes **Nolberta del Toro Rentería, Baltazara del Toro Rentería, Florencia del Toro Rentería, Luz Maritza del Toro Rentería, Marcelina Palacios Rentería, Francisco Yimmy Palacios Rentería y Carmen Alicia Palacios Rentería**, a través de apoderado judicial, solicitan al juez de tutela proteger sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, presuntamente vulnerados por la **Sección Tercera del Consejo de Estado**, al realizar la tasación de los perjuicios morales, a que tienen derecho dentro del proceso de reparación directa instaurado en contra de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, desconociendo los parámetros y topes señalados para el efecto por la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Sustenta su solicitud en los siguientes *hechos y argumentos de derecho*:

1.1.1. Hechos y argumentos de derecho

1.1.1.1.Relata el apoderado judicial de los accionantes que el 10 de febrero de 1998, presentaron demanda de reparación directa contra la Nación- Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por la muerte del agente de la policía Robinson Palacios Rentería, en hechos acaecidos el 21 de diciembre de 1995, mientras se encontraba en servicio activo.

1.1.1.2.En primera instancia, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante Sentencia del 31 de agosto de 2001, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la responsabilidad del accidente fue exclusivamente del tercero que había invadido el carril por el que transitaba el camión de la Policía Nacional en el que se desplazaba el Agente Palacios Rentería.

1.1.1.3.Recurrida la anterior decisión, la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 8 de agosto de 2012, la revocó y declaró patrimonialmente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional, condenándola al pago de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes.

1.1.1.4.Explica que por concepto de indemnización se ordenó el pago de las siguientes sumas de dinero: a Gigliola Patricia Campos Fabra (compañera permanente) 60 SMMLV; a Wendys Vanessa Palacios Campos (hija) 60 SMMLV; a Salvador Palacios Palacios (padre) 10 SMMLV y; a Nolberta del Toro Rentería, Baltazara del Toro Rentería, Florencia del Toro Rentería, Liz Maritza del Toro Rentería, Marcelina Palacios Rentería, Francico (sic) Yimmi Palacios Rentería y Carmen Alicia Palacios Rentería (hermanos) 10 SMMLV a cada uno.

1.1.1.5.**La motivación realizada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 8 de agosto de 2012, respecto a la liquidación de los perjuicios morales ordenados, se basó en los siguientes argumentos:**

1.1.1.5.1. Preliminarmente, reconoció la existencia de un daño demostrado, derivado del accidente que causó la muerte al agente de la policía, circunstancia que evidenció la ocurrencia de los perjuicios morales alegados por los demandantes, representados en la tristeza y congoja que padecieron el padre y los hermanos de la víctima, por lo que, partiendo de la aplicación de las reglas de la experiencia, señaló: “se

deduce el dolor y la aflicción que produce en una familia, la muerte de un ser querido”.

1.1.1.5.2. Halló demostrado el parentesco alegado con los registros civiles aportados al proceso, con lo que se encontró probado el perjuicio moral de los actores, por cuanto *“las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad”.*

En este sentido, concluyó que al no haberse desvirtuado, por parte de la entidad demandada, la presunta aflicción sufrida por los peticionarios, en atención a los certificados de los registros civiles referenciados, *“se da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial, que constituye un criterio de valoración”.*

1.1.1.5.3. Continuó indicando que para realizar la tasación de los perjuicios morales emplearía un *“test de proporcionalidad”*, considerándolo como el medio adecuado para determinar y dosificar ponderadamente el *quantum* indemnizatorio del perjuicio. En este orden, destacó que el *test* comprende tres sub principios, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

1.1.1.5.3.1. Frente a la idoneidad, explicó que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que corresponda a criterios como la aflicción, el pesar, el apego, la ansiedad, el desasosiego, la tristeza, el respeto y la valoración de las relaciones propias del núcleo familiar de la víctima.

1.1.1.5.3.2. Respecto a la necesidad de la indemnización, refirió que ésta debe ser otorgada teniendo en cuenta el grado de afectación, de tal manera que la indemnización se determina atendiendo la estructura de la relación familiar y valorando las relaciones de convivencia, cercanía sentimental y apego que concurren en el núcleo familiar inmediato, dentro del que se encuentra, el cónyuge, los hijos, y los padres. Diferenciando ésta relación de la que puede derivarse de otros ámbitos familiares, como la existente con los hermanos, los primos y los nietos.

1.1.1.5.3.3. Finalmente, en relación con la proporcionalidad en sentido estricto, afirmó que la finalidad del *test* se dirige a compensar *“razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima la ocurrencia de la tristeza, 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”.

- 1.1.1.5.4.** Advirtió que los perjuicios morales, ordinariamente demostrados con base en la prueba testimonial de la que se deriva la denominada *“presunción de aflicción”*, deben aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, para efectos de su reconocimiento y respectiva tasación, sin que ello se constituya una tarifa legal o judicial.
- 1.1.1.5.5.** En este orden, aseveró respecto al padre de la víctima y a sus hermanos, y en relación con el ámbito de la idoneidad, que sólo se demostró el parentesco, pues con ningún testimonio expuesto en el proceso se evidenció algún hecho que demostrara la convivencia de la víctima con estos demandantes. Circunstancia que sí se demostró por parte de la compañera e hija de la víctima.
- 1.1.1.5.6.** En atención a lo esgrimido, se determinó una indemnización por concepto de perjuicios morales a favor de la compañera permanente y la hija de la víctima en un equivalente a 60 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes; y al padre y los hermanos, 10 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, respectivamente.
- 1.1.1.6.** Alega el apoderado de los accionantes que, el Consejo de Estado al efectuar la tasación de los perjuicios morales aplicó indebidamente el *“test de proporcionalidad”*, lesionando su derecho a la reparación integral, por cuanto de conformidad con lo establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y de la vigencia de la jurisprudencia para el momento de instaurar la demanda, sus mandatarios probaron el daño, tal como se exigía en ese momento, es decir, con la prueba documental que acredita el parentesco y la prueba testimonial que da fe de la vigencia de las relaciones, por lo que desconoce su derecho a la igualdad exigirles un *“sinnúmero de elementos alternativos a efecto de sumarlos y darle convicción al juzgador”*.
- 1.1.1.7.** Al respecto, refuta el hecho de que la sentencia atacada cuantificó la indemnización para la compañera permanente y la hija de la víctima en sesenta (60) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, mientras que para el padre y para los hermanos en diez (10) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes para cada uno, por debajo de los estándares jurisprudenciales señalados para el efecto.
- 1.1.1.8.** Sostiene que probado el parentesco mediante prueba documental y aportada la prueba testimonial en relación con el daño ocasionado, no podía el juez de conocimiento reducir de manera tan significativa la

indemnización ordenada, so pretexto del arbitrio judicial y sin esgrimir, en su concepto, ninguna razón valedera.

1.1.1.9.Expone que de manera reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el perjuicio moral puede ser acreditado indiciariamente, construyendo la prueba indirecta mediante la aplicación de las reglas de la experiencia.

1.1.1.10.Arguye que habiéndose demostrado el parentesco, deben aplicarse los máximos jurisprudenciales fijados para la indemnización de los perjuicios morales ocasionados, los cuales afirma ser de cien (100) SMMLV para los padres, esposa o compañera e hijos, y de cincuenta (50) SMMLV para los hermanos.

1.1.1.11.Trae a colación sentencias del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en las que se reconoce la indemnización proveniente del parentesco, particularmente en el caso de los padres y hermanos, citando *in extenso* una sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 14 de marzo de 2012, en la que se reitera la jurisprudencia vigente en relación con la cuantificación del daño moral, y señala expresamente “*que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral*”.

1.1.1.12.Considera el apoderado judicial de los accionantes que la decisión proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado constituye un desconocimiento del precedente judicial, en virtud del cual no debe aplicarse para la tasación de los perjuicios morales el *test de proporcionalidad*, vulnerándose en consecuencia su derecho fundamental a la igualdad, al adjudicarle a sus prohijados una suma diferente a la de aquellos que fueron juzgados bajo otros parámetros jurisprudenciales.

1.1.1.13.Resalta el hecho de que con la decisión cuestionada se le está causando un daño adicional a sus representados, puesto que luego de esperar más de 10 años para la resolución del proceso, se les han aplicado conceptos contrarios a los establecidos por la jurisprudencia.

1.1.1.14.Por otro lado, sostiene que la actuación de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurre en una causal de procedibilidad de la acción de tutela por defectos en su motivación.

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante auto del 9 de noviembre de 2012, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado de

la misma a la autoridad judicial accionada para que rindiera informe sobre los hechos objetos de la acción.

De igual forma, como terceros interesados en las resultas del proceso, ordenó la vinculación al trámite de la tutela al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y a la Policía Nacional.

1.2.1. El Magistrado Ponente de la decisión cuestionada, doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, respondió la acción de la referencia, y solicitó negar las pretensiones elevadas por el accionante, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.2.1.1. Afirmó que en la sentencia se salvaguardaron los derechos fundamentales de los demandantes dentro de la acción de reparación directa, por cuanto no sólo se declaró la responsabilidad administrativa de la entidad pública demandada, sino que se condenó al pago de las indemnizaciones por concepto de los perjuicios morales y materiales ocasionados, de conformidad con los mandatos constitucionales y legales establecidos en los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución Política y los artículos 305 y 307 del Código de Procedimiento Civil.

1.2.1.2. Aseveró que la demanda de tutela incoada en contra de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 8 de agosto de 2012, no reúne los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción de amparo constitucionalidad contra providencias judiciales.

Al respecto, indicó que la decisión atacada no carece de motivación tal como lo plantean los accionantes, puesto que la argumentación esgrimida para el efecto plantea que, existiendo, la misma no atendió el precedente jurisprudencial.

1.2.1.3. Precisó que en virtud de la autonomía e independencia judicial, el juez de conocimiento *“está llamado a motivar razonada, razonable, proporcional y ponderadamente las decisiones judiciales y no puede someterse a la aplicación de criterios jurisprudenciales parcialmente, ni puede atender a concepciones erradas del precedente, sino que está llamado a argumentar con base en los elementos que obren en el proceso”*, pues de lo contrario sí se incurriría en una vulneración al derecho fundamental al debido proceso.

De esta manera, advirtió que la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 6 de septiembre de 2001, estableció que el juez contencioso administrativo se encuentra llamado a motivar razonadamente la tasación y liquidación de los perjuicios morales, sin señalar para el efecto un método específico de valoración, no obstante tenerse en cuenta principios de proporcionalidad y razonabilidad con

base en los cuales deba decidir, agregando que la motivación razonada de la tasación y liquidación de los perjuicios morales exige “*que se sustente en una mínima carga probatoria en cabeza de quien reclama tales perjuicios*”.

En relación con lo anterior, resaltó que en reciente jurisprudencia constitucional (Sentencia T-212 de 2012), se señaló que el juez incurre en una vulneración del derecho al debido proceso, cuando condena a pagar un monto por concepto de daños morales que carece evidentemente de sustento en el acervo probatorio del proceso. Indicó que en esta sentencia se fijó la posición que debe orientar al juez contencioso administrativo para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, considerando como criterios adicionales que deben ser tenidos en cuenta para determinar la discrecionalidad judicial en dicha materia: (i) las condiciones particulares de la víctima; y (ii) la gravedad objetiva de la lesión.

1.2.1.4. Por otra parte, señaló que teniendo en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-351 de 2011, la jurisprudencia del Consejo de Estado tratándose de los perjuicios morales sí establece unos parámetros vinculantes para los jueces administrativos. Así, los jueces deben seguir su libertad probatoria y utilizar su prudente arbitrio en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales.

1.2.1.5. Alegó que el Consejo de Estado al establecer un tope “*al menos indicativo*” de 100 SMLMV, hizo referencia al principio de igualdad, por lo que, unido el mencionado tope con el análisis de equidad, el juez no puede fallar de forma caprichosa sino a partir de criterios de razonabilidad, teniendo en consideración el análisis realizado en casos anteriores, sus similitudes y diferencias con el caso en estudio.

En este sentido, reiteró que el límite o tope mencionado es solamente indicativo, puesto que si el juez encuentra razones que justifiquen separarse del tope y las hace explicativas en la sentencia, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni se alejaría de la obligación constitucional de motivar sus pronunciamientos.

1.2.1.6. Indicó que la motivación empleada en la sentencia atacada, en cuanto a la realización del test de proporcionalidad, para la tasación de los perjuicios morales, se ha empleado en reiterada jurisprudencia de la Sub Sección C del Consejo de Estado, citando como ejemplo las sentencias proferidas dentro de los expedientes 19345, 23135 y 24799, en las cuales se debatieron distintos tipos de derechos relacionados con falla médica, daños a miembros de la fuerza pública, daños en centros educativos y accidentes de tránsito, entre otros, precisando que en las providencias

mencionadas el quantum mínimo y máximo varió, sin que por ello pueda predicarse que existió contradicción o ausencia de motivación.

1.2.1.7. Finalmente, arguyó que no puede hablarse de una vulneración al precedente, por cuanto para configurarse dicho defecto se requiere que las situaciones de hecho de los fallos anteriores sean las mismas del caso estudiado.

1.2.2. La Policía Nacional contestó la acción de tutela y solicitó rechazarla por improcedente con fundamento en lo siguiente:

1.2.2.1. Inicialmente, destacó que la decisión proferida por el Consejo de Estado en el trámite de la acción de reparación directa interpuesta en contra de la Institución, fue producto de la aplicación de criterios autónomos, conscientes y libres propios de la autoridad judicial, quien, para el desenvolvimiento de los casos estudiados, no puede reducirse a una simple aplicación mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley, por cuanto estaría desconociendo la complejidad y singularidad de la realidad social, motivo por el cual el papel asumido por el juez es de vital importancia, en tanto debe actuar como *“agente racionalizador e integrador del derecho”*.

1.2.2.2. Recordó el carácter excepcional de la acción de tutela frente a las actuaciones de las autoridades judiciales, al no poderse utilizar como una instancia adicional dentro del proceso ordinario.

1.2.2.3. Por otra parte, afirmó que no se vulneró el derecho al debido proceso de los accionantes, ya que siempre contaron con la oportunidad procesal adecuada para controvertir las decisiones que consideraron desfavorables. De esta manera, hicieron uso de los recursos de la vía gubernativa y acudieron a las instancias judiciales contempladas para el efecto.

1.3. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

1.3.1. Poder otorgado por los accionantes al apoderado judicial para la interposición de la presente acción de tutela.

1.3.2. Copia de la Sentencia del 8 de agosto de 2012, proferida la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado.

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA – SECCIÓN CUARTA DEL CONSEJO DE ESTADO.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante Sentencia proferida el seis (06) de diciembre de dos mil doce (2012), **negó por improcedente** la acción instaurada por los peticionarios.

2.1.1. Reiteró el carácter excepcional de la acción de tutela y, en ese orden, resaltó que no cualquier desatino de la autoridad judicial da lugar a la prosperidad del amparo constitucional, puesto que únicamente procederá cuando no exista otro medio de defensa judicial, o existiendo, sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2.1.2. Refirió que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante Sentencia del 31 de julio de 2012, rectificó la tesis de la improcedencia absoluta de la acción de tutela contra decisiones judiciales, para en su lugar, admitir que sí procede cuando se esté en presencia de la vulneración de los derechos fundamentales de las partes.

2.1.3. Precisoó que no obstante la posibilidad excepcional de que el juez de tutela pueda abordar el estudio de providencia judiciales, ello no se extiende a la sentencias proferidas por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, quienes son órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones.

2.1.4. De esta manera, indicó que la acción de tutela objeto de estudio no se encuentra llamada a prosperar, puesto que está dirigida contra una decisión judicial adoptada por un órgano de cierre, las cuales son consideradas como últimas, intangibles e inmodificables, a través del mecanismo residual y subsidiario de la acción de tutela.

2.1.5. No obstante, advirtió que la decisión cuestionada se encontraba debidamente sustentada y motivada, con una carga argumentativa razonable y de conformidad con la normativa y la jurisprudencia de la Subsección accionada.

2.1.6. Concluyó que se está utilizando la acción de tutela como un recurso o instancia adicional para controvertir una decisión judicial que ya fue definida por el juez natural.

2.2. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El apoderado judicial de los accionantes, dentro del término impugnó el fallo de primera instancia reiterando los mismos argumentos esgrimidos en la demanda de tutela. Agregó no compartir el argumento expuesto por el juez de primera instancia, en el sentido de que no procede la acción de

tutela contra las providencias proferidas por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, puesto que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela no se encuentra exceptuada para las sentencias de las Altas Cortes.

2.3. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA- SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante Sentencia del veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013), “*modificó*” el fallo de primera instancia, para en su lugar “*declarar la no procedencia*” de la acción de tutela.

2.3.1. Realizó un estudio de la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, aseverando que fue un proceso de apertura progresiva de admisión excepcional del mecanismo de amparo constitucional contra las providencias judiciales, hasta acatar la tesis de su procedencia siempre y cuando no exista otro medio de impugnación ordinario y extraordinario; se ejerza la tutela dentro de un término razonable; no se dirija contra una decisión de tutela; la trasgresión tenga carácter constitucional y; el solicitante, siempre que fuera posible, haya alegado el quebrantamiento del derecho fundamental dentro del proceso judicial.

2.3.2. Consideró que lo realmente pretendido por los accionantes es controvertir el criterio utilizado por la autoridad judicial cuestionada para establecer el *quantum* de los perjuicios morales, lo cual evidencia un descontento frente al monto establecido para el efecto, al no cumplir con sus expectativas. Reiteró en este sentido, que la naturaleza de la tutela no es ser una instancia adicional en asuntos ya definidos por los jueces de conocimiento, que no implican una transgresión de derechos fundamentales de las partes dentro del proceso.

2.3.3. Puntualizó que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado reiteradamente que el juez contencioso administrativo para fijar la indemnización correspondiente por concepto de los perjuicios morales, goza de independencia para establecerlos, en cada caso, y con sustento en las pruebas allegadas al proceso, sin que ello implique un desconocimiento del precedente, por cuanto los valores varían en cada proceso.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

3.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Selección de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

En el asunto de la referencia, corresponde a esta Sala de Revisión estudiar los siguientes problemas jurídicos:

3.2.1. En primer lugar, debe determinar **si la acción de tutela presentada por los accionantes cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales** para cuestionar la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del ocho (08) de agosto de dos mil doce (2012), dictada dentro del proceso de reparación directa instaurado por los accionantes en contra de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

3.2.2. En segundo lugar, en caso de reunirse los anteriores requisitos, la Sala examinará **si la providencia censurada adolece de alguna de las causales específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales**, específicamente **(i) si desconoció el precedente establecido por el Consejo de Estado** sobre la aplicación del test de proporcionalidad para tasar el monto de la indemnización de los perjuicios morales, y **(ii) de ser así**, si tal desconocimiento conlleva la vulneración del derecho a la igualdad y al debido proceso de los peticionarios.

3.2.3. Para resolver estos interrogantes, la Sala desarrollará las siguientes temáticas: **(i)** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **(ii)** la causales de procedibilidad por defecto sustantivo en la modalidad de desconocimiento del precedente judicial; **(iii)** la causal de procedibilidad específica por desconocimiento del precedente constitucional; **(iv)** la causal de procedibilidad por violación directa de la Constitución y, **(v)** el principio de igualdad y el test de proporcionalidad. Con fundamento en esas consideraciones se realizará el análisis del caso concreto.

3.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales es un tema que ha sido abordado por esta Corporación en múltiples ocasiones, por lo que la Sala repasará las premisas en que se fundamenta esta posibilidad, y las reglas establecidas para el examen de procedibilidad en un caso concreto.

- 3.3.1.** La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-543 de 1992, declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 referidos a la caducidad y competencia especial de la tutela frente a providencias judiciales, por considerar que contrariaban principios constitucionales de gran valía como la autonomía judicial, la desconcentración de la administración de justicia y la seguridad jurídica.
- 3.3.2.** No obstante, reconoció que las autoridades judiciales a través de sus sentencias pueden desconocer derechos fundamentales, por lo cual admitió como única excepción para que procediera el amparo tutelar, que la autoridad hubiese incurrido en lo que denominó una vía de hecho.
- 3.3.3.** A partir de este precedente, la Corte construyó una línea jurisprudencial sobre el tema, y determinó progresivamente los defectos que configuraban una vía de hecho. Por ejemplo, en la sentencia **T-231 de 1994**, la Corte dijo: *“Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”*¹. En casos posteriores, esta Corporación agregó otros tipos de defectos constitutivos de vías de hecho.
- 3.3.4.** En virtud de esta línea jurisprudencial, se ha subrayado que todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución en razón a lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Fundamental. Además, se ha indicado que uno de los efectos del principio de *Estado Social de Derecho* en el orden normativo está referido a que los jueces, en sus providencias, definitivamente están obligados a respetar los derechos fundamentales.
- 3.3.5.** Por un amplio periodo de tiempo, la Corte Constitucional decantó de la anterior manera el concepto de vía de hecho. Posteriormente, un análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacían viable la acción de tutela contra providencias judiciales llevó a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos

¹ Corte Constitucional, sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una decisión *arbitraria y caprichosa del juez*, era más adecuado utilizar el concepto de *causales genéricas de procedibilidad de la acción* que el de *vía de hecho*.

3.3.6. Con el fin de orientar a los jueces constitucionales y determinar unos parámetros uniformes que permitieran establecer en qué eventos es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en las sentencias C-590 de 2005² y SU-913 de 2009³, sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Actualmente no “(...) *sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad)*”⁴.

De esta forma, la Corte ha distinguido, en primer lugar, unos requisitos de orden procesal de carácter general⁵ orientados a asegurar el principio de subsidiariedad de la tutela **-requisitos de procedencia-** y, en segundo lugar, unos de carácter específico⁶, centrados en los defectos de las actuaciones judiciales en sí mismas consideradas que desconocen derechos fundamentales **-causales de procedibilidad**.

3.4. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De esta manera, la Corte, en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, hizo alusión a los requisitos generales y especiales para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Sobre los requisitos generales de procedencia estableció:

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

² Sentencia del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³ Sentencia del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

⁴ Sentencia T-774 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Sentencia SU-813 de 2007: Los **criterios generales** de procedibilidad son requisitos de carácter procedimental encaminados a garantizar que no exista abuso en el ejercicio de la acción de tutela dentro de un proceso judicial donde existían mecanismos aptos y suficientes para hacer valer el derecho al debido proceso. A juicio de esta Corporación, la razón detrás de estos criterios estriba en que “*en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución.*”

⁶ Sentencia T-1240 de 2008: los **criterios específicos** o *defectos* aluden a los errores o yerros que contiene la decisión judicial cuestionada, los cuales son de la entidad suficiente para irrespetar los derechos fundamentales del reclamante.

a. *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones⁷. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*

b. *Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁸. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.*

c. *Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁹. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.*

d. *Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹⁰. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia*

⁷ Sentencia 173 de 1993.

⁸ Sentencia T-504 de 2000.

⁹ Sentencia T-315 de 2005

¹⁰ Sentencias T-008 de 1998 y SU-159 de 2000

que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹¹. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹². Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.¹³

3.5. Requisitos especiales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De igual forma, en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, además de los requisitos generales, se señalaron las causales de procedibilidad especiales o materiales del amparo tutelar contra las decisiones judiciales. Estas son:

“...Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

¹¹ Sentencia T-658 de 1998

¹² Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹⁴ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹⁵.

i. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”¹⁶

¹⁴ Sentencia T-522 de 2001

¹⁵ Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente conceder la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración de derechos fundamentales.

En el caso bajo estudio, el apoderado judicial de los accionantes asegura que la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en un desconocimiento del precedente, al utilizar como criterio para tasar los perjuicios morales reconocidos en el curso de un proceso de reparación directa, el test de proporcionalidad, y desconocer con ello los topes establecidos por la jurisprudencia para dicho efecto.

En este orden, debido a que el cargo que se presenta en la demanda es el **“desconocimiento del precedente del Consejo de Estado”**, se puntualizarán a continuación dos de las causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales: **(a)** el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial y **(b)** el desconocimiento del precedente constitucional en sentido estricto.

3.6. DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL.

Para efectos del presente capítulo, se hará referencia primero al defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, y luego se procederá analizar concretamente el desconocimiento del precedente judicial como modalidad de la causal mencionada.

3.6.1. El **defecto sustantivo** aparece, como ya se mencionó, cuando la autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado. Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional **(i)** aplica una disposición en el caso que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexecutable; **(ii)** aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; **(iii)** a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación *contra legem*- o claramente irrazonable o desproporcionada; **(iv)** **se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente**; o **(v)** se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación

manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso¹⁷.

3.6.2. Así, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que también **el desconocimiento sin debida justificación del precedente judicial configura un defecto sustantivo**, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical–, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe¹⁸.

A propósito de esta modalidad en la cual se configura un defecto sustantivo, la Sala considera necesario examinar la diferencia entre los conceptos de antecedente y precedente.

3.6.3. El **antecedente** se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad.

Esta noción fue esbozada en la sentencia T-292 de 2006¹⁹, en la que la Corte, ante la pregunta de “¿debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio?”, indicó:

“La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si

¹⁷ Ver Sentencia T-087 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también, sentencias T-193 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1625 de 2000 M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez, T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-436 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y SU-448 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁸ Ver entre otras, sentencias T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-288 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-464 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no”.

3.6.4. Por su parte, **el precedente**²⁰, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.

Esta noción ha sido adoptada en Sentencias como la T-794 de 2011²¹, en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:

*“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”.*²²

3.6.5. Esta Corporación ha diferenciado entre dos clases de precedentes, **el horizontal y el vertical**²³, de conformidad con quién es el que profiere la providencia previa. **El primero** hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y **el segundo** se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción²⁴. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los

²⁰Según el doctrinante Pierluigi Chiassoni en su libro “Desencanto para abogados realistas”, el precedente judicial puede ser entendido en cuatro acepciones; (i) precedente-sentencia, (ii) precedente-ratio, (iii) precedente-ratio autoritativo y (iv) **precedente- ratio decidendi consolidada** o precedente orientación. Este último hace referencia a “*es la ratio decidendi por hipótesis común a –y repetida en- una serie (considerada) significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (...) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo, con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir ahora, (...)*”. Esta acepción es el precedente entendido en el sentido más restringido según el autor. Las demás acepciones hacen referencia similar al concepto propuesto por la Corte Constitucional en el sentido en que debe ser una sentencia anterior que trata de hechos cuestiones y elemento muy similares al caso que se pretende resolver.

²¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² Cfr. sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio. Ver también las sentencias T-1317 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²³ Ver entre otras, sentencias T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-209 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez

²⁴ Ver entre otras, T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-766 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio

encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores²⁵.

3.6.6. En este orden, debe resaltarse que el precedente no sólo es orientador sino obligatorio, como se explica a continuación.

3.6.6.1. La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de “ley” ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción²⁶.

3.6.6.2. La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales. En palabras de la Corte Constitucional:

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de

²⁵ Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁶ En palabras de la Corte Constitucional: “La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía”. Cfr. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”.*²⁷

3.6.6.3. La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más adecuada que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: *“tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes”* y *“exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”*²⁸.

3.6.7. Así pues, por las razones expuestas, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el desconocimiento sin debida justificación del precedente judicial configura un **defecto sustantivo**, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe²⁹.

No obstante, esta regla no es absoluta, pues no puede ignorarse que el Derecho es dinámico y cada caso puede presentar elementos que no fueron concebidos con anterioridad en otros fallos judiciales; por ende, las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales en atención a su autonomía y a su independencia, pero con una justificación razonable y proporcional. La Corte Constitucional ha establecido al respecto que:

“(…) vale aclarar que la regla de vinculación del precedente no puede ser adoptada de manera absoluta (…) Por ello, siempre que se sustenten de manera expresa, amplia y suficiente, las

²⁷ Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁸ Ver J. Bell. “Sources of Law”, en P. Birks (ed.) English Private Law, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. “El precedente en Colombia”. Revista de derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005) *“Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: stare decisis (casos previos que vinculan como precedente), ratio decidendi (la razón de ser de la decisión), obiter dicta (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)”* (traducción libre). “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005)

²⁹ Ver entre otras, sentencias T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-288 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-464 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

razones por las cuales va a desconocer o cambiar una posición anterior, el operador judicial puede apartarse de ella.

(...) el juez (singular o colegiado) sólo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos:

(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia).(ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)''³⁰.

Por ejemplo, la Corte Constitucional ha considerado que jueces de la jurisdicción contencioso administrativa han desconocido el precedente del Consejo de Estado, y en consecuencia, ha concedido la tutela contra las providencias atacadas por existencia de un defecto sustantivo, en sentencias como la T-934 de 2009³¹, T-351 de 2011³², T-464 de 2011³³ y T-212 de 2012³⁴. En estos casos, la Corporación observó que existía un precedente consolidado sobre la tasación de las indemnizaciones por daño moral, que había sido desconocida sin razones por las autoridades demandadas³⁵. Estos ejemplos muestran que es más sencillo constatar la presencia de un defecto sustantivo cuando existe un precedente consolidado; sin embargo, esto no significa que la inobservancia de un precedente individual sin la debida justificación no dé lugar eventualmente a la procedencia de la acción de tutela.

3.6.8. En resumen, los jueces tienen un deber de obligatorio cumplimiento y es el de: **(i)** acoger las decisiones proferidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa o constitucional) cuando éstas constituyen precedentes, y/o **(ii)** sus propias decisiones en casos idénticos, por el respeto del trato igual al acceder a la justicia. Sin embargo, esta regla no es absoluta, ya que los jueces pueden apartarse de dicho precedente, pero cumpliendo la carga argumentativa antes descrita y construyendo una mejor respuesta al problema jurídico.

³⁰ Cfr. Sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³¹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

³² M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³³ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁴ M.P. María Victoria Calle Correa.

³⁵ Lo mismo puede verse en sentencias T-156 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En este orden de ideas, por ejemplo, cuando un juez de inferior jerarquía se aparta de un precedente establecido en su jurisdicción por el órgano de cierre o de su propio precedente, sin exponer un razonamiento proporcional y razonable para el efecto, incurre en la causal de procedibilidad de la tutela por defecto sustantivo o material, que tiene como consecuencia, una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas partícipes del proceso respectivo, entre otros.

3.7. DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

3.7.1. El defecto por desconocimiento del precedente constitucional se predica exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Se presenta, por ejemplo, cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y luego el juez ordinario resuelve un caso limitando sustancialmente dicho alcance o apartándose de la interpretación fijada por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. En tales casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado u otros mandatos de orden superior.

3.7.2. La supremacía del precedente constitucional surge del artículo 241 de la Constitución Política, el cual asigna a la Corte Constitucional la función de salvaguardar la Carta como norma de normas –principio de supremacía constitucional. En efecto, esta Corporación ha establecido que, como intérprete de la Constitución, las decisiones de la Corte Constitucional son obligatorias tanto en su parte resolutive, como en su ratio decidendi, es decir, la regla que sirve para resolver la controversia. Por esta razón, si se desconoce el alcance de los fallos constitucionales vinculantes, se *“(...) genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica.”*³⁶

³⁶Sentencia T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En este sentido, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente en la Sentencia T-656 de 2011³⁷:

“(...) el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata de jurisprudencia constitucional, en la medida en que la normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho, de modo que las decisiones que determinan su alcance y contenido se tornan ineludibles para la administración. No entenderlo así, resulta contrario a la vigencia del principio de supremacía constitucional”.

3.7.3. La sentencia T-351 de 2011³⁸ explica que el sentido, alcance y fundamento normativo de obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Constitucional varía según se trate de fallos de constitucionalidad o de revisión de tutelas. No obstante, ambos tienen en común, que se deben acatar (i) para garantizar el carácter normativo de la Constitución como norma de normas, en tanto la Corte Constitucional es el intérprete autorizado de la Carta³⁹, y (ii) para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad.

3.7.4. En lo referente a las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, la obligatoriedad de la jurisprudencia se desprende de los efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. De un lado, cualquier norma que sea declarada inconstitucional por parte de la Corte por ser contraria a la Carta, debe salir del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada por ninguna autoridad. De otro lado, la ratio decidendi de todas las sentencias de control abstracto de constitucional –bien declaren o no inexecutable una disposición–, debe ser también atendida por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución.

3.7.5. En cuanto a los fallos de revisión de tutela, el respeto de su ratio decidendi es necesario para lograr la concreción de los principios de

³⁷M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁸M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este caso el ICFES interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Quinto Administrativo de Popayán y del Tribunal Administrativo del Cauca, por considerar que dichas autoridades judiciales desconocieron los derechos de la entidad, al emitir sentencias dentro de un proceso de reparación directa en las cuales declararon su responsabilidad, condenándolos al pago de perjuicios morales a favor del demandante. A juicio del actor, las providencias controvertidas adolecen de defectos de carácter fáctico y sustantivo, además de desconocer el precedente del Consejo de Estado en materia de determinación y tasación de perjuicios morales. La Sala concede el amparo al debido proceso de la demandante, por considerar que las sentencias controvertidas adolecen de una 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 llegar a un grave detrimento del erario público. La Corte concede el amparo invocado y deja sin efecto la sentencia de segunda instancia en lo referente a la tasación de perjuicios morales, ordenando a la respectiva autoridad judicial dictar sentencia de reemplazo.

³⁹ Ver además sentencias T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

igualdad en la aplicación de la ley y de confianza legítima -que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con decisiones o actuaciones imprevistas- y para garantizar los mandatos constitucionales y la realización de los contenidos desarrollados por su intérprete autorizado. Es por esto que la interpretación y alcance que se le dé a los derechos fundamentales en los pronunciamientos realizados en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre la interpretación llevada a cabo por otras autoridades judiciales, aún sean altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones.

En este punto es importante aclarar que en el caso de las sentencias de unificación de tutela (SU) y de control abstracto de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, basta una sentencia para que exista un precedente, debido a que las primeras unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos, y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política⁴⁰.

3.7.6. En este orden de ideas, se desconoce el precedente constitucional, entre otras hipótesis, cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela⁴¹.

3.7.7. Al respecto, vale la pena traer a colación las pautas resaltadas en la sentencia T-351 de 2011, para establecer cuándo hay un desconocimiento del precedente constitucional:

“(i) Determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes. (ii) Comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad. (iii) Verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente

⁴⁰ De la misma forma las sentencias de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado pueden constituir precedente según el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 estudiado por la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁴¹ Ver sentencia T-1092 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto y T-656 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

judicial bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro hómine”.

3.7.8. En algunas ocasiones la jurisprudencia ha clasificado el defecto por desconocimiento del precedente constitucional también como una hipótesis de defecto sustantivo. Entre las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra fallos judiciales se pueden presentar diversos tipos de relaciones, y en un caso pueden concurrir varios defectos. Así, tanto la doctrina⁴² como la jurisprudencia⁴³ han identificado el “desconocimiento del precedente judicial”, tanto como una modalidad del defecto sustantivo –como ya se advirtió -, y como una causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En palabras de la Corte Constitucional:

“(…) el desconocimiento del precedente puede derivar en un defecto sustantivo cuando se irrespeta la cosa juzgada constitucional establecida en sentencias con efectos erga omnes, o en la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (entre otros) cuando el juez se aparta de la doctrina constitucional contenida en la ratio decidendi de los fallos de revisión de tutela” (resaltado fuera del texto original).

3.7.9. Lo cierto es que independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique –como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo-, el desconocimiento del precedente constitucional, además de violar los derechos de las partes a la igualdad y al debido proceso, entre otros, vulnera el principio de supremacía constitucional, lo que constituye una razón de más que hace procedente la acción de tutela contra la providencia atacada.

3.8. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

⁴²Ver por ejemplo Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “Vías de Hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales”. Ed. Ibáñez (2012). Véase cómo, incluso, el doctrinante al explicar el “desconocimiento del precedente”, lo señala tanto en el defecto sustantivo como en una causal autónoma posteriormente, páginas 224, 138 y 254.

⁴³Ver, entre otras, sentencias SU-917 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-351 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Esta Corporación, en su jurisprudencia, ha precisado que el defecto de la violación directa de la Constitución es una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual *“la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*.

3.8.1. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución, en principio fue concebida como un defecto sustantivo. Así por ejemplo, en la Sentencia SU- 1722 de 2000, en la que se estudiaron acciones de tutela interpuestas contra providencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se les agravó la pena a unos apelantes únicos argumentando que concurrían el recurso de apelación, la Corte Constitucional señaló que desconocer la disposición constitucional que expresamente prohíbe al superior funcional *“agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”*, suponía la materialización del defecto sustantivo. Al respecto manifestó la Corte que:

*“En los casos que son objeto de revisión, la Corte aprecia un defecto sustantivo, en la medida en que las decisiones impugnadas se fundan en la sumisión de la no reforma en peor frente al principio de legalidad, lo cual resulta evidente inaplicable. En este sentido, el error superlativo en que incurrieron las autoridades demandadas consistió **en el desconocimiento del principio constitucional consagrado en el inciso 2° del artículo 31 de la Constitución**”*. (Negrilla fuera del texto).

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia SU- 159 de 2002, en la que, al estudiar el caso de un proceso penal iniciado por la publicación del artículo “Conversación entre ministros”, en la cual se dio a conocer una comunicación telefónica en la que el entonces Ministro de Minas y Energía hablaba con el Ministro de Comunicaciones de la época, sobre la adjudicación de una emisora en la ciudad de Cali, la Corte explicó que existe un defecto sustantivo cuando se violan derechos *iusfundamentales* con la providencia dictada. En este caso se dijo que la prueba que se había allegado al proceso ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se había obtenido violando derechos fundamentales del procesado. En palabras de la Corporación:

“(…) el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le

reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional o, (v) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a lo expresamente señalados por el legislador”. (Negrillas fuera del texto).

3.8.2. Con posterioridad a las decisiones antes citadas, la Corte, en la Sentencia T-949 de 2003, al revisar el caso de una providencia proferida en un proceso penal en el que se había condenado erróneamente a una persona que había sido suplantada, reiteró lo relativo a los defectos sustantivo, fáctico, procedimental y orgánico, e incluyó como una causal de procedibilidad de la acción de tutela de carácter independiente y autónoma, el defecto derivado del desconocimiento de una norma constitucional aplicable al caso concreto. En esta oportunidad dijo la Corte⁴⁴:

*“(...) todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) **violación directa de la Constitución**”.* (Negrilla fuera del texto).

Finalmente, la anterior interpretación se consolidó en la Sentencia C-590 de 2005, en la que la Corte al estudiar una acción pública de inconstitucionalidad contra la disposición del Código de Procedimiento Penal, que aparentemente proscribía la acción de tutela contra fallos dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluyó definitivamente la violación directa de la Constitución como un defecto autónomo que justifica la procedencia de la tutela contra

⁴⁴Ver la Sentencia T-462 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

providencias judiciales. Al respecto sostuvo el Alto Tribunal de lo Constitucional:

“(...) la violación directa de la Constitución opera en dos circunstancias: uno (i), cuando se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, dos (ii), al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución”.

3.8.3. La jurisprudencia constitucional también ha sostenido que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución cuando: *“(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En el segundo caso, el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4 de la C.P, la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad”⁴⁵.*

3.8.4. Se colige entonces que, dado que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo superior a los preceptos constitucionales, y ellos contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares, resulta posible que una decisión judicial pueda discutirse a través de la acción de tutela cuando desconozca o aplique indebida e irrazonablemente tales postulados; por tanto, a los jueces no les es dable en su labor apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución, y cuando lo hacen, se configura una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada.

3.9. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

El artículo 13 de la Constitución Política señala que en Colombia todas las personas son iguales ante la ley y por lo tanto deben recibir el mismo trato y las mismas garantías sin ningún tipo de discriminación por cuestiones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

⁴⁵Sentencia T-809 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Esta causal de procedibilidad también ha sido aplicada en la Sentencia T-747 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-555 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-071 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

Igualmente, esta norma Superior consagra el deber constitucional de proteger a aquellas personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta o hacen parte de un grupo discriminado, por lo que se impone la obligación en cabeza de las autoridades de adoptar todas las medidas que sean necesarias para lograr una igualdad real de trato, condiciones, protección y oportunidades a dicho grupo de personas.

Para precisar el alcance de esta norma, la Corte Constitucional desde sus inicios ha establecido⁴⁶ que a fin de hacer que este derecho fundamental devenga efectivo para todas las personas, el Estado debe acudir, incluso, al trato diferencial positivo. Así, la Sentencia T-330 de 1993⁴⁷ precisó:

“Con el trato diferencial positivo se aplica la filosofía esencial del Estado Social de Derecho, que se traduce en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, para hacer que la igualdad sea real y efectiva. El principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo.”

En este orden de ideas, cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta⁴⁸ darles un trato diferencial y positivo⁴⁹, es no solo válido sino una obligación del Estado, quien debe ayudar a este tipo de personas a superar las barreras que encuentran al desenvolverse en la sociedad, mediante la implementación de un enfoque diferencial que disminuya sus dificultades.⁵⁰

De esta manera, la Corte Constitucional en diversas oportunidades ha analizado y desarrollado el derecho fundamental a la igualdad establecido en el citado artículo 13 Constitucional, señalando de manera clara, enfática y reiterada que el principio de igualdad contempla *“de un lado, un mandato de trato igual frente a todas aquellas situaciones fáctica o jurídicamente equiparables siempre que no existan razones suficientes para proveer un trato diferente, y de otro lado, un mandamiento de trato desigual frente a circunstancias diferenciables”*⁵¹.

⁴⁶ T-554 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-040 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón; T-273 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; entre otras.

⁴⁷ M. P. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁸ Tal es el caso de las personas en condición de desplazamiento, aquellas que tienen algún tipo de discapacidad, las mujeres en estado de embarazo, los adultos mayores, las minorías étnicas y raciales, entre otros.

⁴⁹ Entre muchos otros ejemplos, encontramos la ley de cuotas o la asignación de cupos especiales para aspirantes a ingresar a universidades públicas, provenientes de comunidades indígenas.

⁵⁰ Sentencia T-141 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁵¹ Sentencia C- 445 de 2011.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la igualdad se vulnera **cuando sin motivos constitucionalmente legítimos** se otorga un trato preferencial o se consagran discriminaciones a personas que están en situaciones fácticas y jurídicas semejantes, y por lo tanto, se encuentran en igualdad de condiciones. En este sentido, la Sentencia T-047 de 2002⁵² precisó:

“Armoniza este enunciado con el alcance del principio a la igualdad contenido en el artículo 13 superior que determina que dos o más situaciones fácticas comparables sean objeto de un mismo trato jurídico. Esto no impide que exista un trato diferente entre situaciones fácticas similares, pues la discriminación se constituye a partir de la diferenciación que no presenta una justificación objetiva y razonable. Al respecto la Corte ha manifestado que para que el juez de tutela pueda determinar sobre la violación de la igualdad debe verificar no sólo las razones objetivas en que se sustenta el trato diferente sino también la proporcionalidad existente entre finalidad perseguida y los medios empleados para dicho trato”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Así, se ha establecido que el derecho a la igualdad implica la comprobación de situaciones fácticas y de hecho idénticas o similares entre dos circunstancias que ameritan un trato igual.

Con el fin de verificar si hay una vulneración del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha implementado el uso de “*un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad*”⁵³. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.”⁵⁴

⁵² M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁵³ Para una exposición completa de las dos metodologías puede consultarse César A. Rodríguez “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad” en *Observatorio de Justicia Constitucional*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, pp. 257 y ss.

⁵⁴ Sentencia T-577 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En este sentido, la Sentencia T-971 de 2009⁵⁵, señaló los componentes y elementos necesarios en la realización de un test de igualdad, de la siguiente manera:

“El test de igualdad comprende los siguientes elementos: (i) La existencia de grupos o personas comparables, esto es que se encuentren en iguales circunstancias o en situaciones donde las semejanzas son más relevantes que las diferencias; (ii) la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la cual recae; (iii) la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; (iv) la validez del objetivo a la luz de la Constitución y, (v) la proporcionalidad entre el trato desigual y el fin perseguido”.

Los anteriores criterios han sido utilizados en reiteradas decisiones de esta Corporación⁵⁶, en las que se ha determinado la vulneración del derecho a la igualdad, tras considerar que diferentes medidas adoptadas por las autoridades o particulares no satisfacen los juicios planteados en el test de igualdad.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que, en atención al artículo 13 Constitucional, formalmente todas las personas son iguales ante la ley, no obstante, para que esta igualdad sea también material, las autoridades pueden utilizar medidas de acción positivas que beneficien a las personas que se encuentren en especiales condiciones de vulnerabilidad y de esta manera, lograr que lleguen al mismo punto de partida del resto de la sociedad.

Por otro lado, es posible que se admitan algunos tratos desiguales a personas que inicialmente están en condiciones de igualdad, si los mismos persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios. Para verificar esto, la Corte suele utilizar un test de proporcionalidad, en el que se estudian algunos temas específicos, tales como la idoneidad de la medida, la validez del objetivo perseguido y la posible afectación a otros derechos fundamentales, de manera que al final puede tenerse certeza sobre la afectación o no del principio de igualdad.

4. CASO CONCRETO

4.1. OBSERVACIONES GENERALES.

A través de apoderado judicial, los demandantes formularon acción de tutela contra la Sección Tercera del Consejo de Estado, por considerar

⁵⁵ M.P. Mauricio González Cuervo

⁵⁶ Ver entre otras Sentencia T-971 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo; T- 555 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-692 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo y T-141 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

que la decisión proferida dentro del proceso de reparación directa, el ocho (08) de agosto de dos mil doce (2012), vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, al aplicar el test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales ocasionados, desconociendo el precedente jurisprudencial señalado para el efecto.

Por su parte, el Tribunal accionado explicó que dicha decisión fue proferida sin apartarse ni desconocer el precedente del Consejo de Estado. Por el contrario, aseveró que en acatamiento al mismo, utilizó su prudente arbitrio en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales.

Arguyó que el Consejo de Estado ha establecido un tope *indicativo* de 100 SMLMV por concepto de indemnización por perjuicios morales, el cual debe ser examinado junto con el análisis de equidad, por lo que el juez no puede fallar de forma caprichosa sino a partir de criterios de razonabilidad, teniendo en consideración el análisis realizado en casos anteriores, sus similitudes y diferencias con el caso en estudio.

En ambas instancias de tutela, la Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado respectivamente, declararon la improcedencia de la acción de tutela. En primera instancia, determinó que el amparo constitucional no procede contra las sentencias proferidas por los órganos de cierre de las jurisdicciones y; en segunda instancia, no obstante reconocer la procedencia de la tutela contra decisiones de un Alto Tribunal, consideró que la decisión se produjo dentro del libre arbitrio del fallador, teniendo en consideración que los valores de indemnización varían en todos los casos, puesto que se asignan de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso y la determinación de la magnitud del daño sufrido.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales de los accionantes.

Para atender el problema jurídico expuesto, en primer lugar debe la Sala entrar a examinar si en este caso se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales señalados en la parte motiva de esta providencia.

4.2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES EN EL PRESENTE CASO.

4.2.1. El asunto debatido reviste relevancia constitucional.

El problema jurídico puesto a consideración por los demandantes es de relevancia constitucional, puesto que se refiere a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, los cuales considera vulnerados por la providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el caso versa sobre un posible desconocimiento del precedente judicial horizontal por una Subsección del Consejo de Estado, el cual presuntamente conlleva la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

4.2.2. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela

La presente acción de tutela se dirige contra una providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado y no contra un fallo de tutela.

4.2.3. El tutelante agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance.

La jurisprudencia constitucional, en relación con el requisito de subsidiaridad, ha condicionado la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales a una de las siguientes hipótesis:

“a) Es necesario que la persona haya agotado todos los mecanismos de defensa previstos en el proceso dentro del cual fue proferida la decisión que se pretende controvertir mediante tutela. Con ello se busca prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta de la que adelanta el proceso ordinario⁵⁷, que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador⁵⁸, y que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos⁵⁹, pues no es ésta la forma de enmendar deficiencias, errores o descuidos, ni de recuperar oportunidades vencidas al interior de un proceso judicial⁶⁰.

b) Sin embargo, puede ocurrir que bajo circunstancias especialísimas, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso

⁵⁷Cfr. Sentencia T-001/99 MP. José Gregorio Hernández Galindo

⁵⁸Cfr. Sentencia SU-622/01 MP. Jaime Araújo Rentería.

⁵⁹ Sentencia T-116/03 MP. Clara Inés Vargas Hernández

⁶⁰Cfr. Sentencias C-543/92, T-329/96, T-567/98, T-511/01, SU-622/01, T-108/03

judicial, en cuyo caso la rigidez descrita se atempera para permitir la procedencia de la acción⁶¹.

c) Finalmente, existe la opción de acudir a la tutela contra providencias judiciales como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable. Dicha eventualidad se configura cuando para la época de presentación del amparo aún está pendiente alguna diligencia o no han sido surtidas las correspondientes instancias, pero donde es urgente la adopción de alguna medida de protección, en cuyo caso el juez constitucional solamente podrá intervenir de manera provisional.”⁶²

En este contexto, observa la Sala que la decisión atacada en sede de tutela determinó, dentro de un proceso de reparación directa, la responsabilidad del Estado en los daños sufridos por los demandantes, y en ese orden, ordenó el reconocimiento de los perjuicios materiales y morales correspondientes. Aplicando como método de tasación de los perjuicios morales, el test de proporcionalidad.

Igualmente, se observa que contra la decisión de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, en virtud de lo establecido en el artículo 248 del Código Contencioso Administrativo,⁶³ procede el recurso extraordinario de revisión.

De conformidad con el artículo 250 del Código Contencioso Administrativo, son causales de revisión:

“1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

⁶¹ Cfr. Sentencia T-440 de 2003 MP. Manuel José Cepeda. La Corte concedió la tutela a una entidad bancaria y algunos usuarios de la misma, por considerar que en el trámite de una acción de grupo la autoridad judicial había desconocido los derechos a la intimidad y al debido proceso, al ordenar la remisión de varios documentos que implicaban la revelación de datos privados confiados a una corporación bancaria. Sobre la procedencia de la tutela la Corte señaló: “(...) En segundo lugar, la Corte también desestima la consideración según la cual existió una omisión procesal por parte de los usuarios del Banco Caja Social. Dichas personas no integraban el pasivo del proceso de acción de grupo (...). Por lo tanto, difícilmente podían los ahora tutelantes controvertir providencias judiciales que no les habían sido notificadas, y que, por demás, habían sido proferidas en el transcurso de un proceso judicial de cuya existencia no estaban enterados.” En sentido similar pueden consultarse las Sentencias T-329 de 1996 MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-567 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-654 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-289 de 2003 MP. Manuel José Cepeda.

⁶² Sentencia T-598 del 23 de julio de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁶³ Artículo 248: “El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos”.

2. *Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.*
3. *Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.*
4. *Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.*
5. *Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.*
6. *Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.*
7. *No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.*
8. *Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”*

Para la Sala, ninguno de los supuestos de hecho enunciados que hacen procedente el recurso de revisión se presentan en el *sub examine*, puesto que lo pretendido por los accionantes es la indebida aplicación del test de proporcionalidad como método para la tasación de los perjuicios morales dentro del proceso de reparación directa del cual son parte, desconociendo con ello el precedente del Consejo de Estado. De esta forma, como bien se observa, lo cuestionado en sede de tutela no se enmarca dentro de ninguna de las causales del recurso de revisión.

Así las cosas, la Sala observa que los accionantes no cuentan con otros mecanismos diferentes a la acción de tutela para hacer valer las referidas circunstancias, por lo que se colige se encuentra satisfecho el requisito del agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.

4.2.4. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela.

Por otra parte, en relación con el presupuesto de inmediatez consistente en que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable que permita inferir la urgencia de protección de los derechos fundamentales invocados.

En este orden, advierte la Sala que la acción de tutela fue ejercida en un plazo razonable, toda vez que fue presentada el 8 de noviembre de 2012, y la decisión cuestionada data del 8 de agosto de 2012, es decir, fue interpuesta 3 meses después de proferida la providencia que consideran vulneratoria de sus derechos fundamentales.

4.2.5. El tutelante identificó de manera razonable los hechos que, en su concepto, generaron la vulneración de sus derechos fundamentales.

Se observa que en el presente caso, los interesados **identificaron de manera razonable los hechos** que, en su concepto, generaron la vulneración de sus derechos fundamentales, señalaron las causas del agravio y expresaron en su escrito de tutela el carácter fundamental de los derechos conculcados.

En **conclusión**, encontramos que el caso que aquí se estudia, cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por tal motivo pasará la Sala a revisar si se presentan las causales especiales de procedibilidad alegadas por los accionantes.

4.3. EXAMEN DE LOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

Las causales específicas hacen referencia a la concurrencia de defectos en el fallo atacado que lo hacen incompatible con los preceptos constitucionales. Estos defectos son, entre otros: **(a)** orgánico, **(b)** procedimental, **(c)** fáctico, **(d)** material o sustantivo, **(e)** error inducido, **(f)** sentencia sin motivación, **(g)** desconocimiento del precedente constitucional y **(h)** violación directa de la Constitución Política.

4.3.1. En el presente caso, los accionantes alegaron como causal de procedibilidad de la acción de tutela el **desconocimiento del precedente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional**, en los siguientes términos:

4.3.1.1. Inicialmente, hicieron alusión a la jurisprudencia en virtud de la cual el Consejo de Estado determinó que el perjuicio moral puede ser acreditado indiciariamente *“construyendo la prueba indirecta, mediante la aplicación de las reglas de la experiencia”*⁶⁴.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de marzo de 2001. Exp: 13.147. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

En este sentido, recordaron que el Alto Tribunal ha establecido que: *“demostrada las relaciones de parentesco muy cercanas entre la víctima directa del daño, que resulta muerta, y los demandantes, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que estos tenían un nexo afectivo importante con aquella, que determina la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos. Por esa razón, se ha considerado en la mayor parte de los casos, con base en la prueba de parentesco, puede inferirse la afectación espiritual y el profundo pesar sufrido por los actores, de modo que dicha prueba puede considerarse suficiente para acreditar indiciariamente la existencia y la intensidad del perjuicio moral reclamado”*⁶⁵.

Continuaron advirtiendo, que una vez establecida la prueba del parentesco, la posición jurisprudencial se ha basado en la aplicación de los máximos topes en materia del reconocimiento de los perjuicios morales ocasionados. Al respecto, trajeron a colación una sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁶, en la cual se modificó la condena impuesta, por concepto de perjuicios morales, a favor de los padres de una víctima. En concreto, se resaltó de la sentencia en cita lo siguiente: *“la Sala considera, teniendo en cuenta las reglas de la experiencia, que la muerte de un hijo produce un dolor muy grande en los padres que, en algunos casos, puede ser irreparable porque el vínculo que se mantiene entre unos y otros es muy estrecho. (...) Por lo anterior, la Sala considera que le asiste razón a los demandantes y, en consecuencia, se modificará la condena impuesta por el Tribunal y se condenará a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales 100 SMLMV para cada uno de los padres de la víctima”*.

En igual sentido, citaron jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo referente al reconocimiento de las indemnizaciones derivadas del parentesco, específicamente en relación con los hermanos.

Finalmente, se refirieron a la Sentencia del 14 de marzo de 2012, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁷, en la cual se emitió un pronunciamiento en torno a la no aplicación del test de proporcionalidad, en relación con la cuantificación del daño moral. Sobre este particular, la providencia en mención señaló:

⁶⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004. Exp: 13.831. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

⁶⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009. Radicado: 5200123310001997841701. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁷ Radicación: 0500123250001994207401. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

“la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera- sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en las reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona.

En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

4.3.1.2. Por otra parte, los accionantes endilgaron a la sentencia cuestionada un desconocimiento del precedente constitucional, en virtud del cual se ha reconocido el daño moral y su indemnización a favor de los hermanos de la víctima del hecho generador de la reparación directa.

Así, se refirieron a la Sentencia T-934 de 2009⁶⁸, en la que la Corte Constitucional realizó un repaso sobre la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado acerca del reconocimiento de indemnización por perjuicios morales a los hermanos de la víctima. En este sentido, la sentencia de tutela reiteró el criterio adoptado por el Consejo de Estado, en relación con que:

“se presumía que el daño antijurídico causado a una persona “genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales”, presunción de hombre que puede ser desvirtuada por la administración, cuando demuestra que “las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se han tornado inamistosas o, incluso se han deteriorado totalmente.”

⁶⁸ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

(...)

“En este orden de ideas, el parentesco “puede constituir indicio suficiente de la existencia, entre los miembros de una misma familia, de una relación de afecto profunda y, por lo tanto, del sufrimiento intenso que experimentan los unos con la desaparición o el padecimiento de los otros”⁶⁹. Así, en el caso de los hermanos de la víctima, la presunción elaborada para efectos de demostrar el perjuicio moral, se funda “en un hecho probado”, cual es “la relación de parentesco”, pues a partir de ella y “con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso”⁷⁰.

(...)

“6.6. Como consecuencia de la tesis acogida, reiteradamente la Sección Tercera ha estimado que “basta, entonces, las pruebas del estado civil aportadas al proceso, para que esta sala considere demostrado, indiciariamente, el daño moral reclamado por los demandantes”⁷¹, de modo que la condición de hermano de la víctima queda “debidamente acreditada” por los registros civiles⁷² que permiten establecer el parentesco y dar por probado el perjuicio moral⁷³.”

4.3.2. En virtud de lo anterior, la Sala debe señalar en este punto, que la causal específica sobre el desconocimiento del precedente del Consejo de Estado alegado por los actores, debe ser interpretada, de conformidad con las consideraciones realizadas en la parte motiva de esta providencia, como un cargo de defecto sustantivo. En efecto, los actores alegan que presuntamente la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de su fallo, desconoció el precedente horizontal establecido por la Sección Tercera del Alto Tribunal, con lo

⁶⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Radicación No. 85001-23-31-000-1995-00121.01 (14808).

⁷⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001. Radicación No. 52001-23-31-000-1995-6703-01 (13068). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁷¹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 14 de agosto de 2008. Radicación No. 47001-23-31-000-1995-03986-01 (16413). Actor Judith Monterrosa y otros. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷² Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Radicación No. 85001-23-31-000-1995-00121-01 (14808). Actor MariaElina Garzón y otros. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁷³ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008. Radicación No. 52001-23-31-000-1996-08167 (16483). C. P. Enrique Gil Botero.

que vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

Igualmente, en el caso concreto, los accionantes aseveran que se presenta un desconocimiento del precedente constitucional, el cual como ya tuvo la Sala la oportunidad de explicar, constituye una causal autónoma de procedencia de la tutela contra providencias judiciales y se refiere a la inobservancia del precedente sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Constitución.

4.3.3. Para resolver si efectivamente se presentó el defecto alegado, lo primero que advierte la Sala es que la discusión sobre el método a emplear frente a la tasación y liquidación de los perjuicios morales, se relaciona con un tema de naturaleza administrativa que le corresponde fijar al Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y sobre el que la Corte Constitucional no se ha pronunciado directamente, no obstante, haber tutelado los casos en los cuales se ha incumplido lo establecido por el precedente del Consejo de Estado, pero en temas no de carácter técnico, como el aquí planteado, sino frente al reconocimiento de garantías y derechos.

4.3.4. Retomando, se tiene que los accionantes invocan el desconocimiento del precedente sustentándose en varias sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se refieren: **en primer lugar**, a la prueba del parentesco para determinar el daño sufrido; **en segundo lugar**, al tope fijado por la jurisprudencia para efectos del reconocimiento de los perjuicios morales; **en tercer lugar**, al reconocimiento de dichos perjuicios a favor de los hermanos, como parientes de la víctima a quienes se les ha causado daño, y; **en cuarto lugar**, al método aplicado para la tasación de los perjuicios.

4.3.4.1. Para establecer si estos pronunciamientos constituyen precedente horizontal, es primero importante recordar: **(i)** qué debe entenderse como “precedente” y **(ii)** cuándo una decisión es relevante para resolver un caso posterior.

4.3.4.1.1. Como se señaló en la parte considerativa de esta providencia, **precedente** es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de patrones fácticos y problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia⁷⁴. El precedente, entonces, puede consolidarse en una línea jurisprudencial

⁷⁴ La sentencia T-292 de 2006 se afirma que la *ratio decidendi* es la “*formulación del principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base de la decisión judicial*”.

cuando de forma reiterada se emplea la misma *ratio decidendi* para resolver problemas jurídicos similares.

4.3.4.1.2. Una vez identificada una sentencia o grupo de sentencias que constituyen precedente, se debe establecer si son relevantes o no para resolver el nuevo caso objeto de examen. Para ello deben analizarse los siguientes elementos:

“a) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente, b) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, c) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”⁷⁵.

Estos tres elementos hacen que una sentencia o grupo de sentencias anteriores se constituyan en un precedente aplicable a un caso concreto, y, en esa medida, que sean vinculantes en virtud de los principios de igualdad y debido proceso, entre otros. De allí que se pueda definir el *precedente* aplicable, como aquella sentencia o grupo de sentencias anteriores y *pertinentes* cuya ratio representa una regla (prohibición, orden o autorización) determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad semejantes⁷⁶.

4.3.5. Una vez establecido lo anterior, procede esta Sala de Revisión a verificar si en el caso concreto existía un precedente que obligara a la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y si dicha Subsección se apartó del mismo e inobservó las reglas jurisprudenciales establecidas para tal fin.

4.3.5.1. Como se referenció en precedencia, los actores citan varias sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado para señalar que no se dio aplicación al precedente judicial en relación con: **(i)** la prueba del daño; **(ii)** el reconocimiento de dichos perjuicios a favor de los hermanos; **(iii)** el tope señalado para el reconocimiento de indemnización de perjuicios

⁷⁵ Cfr. Sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver además sentencia T-110 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁶ Ver Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales”. Séptima Edición. Ed. Ibáñez (2012).

morales y, (iv) la no aplicación del test de proporcionalidad para efectos de tasar o cuantificar los perjuicios morales ocasionados.

4.3.5.1.1. La prueba del daño.

Frente al primer punto, esto es, la prueba del daño, los accionantes mencionaron las **Sentencias del 19 de marzo de 2001, expediente: 13.147, y del 29 de enero de 2004, expediente: 13.831⁷⁷**, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en las que dicha Corporación estableció que para efectos de demostrar el perjuicio moral, la prueba se infiere mediante la aplicación de las reglas de la experiencia. En este sentido, se indicó que la sola prueba del parentesco es suficiente para inferir la afectación espiritual y profundo pesar sufrido por los familiares de la víctima directa.

4.3.5.1.2. El reconocimiento de perjuicios morales a favor de los hermanos.

En cuanto al reconocimiento de los perjuicios morales a favor de los hermanos, los demandantes, sin citar específicamente ninguna providencia en particular, refieren que *“Recientemente, en sentencia del 2010, reiteró el Honorable Consejo de Estado, que la indemnización proviene del parentesco y precisamente en relación con los hermanos”⁷⁸*.

Ahora, aunque los accionantes no identifican una sentencia en concreto en relación con este tema, encuentra la Sala de Revisión que sobre el particular se han emitido varios y reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado⁷⁹, en los cuales se ha concluido que los hermanos, como miembros de la familia cercana, y entre los que se deduce que existe cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, son sujetos de indemnización por los perjuicios morales que ocasione la lesión o muerte de uno de ellos, por cuanto esto produce una afectación moral y sentimental.

Conclusión: Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que la decisión cuestionada en sede de tutela no desconoce en absoluto lo establecido en las sentencias precitadas. Lo anterior, por cuanto expresamente consideró el fallador que *“con el daño demostrado, consistente en la muerte del AGENTE ROBINSON PALACIOS RENTERIA en el accidente de tránsito de un vehículo*

⁷⁷ Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁷⁸ Demanda de tutela, Folio 39, Cuaderno principal.

⁷⁹ Ver entre otras, Sentencia del 1º de octubre de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente: 17.392. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

adscrito a la policía, se evidencia el perjuicio moral alegado por los actores, esto es, la tristeza y congoja que padecieron el padre y los hermanos de la víctima. Simplemente al aplicar las Reglas de la experiencia, podemos deducir el dolor y la intensa aflicción que produce a una familia, la muerte de un ser querido.

En relación con la solicitud de indemnización por perjuicios morales, la jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que la prueba de la relación de consanguinidad permite inferir la existencia de afecto y unión entre las víctimas y sus familiares. (...)

Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral de los demandantes, con motivo de la muerte de sus familiares (...)”.

En este orden, tal como se desprende de la anterior cita, la Sección Tercera del Consejo de Estado en el fallo acusado, no sólo no se apartó del precedente jurisprudencial señalado sino que reiteró las pautas jurisprudenciales citadas por los accionantes.

En efecto, encontró probado el daño con el parentesco, esto es, determinó que se había configurado un perjuicio moral en razón a la condición de padre y hermanos de la víctima, circunstancia que se demostró con los registros civiles de nacimiento aportados al proceso. Lo anterior, también permite colegir que en nada se negó la indemnización de perjuicios a los accionantes por su condición de hermanos de la víctima.

4.3.5.1.3. El tope señalado para el reconocimiento de indemnización de perjuicios morales.

Por otra parte, afirman los peticionarios que la decisión proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado desconoce la jurisprudencia de dicho Tribunal, en cuanto al reconocimiento del máximo tope contemplado para efectos de la tasación de los perjuicios morales, específicamente lo establecido en la **Sentencia del 19 de junio de 2009, expediente: 5200123310001997841701**⁸⁰, mediante la cual el Consejo de Estado ordenó a favor de los padres de una víctima el pago de perjuicios morales por 100 SMLMV.

En este sentido, refutan el hecho de que la autoridad judicial accionada haya determinado en su caso una indemnización equivalente a 10 SMLMV en el caso del padre y los hermanos, y de 60 SMLV para la

⁸⁰ Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

compañera permanente y la hija, es decir, concedió una indemnización por debajo de los estándares jurisprudenciales referenciados.

Sobre este particular, observa la Sala que el Consejo de Estado, desde la Sentencia del 6 de septiembre de 2001⁸¹, abandonó el criterio que venía utilizando, en virtud del cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral. En consecuencia, consideró el Alto Tribunal que la valoración de dicho perjuicio debía ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y sugirió la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

Esta posición ha venido siendo reiterada de manera unánime por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸². Así, lo expone la sentencia citada por los demandantes para efectos de demostrar la presunta conculcación de sus derechos fundamentales:

*“Acerca de la cuantía de las indemnizaciones procedentes respecto los perjuicios morales, la Sala ha sostenido que la valoración de dicho perjuicio **debe ser hecha por el juzgador en salarios mínimos legales mensuales vigentes** y que en cada caso corresponderá a éste, **dadas las condiciones del caso concreto y según su prudente juicio**, establecer el monto de la misma **para lo cual se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales en los eventos en los cuales el daño presente su mayor grado de intensidad**, lo cual ocurre respecto de los padres que pierden a un hijo.*

(...)

Más aún si como ocurrió en este caso se trata de quien todavía no alcanzaba la mayoría de edad, que estaba en pleno desarrollo de su juventud, que no tenía problemas médicos que hicieran probable o previsible su muerte y que aún convivía con sus padres, circunstancias éstas que revisten mayor notoriedad en el dolor de un padre que no prevé bajo circunstancia alguna la posibilidad de perder a un hijo por un hecho irregular que es

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

⁸² Ver entre otras, Sentencias del 1 de octubre de 2008, Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente: 17.392, del 9 de mayo de 2012, expediente 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente: 52001-23-31-000-1997-08938-01(19195), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

atribuible a la Administración Pública.” (Negrillas y subrayado fuera de texto).

De la lectura anterior, se desprende que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en establecer que la cuantía de los perjuicios morales debe ser fijada por el juez de conocimiento, utilizando su prudente juicio y teniendo en consideración para ello, las circunstancias particulares de cada caso.

Igualmente, se observa que se ha “**sugerido**” un valor de 100 SMLMV por concepto de indemnización de perjuicios morales, cuando el daño se presente en su mayor grado de intensidad, es decir, no se ha señalado que dicha indemnización proceda siempre que haya lugar a conceder perjuicios morales.

Al respecto, observa la Sala que la sentencia referenciada por los accionantes hace alusión a la pérdida de un hijo menor de edad, que aún convivía con sus padres, circunstancias éstas tenidas en cuenta por el juzgador para efectos de determinar que el daño ocasionado revestía una mayor notoriedad o gravedad, lo cual dio lugar a la imposición del tope máximo contemplado para el efecto.

Sobre este punto, resalta la Sala que las circunstancias particulares del Agente de Policía Robinson Palacios Rentería, difieren del caso citado como precedente. Lo anterior, por cuanto como se evidencia no se trata de un menor de edad, no convivía con sus padres o hermanos, puesto que tenía constituido su hogar con su compañera permanente e hija, y ejercía una profesión que implica un riesgo.

Conclusión: Lo expuesto da lugar a determinar que la sentencia mencionada no es un precedente aplicable al caso, toda vez que no tiene elementos fácticos similares a los del caso bajo estudio.

Aunado a lo anterior, tal como se precisó, insiste la Sala de Revisión en que la indemnización equivalente a 100 SMLMV no es una regla fija que deba aplicarse en todos los casos, sino que, tal como lo advirtió la autoridad accionada, es un tope indicativo de indemnización para el juzgador, quien debe tener en cuenta otros factores determinantes de la gravedad del daño.

4.3.5.1.4. El test de proporcionalidad para efectos de tasar o cuantificar los perjuicios morales ocasionados.

Por otro lado, los peticionarios cuestionan el método utilizado en la sentencia atacada para tasar los perjuicios morales a que tienen derecho.

En este sentido, resaltan que la **Sentencia del 14 de marzo de 2012, expediente: 0500123250001994207401, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado**⁸³, expresamente estableció: *“que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral.”*

Acerca de la aplicación o no del test de proporcionalidad para efectos de cuantificar la indemnización por perjuicios morales, observa la Sala que efectivamente la Sección Tercera del Consejo de Estado no tiene establecida una regla clara para dicho efecto.

Así, se encuentra que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en pronunciamientos anteriores a la fecha de la decisión atacada en sede de tutela, ha señalado entre otras, en las sentencias del 9 de mayo de 2011, expediente 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976); del 19 de agosto de 2011, expediente 20144; y del 31 de agosto de 2011, expediente: 52001-23-31-000-1997-08938-01(19195), que la metodología que debe aplicarse para la liquidación de los perjuicios morales es el test de proporcionalidad. En concreto ha sostenido:

“El fundamento de éste test no es otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional, dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y la 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 intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.

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.

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 daño y su desdoblamiento.”

⁸³ M.P. Enrique Gil Botero

Esta posición fue reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien en Sentencia del 23 de mayo de 2012, expediente: 54001-23-31-000-2003-01301-01 (41142), afirmó que *“para la tasación y liquidación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal”*.

Igualmente, en Sentencia del 22 de octubre de dos mil doce 2012, expediente 52001-23-31-000-2000-00240-01(24070), la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que en virtud de la Sentencia del 23 de agosto de 2012, la Sala Plena de la Sección *“no limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en ejercicio de su “arbitrium iudicis” determinara el “quantum” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del “test de proporcionalidad””*⁸⁴.

En este orden, precisó la providencia en cita, que la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena indicó que *“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 la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”*⁸⁵.

En contraposición de lo anterior, existe otra corriente dentro de la Sección Tercera del Consejo de Estado que no avala, como herramienta para tasar la indemnización de perjuicios morales, el test de proporcionalidad. Sobre el particular y tal como se destacó al inicio de este acápite se ha considerado que *“el principio de proporcionalidad no*

⁸⁴ Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón

⁸⁵ *Ibídem*

constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral.”⁸⁶

En concordancia con esta afirmación, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163)⁸⁷, agregó que:

“Los perjuicios inmateriales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño a la salud constituye una lesión a la órbita psicofísica del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables. Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio fisiológico es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del mismo, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos.”

Dentro de la misma línea argumentativa, mediante Sentencia del 24 de julio de 2013, expediente 19001-23-31-000-1998-00242-01(26250), la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró su posición sobre la improcedencia de aplicar el test de proporcionalidad en la tasación de los perjuicios morales, establecida en las sentencias del 5 de julio de 2012, expediente 24260; del 24 de abril de 2013, expediente 26195 y de 8 de mayo de 2013, expediente 26754, entre otras, destacando en esta oportunidad que *“el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona”*.

⁸⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 14 de marzo de 2012, expediente: 0500123250001994207401. M.P. Enrique Gil Botero

⁸⁷ M.P. Enrique Gil Botero

Sobre la no aplicación del test de proporcionalidad para la cuantificación de los perjuicios morales ha venido insistiendo la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre otras, en la reciente Sentencia del 11 de julio de 2013, expediente 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252).

En hilo de lo dicho, encuentra la Sala que asiste razón a los demandantes en señalar que una parte de la Sección Tercera ha considerado que no es procedente utilizar este método para la valoración de los perjuicios morales, en tanto no puede determinarse con criterios objetivos un daño moral que pertenece a la órbita interna del sujeto.

Lo anterior, da lugar entonces a plantear el siguiente interrogante: ¿si la aplicación del test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales de los accionantes desconoce el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 Superior, en relación con quienes se les ha cuantificado dichos perjuicios bajo otros parámetros jurisprudenciales?

Para resolver este problema jurídico, debe la Sala de Revisión analizar la decisión aquí cuestionada, mediante la aplicación del test de igualdad, de conformidad con las consideraciones expuestas en el capítulo 3.9 de la parte motiva de esta providencia.

4.3.5.1.4.1. La existencia de grupos o personas comparables.

En el *sub examine*, se presentan personas o grupos claramente comparables, correspondientes a quienes dentro de proceso contenciosos administrativos, específicamente de reparación directa, solicitan la indemnización por los perjuicios morales ocasionados.

4.3.5.1.4.2. La existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la cual recae.

La Sala observa que evidentemente hay dos grupos de sujetos con las mismas pretensiones encaminadas a lograr el reconocimiento de perjuicios morales. Por una parte, se encuentran a quienes la Sección Tercera del Consejo de Estado aplica para dicho efecto el test de proporcionalidad, y por otra parte, están a quienes la misma sección del Alto Tribunal no sujeta dicha indemnización a los parámetros utilizados en el referido test, lo cual da lugar a afirmar que existe un trato desigual en dicha materia.

4.3.5.1.4.3. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.

De acuerdo con lo señalado en las citadas sentencias en las que se aplica el test de proporcionalidad para tasar la indemnización de los perjuicios

morales, la Sala puede concluir que el objetivo de utilizar este método o herramienta radica en poder realizar dicha cuantificación teniendo en cuenta las características mismas del daño, su gravedad y extensión, o en palabras del propio Consejo de Estado, propender por una *“tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal”*⁸⁸.

En este sentido, la sentencia acusada señaló que la finalidad u objetivo de utilizar el test de proporcionalidad radica en compensar *“razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima la ocurrencia de la tristeza, 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”*.

Igualmente, en la contestación de la demanda de tutela, el Magistrado Ponente de la decisión aquí atacada manifestó que el juez contencioso administrativo se encuentra llamado a motivar razonadamente la tasación y liquidación de los perjuicios morales, sin señalar para el efecto un método específico de valoración, no obstante tenerse en cuenta principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en los cuales se debe decidir.

En este orden de ideas, para la Sala de Revisión el fin perseguido en la sentencia proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 8 de agosto de 2012, es constitucionalmente admisible, puesto que como se observa lo que se busca es motivar la determinación de los perjuicios morales con fundamento en unos criterios objetivos contemplados dentro del test de proporcionalidad, es decir, haciendo uso de lo que a juicio del fallador, es una atribución amparada en la autonomía judicial o *arbitrio iuris*.

4.3.5.1.4.4. Análisis sobre si la medida es o no adecuada.

No obstante lo anterior, para la Sala la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado de aplicar el test de proporcionalidad para efectos de tasar los perjuicios morales, aun cuando se persigue un fin constitucionalmente admisible, no resulta adecuada, puesto que analizar o cuantificar dichos perjuicios de conformidad con unos criterios objetivos y estrictos contemplados en el test de proporcionalidad, coloca a los accionantes en una situación de desventaja frente a quienes en la

⁸⁸ Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 23 de mayo de 2012, expediente: 54001-23-31-000-2003-01301-01 (41142)

misma situación son juzgados conforme a unos parámetros menos rigurosos.

De esta manera, se reitera, que aunque el objetivo de la utilización del test de proporcionalidad es legítimo a la luz de la Constitución, existen otras medidas menos gravosas o que restringen en menor proporción los derechos de los accionantes.

4.3.5.1.4.5. La proporcionalidad entre el trato desigual y el fin perseguido.

En relación con esta cuestión, el concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo a la ponderación entre principios constitucionales, cuando en la solución de un caso particular, dos o más derechos entran en colisión, porque la aplicación plena de uno de ellos conduce a la reducción significativa del campo de aplicación del otro u otros, evento en el cual corresponde al juez constitucional determinar hasta dónde tal reducción se justifica a la luz de la importancia del principio o derecho afectado.

Debe la Sala destacar que la reparación del daño moral busca proteger la afectación a bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial, causados por la vulneración de los sentimientos íntimos de una persona, que surgen producto del dolor físico o psíquico infligido antijurídicamente.

En este orden, encuentra la Sala que los accionantes han sido víctimas de un daño antijurídico que les da el derecho de ser resarcidos patrimonialmente por los perjuicios de índole moral ocasionados, y adicionalmente, han debido soportar un largo proceso judicial con el fin de obtener la reparación a sus perjuicios.

De esta manera, se considera que el cuantificar los daños morales producidos, utilizando para ello una medida restringida, no es necesario ni proporcional, puesto que con ella se están transgrediendo otros derechos fundamentales de los peticionarios, como lo es el derecho a la igualdad, y a la reparación justa, teniendo en cuenta que otras personas en su misma situación fáctica han sido acreedores de una indemnización mayor en atención a no haber sido juzgados bajo los parámetros establecidos en el test de proporcionalidad.

Así las cosas, si lo pretendido con la indemnización de los perjuicios morales es resarcir los dolores o padecimientos infligidos a una persona, someterlos a la evaluación de sus padecimientos de conformidad con unos parámetros de naturaleza estricta y restringida, resulta desproporcionado para el fin perseguido.

La existencia de esta trato diferente en la medida en que se utilice o no el test de proporcionalidad es abiertamente violatorio del derecho a la igualdad de los accionantes, quienes, se insiste, se ven sometidos a un tratamiento más estricto en relación con otras personas que se encuentran en su misma situación.

En este orden, considera la Sala de Revisión que la vulneración al derecho a la igualdad da lugar a que la decisión proferida por la Sección tercera del Consejo de Estado incurra en un defecto por violación directa de la Constitución, el cual como ya se dijo, se configura cuando: **(i)** en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, **(ii) se desconoce un precepto constitucional de aplicación inmediata**, **(iii)** el juez aplica una disposición de orden legal o reglamentaria al margen de los dictados de la Constitución, y **(iv)** aplica un precepto abiertamente inconstitucional en el caso concreto, lo que equivale a no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad.

Conclusión: En hilo de lo dicho, encuentra la Sala que la Sentencia del 8 de agosto de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, desconoció el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, al tasar la indemnización de los perjuicios morales de los accionantes bajo parámetros diferentes a los aplicados a otras personas en la misma situación. Lo anterior, da lugar a concluir que la utilización del test de proporcionalidad, para el caso concreto, no resulta adecuada ni se justifica con el fin perseguido.

4.3.5.2. Finalmente, afirman los peticionarios que de igual forma se configuró un defecto por desconocimiento del precedente constitucional fijado en la Sentencia T-934 de 2004⁸⁹.

Al respecto, puntualiza la Sala de Revisión que en dicha sentencia de tutela, la Corte Constitucional consideró que una autoridad judicial viola los derechos al debido proceso y a la igualdad, cuando se niega a reconocer los perjuicios morales sufridos por los hermanos de una víctima fatal del conflicto armado, con base en una posición jurisprudencial restrictiva que fue modificada posteriormente en favor de las víctimas.

En tal sentido, la Corte resolvió proteger los derechos de una persona cuyo hermano, soldado regular, había muerto, y la justicia administrativa no le reconoció su derecho a que se le pagaran los perjuicios morales con base en una posición jurisprudencial respecto a cómo resolver tal tipo de situaciones, la cual había sido objeto de cambio jurisprudencial.

⁸⁹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

El problema jurídico estudiado en esta sentencia, hace referencia entonces al no reconocimiento de perjuicios morales en favor de los hermanos de la víctima. Situación que ya fue analizada en el numeral 4.3.5.3.1. de esta providencia, en el que se determinó que la sentencia cuestionada no desconoció el precedente relacionado con los perjuicios morales a que tienen derecho los hermanos de la víctima.

4.3.6. Conclusiones

4.3.6.1. La Sala de Revisión considera que no es posible afirmar que se configuró un defecto sustantivo en la modalidad de desconocimiento del precedente, puesto que no existe una jurisprudencia uniforme sobre el método utilizado para la tasación de perjuicios morales dentro de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

4.3.6.2. No obstante, encuentra la Sala que, en el caso concreto, la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en el defecto de violación directa de la Constitución, por desconocer un precepto de rango Superior, al aplicar, para efectos de cuantificar los perjuicios morales de los accionantes, el test de proporcionalidad, método que no está avalado ni es utilizado en otras decisiones adoptadas por la misma autoridad judicial accionada, lo cual constituye una vulneración al derecho a la igualdad de los peticionarios.

En consecuencia, y teniendo en cuenta las razones expuestas, la Sala procederá a revocar el fallo de segunda instancia que declaró la improcedencia de la acción de tutela, para en su lugar conceder el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los accionantes por las razones esgrimidas en esta providencia, en consecuencia, ordenará a la Sección Tercera del Consejo de Estado proferir una nueva decisión dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la Sentencia proferida el veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013) proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, y en su lugar, **CONCEDER**, por

las razones esgrimidas, el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los accionantes.

SEGUNDO. En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS**, con base en las consideraciones esgrimidas en esta providencia, la Sentencia del 8 de agosto de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso de reparación directa iniciado por los accionantes contra la Nación- Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

TERCERO. ORDENAR a la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, profiera una nueva decisión de conformidad con las consideraciones esgrimidas en esta sentencia.

CUARTO. LÍBRESE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General