

Responsabilidad por Daños Constitucionales en la acción de tutela*

Responsibility for Constitutional Damages
in Guardianship Action (Acción de Tutela in Spanish)

*Sergio Luis Mondragón Duarte***

*Andrés Gustavo Pérez Medina****

Cómo citar este artículo: Mondragón Duarte, S. L. y Pérez Medina, A. G. (2020). La responsabilidad por daños constitucionales en la acción de Tutela *Revista Verba Iuris*, 15 (43). pp. 45-62.

Resumen

El cometido de este documento es el desarrollo de una teoría de responsabilidad por daños constitucionales, a través de la facultad que tiene el juez constitucional en sede de tutela de realizar condenas en abstracto ante acciones que trasgredan los Derechos Fundamentales, así partiendo del texto del artículo 25 del Decreto 2591 de 1992 se ha hecho un gran desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional que se sincroniza con el principio de reparación integral. De esta forma, la estrategia

Fecha de Recepción: 6 de octubre de 2019 • Fecha de Aprobación: 6 de diciembre de 2019

* El Artículo es producto del proyecto de investigación: “Modelo de gerencia jurídica pública del Municipio de Medellín y el control de tutela: análisis desde el control interno disciplinario y la protección al medio ambiente” ejecutado en la Universidad Autónoma Latinoamericana (Bogotá – Colombia)

** Abogado, Magíster en Derecho Público, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Especialista en Contratación Estatal. Docente Investigador de la Maestría en Derecho Administrativo adscrita a la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. CvLac https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001637779. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5189-6770> Correo electrónico: sergio.mondragonu@unaula.edu.co. sergiomondragon28@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-5189-6770>.

*** Abogado, Especialista en Derecho de Daños, Responsabilidad Pública y Privada de la Universidad Libre. Investigador egresado del Programa de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia. Correo electrónico: andres.perezme@campusucc.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-5318-7986>.

Reception Date: October 6, 2019 • Approval Date: December 6, 2019

* This Article is product of the research project: “Public Legal Management Model of the Municipality of the Municipality of Medellín and the Control of Guardianship: Analysis from the Internal Disciplinary Control and Protection of the Environment” executed at Universidad Autónoma Latinoamericana (Bogotá - Colombia).

** Lawyer, Master in Public Law, Specialist in Administrative and Constitutional Law, Specialist in State Contracting. Research Professor of the Master in Administrative Law attached to the Graduate School of Universidad Autónoma Latinoamericana. Electronic mail: sergio.mondragonu@unaula.edu.co. sergiomondragon28@hotmail.com. CvLac https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001637779. <https://orcid.org/0000-0002-5189-6770>.

*** Lawyer, Specialist in Damage Law, Public and Private Responsibility of Universidad Libre. Researcher graduated from the Law Program of Universidad Cooperativa de Colombia. Electronic mail: andres.perezme@campusucc.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-5318-7986>.

metodológica empleara un componente deductivo, como lo es el estudio de unas nociones genéricas, como también un componente inductivo, ello es el estudio de casos, para a partir de allí, intentar ofrecer algunos cimientos que permitan la construcción de una teoría de daños constitucionales en sede de tutela.

Palabras clave: Responsabilidad por Daños, Acción de Tutela, Derechos Fundamentales, Condena en Abstracto.

Abstract

The purpose of this document is the development of a theory of responsibility for constitutional damages, through the power of the constitutional judge in the seat of guardianship (Tutela in Spanish) to carry out sentences or final judgments in abstract before actions that transgress the fundamental rights. Thus, starting from the text of Article 25 of Decree 2591 of 1992 has made a great jurisprudential development on the part of the Constitutional Court that is synchronized with the principle of integral reparation. In this way, the methodological strategy will use a deductive component, as is the study of some generic notions, as well as an inductive component, this is the case study, and from there, try to offer some foundations that allow the construction of a theory of constitutional damages in the seat of guardianship (Tutela in Spanish).

Keywords: Responsibility for Damages, Guardianship Action, Fundamental Rights, Sentence in Abstract.

Introducción

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se buscó instaurar un régimen jurídico regido por la garantía de los Derechos Fundamentales, por ello el constituyente creó como mecanismo para la defensa de estos derechos, la acción de tutela la cual tendrá un carácter preferente, sumario y residual, de allí que como principal finalidad que tenga la tutela, sea la cesación de acciones que pongan en peligro o vulneren los Derechos Fundamentales.

Sin embargo, la jurisprudencia Constitucional amparada en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1992, ha realizado diversas declaraciones de condena en abstracto, dándole un papel indemnizatorio a la acción de tutela, al punto de reconocer daños no contemplados dentro del mismo decreto.

De tal manera, que el presente artículo busca desarrollar la pregunta problema *¿Cuál es el alcance indemnizatorio de la acción de tutela en Colombia?*; por tanto, para dar respuesta a este

interrogante el documento plantea el desarrollo de tres objetivos; el primero de a través de una revisión bibliográfica se emitirán unas nociones generales sobre los conceptos de Derechos Fundamentales, acción de tutela, responsabilidad civil y la tipología del daño, para de allí, pasar al segundo objetivo, el cual de forma casuística busca realizar un análisis jurisprudencial de condenas en abstracto hechas por la Corte Constitucional en sede de tutela; para finalmente, mediante un proceso hermenéutico, enarbolar una teoría de responsabilidad por daños constitucionales, teniendo como referentes, los dos primeros objetivos propuestos (Humbarita, 2015; González, 2014).

De esta forma, la estrategia metodológica empleara un componente deductivo, como lo es el estudio de unas nociones genéricas, como también un componente inductivo, ello es el estudio de casos, para a partir de allí, intentar ofrecer algunos cimientos que permitan la construcción de una teoría de daños constitucionales en sede de tutela.

Derechos Fundamentales y acción de tutela

Como cambio cualitativo que trajo consigo el Estado Social de Derecho, se consignó en la Constitución Política de 1991 una serie de derechos cuyo carácter es de fundamentales, esto conlleva a mencionar como lo dice Alexy (2003) estos derechos desde una visión formal, sustancial y procedimental, actuaran como defensa del ciudadano al poder estatal, en tanto estos derechos no se encuentran supeditados a las voluntades legislativas, podrían definirse los Derechos Fundamentales como lo dice Ferrajoli (2010):

Son derechos fundamentales, todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuando dotados de status de personas, de ciudadanos o de persona con capacidad de obrar; entiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de sujeto, prevista a si mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de esta. (p. 19)

La Constitución Política de Colombia trae consigo en el Título II, capítulo 1, De los Derechos Fundamentales, una gama de 30 Derechos Fundamentales, entre ellos el derecho a la Vida, el derecho a la Igualdad, el derecho a la Intimidad Personal y al Buen Nombre, el derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica, el derecho de Libertad de Expresión, entre tantos otros.

A pesar del gran grado de positivismo que trae consigo la definición dada por Ferrajoli (2010) de Derechos Fundamentales, en el ordenamiento jurídico colombiano no solo los derechos consignados de manera expresan en la Constitución política se erigen como Derechos Fundamentales.

Luego desde una posición semántica del derecho como bien cita Calle (2014) de Alexy, no

solo podrán constituirse como Derechos Fundamentales los derechos expresamente señalados por la Constitución, sino también aquellas normas que surgen de los fallos de los tribunales constitucionales, tesis que en el caso colombiano es perfectamente aplicable, al punto de establecerse como Derechos Fundamentales por vía jurisprudencial, el derecho a la Interrupción Voluntaria de Embarazo¹ y el Derecho al Mínimo Vital².

Además de ello, la Corte Constitucional asumiendo una visión amplia³, considerara como mediante un factor de conexidad de algunos derechos pese a que a que inicialmente no sean considerados como de carácter fundamental por su estrecha relación con estos, adquieran tal categoría⁴.

¹ “La Sala resalta que la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE es una aplicación de la ya reiterada y unánime jurisprudencia de esta Corte sobre el denominado derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho fundamental a la salud, la cual se ha venido desarrollando aproximadamente desde el año 2003”. Corte Constitucional, sentencia T-841 de 2011, puede verse también en sentencias T-627 de 2012 y T-601 de 2016.

² Respecto al derecho al mínimo vital ha dicho la Corte Constitucional: “Adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art.1), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) de las personas de la tercera edad (CP art. 46). (Corte Constitucional, sentencia T-482 de 1992)

³ “Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial.” (Corte Constitucional, sentencia T-402 de 1992)

⁴ Un ejemplo son derechos de orden económico, social y cultural como: el derecho a la educación (T-259 de 1998, SU-624 de 1999, T-708 de 2012, C-909 de 2013, T-273 de 2014), a la vivienda digna (sentencia T-908 de 2012,

Ante la especial trascendencia que poseen los Derechos Fundamentales en el orden jurídico colombiano, el constituyente ante la vulneración de una autoridad pública o de un particular dispuso la acción de tutela como mecanismo para la protección de esta clase de derechos, mediante un proceso preferente y sumario, siempre que no existan otros medios judiciales para garantizarlos, de allí que se predique de la acción de tutela como un medio de carácter residual, preventivo y subsidiario.

No obstante, pese a que la principal finalidad que posee la acción de tutela sea la garantía y protección de los Derechos Fundamentales, a través del Decreto 2591 se dio la posibilidad de realizar indemnizaciones mediante condenas en abstracto, por concepto de daño emergente.

Una breve noción sobre la responsabilidad civil y su tipología de daños.

La responsabilidad civil como bien lo anota Visintini (2015) “*evoca la idea de un daño sufrido por alguien y la obligación de repararlo a alguien más*” (p. 13), de allí que esta institución se erija como un mecanismo para el resarcimiento de los perjuicios causados de una persona a otra, así es que Tamayo (2011) consigne sobre esta noción como aquella “*consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros*” (p. 8).

Delimitada la noción de responsabilidad civil, la Corte Suprema de Justicia (2000) citada por Sarmiento, Medina y Plazas (2017) ha configurado como principales elementos para la configuración de la Responsabilidad Civil: el daño, la culpa y la relación de causalidad o nexo de causalidad entre uno y otra, pero resaltando la mayúscula importancia que dentro del plano civil goza la culpa como elemento basilar para la configuración de la responsabilidad civil (Pérez, 2011).

C-359 de 2013 y C-703 de 2015) y el derecho a la salud (T-415 de 2009, T-915 de 2014, T-507 de 2017).

Con la existencia de estos elementos se configurará la responsabilidad civil, de ahí que surja inmediatamente la obligación de indemnizar a la víctima por los daños que se le causaron, aun así, para cumplir con el principio de reparación integral deberá observarse la tipología del daño causado a la víctima.

En procura de identificar los distintos daños que pueden ser reparados en un sistema jurídico, la doctrina ha utilizado diversas tipologías del daño : Corporales e incorporales (Berg, citado por Rougevin-Baville,1992), materiales e inmateriales, económicos o no económicos, daños materiales o morales, aun así, consideramos como la más adecuada a tratar, la esbozada por Henao (2011) en tanto que según la naturaleza del interés lesionado se considerara que la tipología del daño estará circunscrita a daños de carácter patrimonial y extrapatrimonial, en razón de:

Dicho de otra forma, cuando los intereses son considerados como patrimoniales y extrapatrimoniales, la clasificación establecida a partir de este binomio permite que toda manifestación posible del daño tenga su lugar en ella. Es jurídicamente imposible descubrir un derecho que no pueda ser encuadrado dentro de una de esas dos categorías. (p. 159)

De cualquier manera, vale advertir que una clasificación dada a partir de la naturaleza del daño podría llevar a equívocos, en tanto a nuestro juicio un hecho puede ocasionar varios daños, ello es, una acción puede tener vocación de causar daños tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial.

Hecha la salvedad, ante esta primera clasificación, se dará una subclasificación que nos permita identificar de manera más certeza el daño ocasionado.

Respecto del daño de orden patrimonial el código civil establece como elementos de este, el daño emergente y el lucro cesante. El primero de ellos como:

El daño emergente es el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado, la disminución específica, concreta, real y cierta de su patrimonio. En palabras más simples puede afirmarse que el daño emergente lo conforman las sumas de dinero que salen del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias o efectos del daño. (Martínez y Martínez, 2003, p. 264)

Mientras que cuando se habla de lucro cesante:

(...) Se ha entendido la frustración, privación o falta de un aumento patrimonial a consecuencia del daño. La falta de rendimiento de productividad de las cosas o el dejar de percibir beneficios económicos como consecuencia del daño, la falta de rendimientos de productividad de las cosas o el dejar de recibir beneficios económicos, como consecuencia de los hechos dañosos conforman el lucro cesante. (Martínez y Martínez, 2003, p. 264)

Ahora entonces frente a los daños de carácter extrapatrimonial, en el ordenamiento jurídico colombiano en la actualidad el Consejo de Estado, como bien dice Ruiz (2016) se reconocen:

- a) *Perjuicio moral.*
- b) *Daño a la salud –perjuicio fisiológico o biológico–.*⁵
- c) *Cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de «daño corporal o afectación a la integridad psicofísica» y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño*

⁵ El Consejo de Estado ha variado la denominación de este daño, por daño a la vida en relación o alteración de las condiciones de existencia, pueden verse en sentencias: Consejo de Estado (19 de julio de 2000) radicado 253075 [MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez], Consejo de Estado (1 de octubre de 2007) exp.27.268 [MP. Enrique Gil Botero], Consejo de Estado (4 de diciembre de 2007) rad.229367 [MP. Enrique Gil Botero]

a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño –derecho al buen nombre, al honor o a la honra; derecho a tener una familia, entre otros–, siempre que esté acreditada en el proceso su concreción, y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fijara esa misma Corporación. (p. 89).

Como daño moral se entenderá *“En su forma más simple, atiende a resarcir la lesión de los sentimientos, situaciones dolorosas, menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinados límites que no rayen en lo patológico.”* (Gil, 2014, p. 178), en tanto que cuando se habla de daño fisiológico o daño a la vida en relación, se hará referencia a *“la pérdida o deterioro de la capacidad lúdica o placentera que puede brindar la integridad corporal y la afectación que en el mundo exterior produce el daño”* (Gil, 2014, p. 189).

Condena en abstracto en sede de tutela

Pese a que la condena en abstracto para la garantía de los Derechos Fundamentales no es novedosa del ordenamiento jurídico colombiano, si viene convenir como a *prima facie* la finalidad de la acción de tutela no es realizar esta clase declaratorias de condena, con todo el Decreto 2591 en su artículo 25⁶, otorga tal facultad

⁶ Decreto 2591 de 1992. Art.25. indemnizaciones y costas. cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho, así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite

de manera excepcional a los jueces en razón de la misma garantía de los Derechos Fundamentales, de esta manera precisó la Corte en un primer momento sobre la función que tiene la condena:

Ningún motivo de inconstitucionalidad encuentra la Corte en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, también acusado en este proceso, puesto que ese precepto se limita a indicar la natural consecuencia atribuida por el Derecho, en aplicación de criterios de justicia, a la comprobación del daño que se deriva de acción u omisión antijurídica, la cual no puede ser distinta del resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó, tal como dispone el artículo 90 de la Constitución. Se trata de reparar, por orden judicial, el daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, supuestos que justifican y aún exigen que el fallador, buscando realizar a plenitud la justicia en cada caso, disponga lo conveniente.

Desde luego, no se trata de sustituir a la jurisdicción especializada ya que el juez de tutela tan sólo tiene autorización para ordenar la condena en abstracto y su liquidación corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o al juez competente, lo cual en nada se opone a las previsiones constitucionales. (Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992)

De esta manera, la Corte Constitucional, mediante diferentes pronunciamientos a determinado el alcance que tiene tal facultad indemnizatoria y los requisitos para su declaratoria, por ello, en virtud de la sentencia T-403 de 1994, el juez deberá observar los siguientes presupuestos:

incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación.

1. *Que el actor no posea otro medio de defensa judicial.*

2. *La violación del derecho tiene que haber sido manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.*

3. *La indemnización deber ser necesaria para el goce efectivo del derecho.*

4. *La indemnización solo procede si han sido atendidas a cabalidad las reglas del debido proceso.*

5. *La acción debe estar encaminada a resarcir solo el daño emergente.*

6. *Una vez decretada la condena, el juez debe determinar en qué consistió el perjuicio, cual es la razón de ser del resarcimiento, cual es el hecho que dio origen al perjuicio, cual es la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño causado, para finalmente determinar las bases sobre las cuales estará sujeto el juez correspondiente a la hora de hacer la liquidación.*

Nótese como la Corte Constitucional ha buscado limitar la procedencia de la indemnización en sede de tutela con el señalamiento de una serie estricta de requisitos que hagan que la condena en esta sede obtenga un carácter excepcional.

Condenas por daño emergente en sede de tutela

Acto seguido se presentarán una serie de casos que serán resueltos por la Corte Constitucional donde se declaran condenas por concepto de daño emergente.

Sentencia T-222 /1992: caso Oscar Dueñas vs Universidad Incca de Colombia

La acción de tutela es promovida por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Incca de Colombia en contra de las directivas de la institución, exponiendo que en repetidas ocasiones en

minimizado, controlado, desautorizado y recriminado por las directivas de la Universidad, ya que se le ha impedido en diversas oportunidades dar sus opiniones y propuestas como también ha sufrido diversas acciones tendientes a obstaculizar su trabajo.

Ante tal supuesto fáctico, la Corte Constitucional considera que las actuaciones de las directivas de la Universidad atentan contra los derechos a la Intimidad, a la Dignidad Humana, a la Imagen, al Buen Nombre, y al Libre Desarrollo de la Personalidad, en esta medida ante tal vulneración considera que debe darse condena contra los accionados:

De otra parte, en el caso que esta Sala analiza no se concreta simplemente la inejecución de un contrato de trabajo por parte del patrono. Esto es apenas una faceta del problema global. Existen desconocimientos de otros derechos atrás mencionados que hacen que en este caso la acción de tutela reúna los requisitos exigidos por la Constitución y la Ley. Por tanto, esta Sala confirmará el fallo proferido por el Juzgado 47 de Instrucción Criminal porque los hechos aducidos por el peticionario constituyen no sólo indebida ejecución del contrato de trabajo por parte del patrono, pues son actos que desconocen no sólo sus derechos de trabajador y su dignidad sino también su buen nombre y su derecho al desarrollo autónomo de la personalidad.

En cuanto a los perjuicios morales y materiales que el peticionario alega que le fueron inferidos, se ordenará en el presente fallo la indemnización en abstracto del daño emergente causado, así como el pago de las costas del proceso. (Corte Constitucional, sentencia T-222 de 1992)

De esta forma en su resuelve, se expresa:

TERCERO-. CONDENAR a la Universidad INCCA de Colombia a la indemnización del daño emergente causado al peticionario en

el monto que se compruebe ante las autoridades competentes, siempre que no haya sido indemnizado en la conciliación del conflicto laboral de que da cuenta la parte motiva de la presente providencia. (Corte Constitucional, sentencia T-222 de 1992)

Pese a lo decidido por la Corporación, quedan más dudas que certezas sobre la viabilidad de la condena en razón de la inexistencia del daño emergente susceptible de indemnizar de manera pecuniaria, según el marco fáctico expuesto y la tipología del daño esbozada con antelación.

Sentencia SU-256/1996: caso XXX vs Gun Club e Instituto de los Seguros Sociales

La Corte Constitucional procede a estudiar una acción de tutela en donde el accionante expone que trabajaba para la corporación Gun Club, que una vez al acudir a unos exámenes médicos ordenados por su empleador se le diagnosticó VIH. De tal diagnóstico el médico tratante le aconsejó renunciar a su trabajo, a lo cual el trabajador se negó. Acto seguido, las directivas de la corporación mediante diferentes maniobras, buscaron despedir al trabajador por su enfermedad, hecho que sucedió 3 meses después.

Es como el accionante esgrime la grave situación económica que enfrenta para subsistir y conllevar su enfermedad, además de la imposibilidad de conseguir un nuevo trabajo por su propia condición.

Basada en los anteriores hechos la Corte Constitucional decide tutelar los derechos del accionante, arguyendo la vulneración de sus derechos al trabajo, a la honra y al buen nombre, así expone:

(...) de las difíciles circunstancias en las que ha sido puesto a partir del despido y de la pública divulgación acerca de la existencia de una enfermedad que, a los ojos de la actual sociedad es vista como un estigma y que, por otra parte, científicamente aún no padece, reclama de manera urgente un resar-

cimiento moral y material que le permita seguir viviendo con dignidad.

Se cumple, sin duda la exigencia legal de que la indemnización sea indispensable para asegurar el goce efectivo del derecho, pues no pudiendo ser reintegrado el accionante, en cuanto quedaría expuesto muy seguramente al escarnio, a la ofensa y a la discriminación en el seno del club social, y hallándose en condiciones económicas muy precarias por las circunstancias de su salida del empleo, que le ha cerrado las puertas para otras formas de trabajo, sus derechos únicamente pueden ser protegidos con eficacia mediante la reparación pecuniaria que decretará la Corte. (subrayado dentro del texto) (Corte Constitucional, sentencia SU-256 de 1996)

Por lo anterior el máximo tribunal constitucional, decide condenar por los daños materiales que se probaren y tuvieren un nexo de causalidad con la vulneración de los Derechos Fundamentales del accionante, además de reconocimiento de los daños morales causados, todo ello conforme al artículo 106 del código penal, además de una pensión mensual de vejez insustituible.

Lo mencionado genera plantearse algunas cuestiones, en este caso a partir de lo mencionado por el Artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, cuando la Corte se refiere a daños materiales incluye el lucro cesante o se refiere única y exclusivamente al daño emergente. En consonancia con el mismo artículo y la posibilidad de condena únicamente por daño emergente ¿Por qué la Corte realiza una condena por daños morales subjetivos? Y ¿cuál es el fundamento para tal condena?

Sentencia T-257/2002: Caso Julián Antonio Raigosa vs Davivienda

Se trata de una acción de tutela interpuesta contra el Banco Davivienda, en la cual el accionante argumenta que tenía cuenta de ahorros con la entidad bancaria, pero que empleados

del banco se comunicaron con él para ofrecerle la apertura y celebración del contrato de cuenta corriente sin informársele que junto a este tendría acceso a chequera, tarjeta débito y tarjeta de crédito. Con posterioridad el banco le remitió la respectiva chequera con las tarjetas debido y crédito, además de un pagaré en blanco, a lo cual el usuario le esgrimio a la entidad que únicamente le interesaba el servicio de la chequera.

Pese a la negativa del usuario de acceder a los servicios prestados por la entidad bancaria, el banco inicio cobro pre jurídico que terminó desembocando en reporte negativo ante CIFIN y Data Crédito, por lo que el accionante decidió cancelar inmediatamente la deuda para que dicho reporte desapareciera.

Finalmente, al solicitar un crédito en otro banco, este le fue negado por cuanto el usuario seguía ostentando un reporte financiero negativo.

De esta forma la Corte Constitucional considera que el banco accionado, vulneró los derechos al buen nombre y *habeas data* del accionante, por tanto, al referirse a la posibilidad de condena de perjuicios referenciando algunos precedentes jurisprudenciales, considera:

Aquí lo que se cuestiona es si la entidad actuó con negligencia, pues con su proceder causó un agravio injustificado a quien no está en la obligación de soportarlo, todo lo cual vulnera los derechos fundamentales al BUEN NOMBRE y de HABEAS DATA.

(...)

Por otra parte, también se debe confirmar la condena de perjuicios en abstracta por cuanto obra en el proceso plena prueba que permite concluir que el accionante sufrió perjuicios no sólo por las diversas gestiones que tuvo que realizar, sino porque se le negó un préstamo con base en la información inexacta suministrada por la entidad accionada. (Corte Constitucional, sentencia T-257 de 2002)

Será como para la Corte Constitucional la vulneración de los derechos de carácter fundamental del accionante trajo consigo efectos adversos para su patrimonio, lo que se configuró en un daño, y motivó la siguiente decisión:

Primero: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha del 9 de octubre de 2001, en la cual se tutelan a favor del señor JULIO ANTONIO RAIGOSA VILLEGAS los derechos fundamentales vulnerados por el banco DAVIVIENDA, y condena en abstracto a la entidad accionada a pagar los perjuicios causados al accionante. (Corte Constitucional, sentencia T-257 de 2002)

Sin embargo, de esta sentencia pueden surgir nuevos interrogantes: ¿Cómo puede considerarse como medio de defensa judicial la solicitud de rectificación a una entidad administrativa como la Superintendencia Financiera?, cualquiera sea la respuesta desencadenará en una nueva pregunta: ¿No tenía el accionante la posibilidad de acudir a medios procesales civiles para la declaratoria de responsabilidad del banco?, Y finalmente, entendiendo que solo le es posible al juez declarar el perjuicio por concepto de daño emergente, dado que el crédito nunca estuvo en el patrimonio del accionante: ¿Este puede considerarse como daño emergente o corresponde a otro tipo de daño?.

Sentencia T-465 de 2010: caso Yolanda Joya vs Universidad Antonio Nariño

Como supuestos facticos de la acción de tutela, se expone que la señora Yolanda Joya culminó sus estudios de Psicología en la Universidad Antonio Nariño sede Bucaramanga, que la respectiva institución educativa le entregó paz y salvo de su situación académica como financiera. En ese sentido, la señora Yolanda fue beneficiaria de una beca para realizar estudios de posgrados en el exterior, teniendo como obstáculo el no poder acceder a la misma por la ausencia del grado, todo ello, por cuanto la Universidad se negaba a

conceder el respectivo grado, arguyendo que esta no se encontraba a paz y salvo con la institución.

En este sentido, ante la imposibilidad de acceder a otro medio de defensa judicial, la actora acude a la acción de tutela para que le sea concedido su grado y con el poder acceder a la beca, de la cual resultó beneficiaria.

La Corte Constitucional decide tutelar el derecho de la señora Joya al acceso efectivo a la educación y reiterando los requisitos para declaratoria de condena, con el fin de precaver un posible perjuicio a la actora, decide condenar a la institución educativa:

De otra parte, debido a que la urgencia en la expedición del título estaba supeditada a la formalización del estudio de un posgrado con beca para el periodo 2009 a 2010, sumado a que está probado que la negativa de la institución educativa accionada desconoció el goce efectivo del derecho a la educación de la ciudadana Joya Martínez, la Corte encuentra pertinente condenar en abstracto por los daños que dicha negativa le hubiese ocasionado a la estudiante frente a la posibilidad de continuar en el sistema educativo a nivel de posgrado ya que contaba con la posibilidad real de cursar estudios en la universidad referida. (Corte Constitucional, sentencia T-455 de 2010)

Empero, la Corte supedita la condena a la concreción del daño, ello es siempre y cuando la actora no pudiese acceder a la beca producto de la negligencia de la Universidad:

No obstante, la Sala aclara que la condena en abstracto procede siempre y cuando la actora no hubiese podido acceder a la beca en virtud de la negativa de la expedición del título profesional por las razones expuestas en esta providencia, al igual que lo relativo a la liquidación de perjuicios y el daño emergente, circunstancias que deberán ser analizadas por el juez competente a través de trámite incidental. (Corte Constitucional, Sentencia T-455 de 2010).

En este punto será importante resaltar como para la Corporación pese a que la actora tiene la posibilidad de acceder a otros medios procesales, estos no resultan idóneos porque pondrían en peligro el derecho y la concreción del daño. De tal forma, se denota una función preventiva para evitar la materialización del daño producto de la vulneración del derecho constitucional.

Condena por daños morales en sede de tutela

Pese a que como bien lo indica el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela de manera excepcional podrá otorgar indemnizaciones por concepto de daño emergente, no han sido pocos los fallos de tutela que han hecho condenas por concepto de daño moral por la vulneración de Derechos Fundamentales, lo que lleva a replantearse la naturaleza indemnizatoria de la acción de tutela.

Si bien con anterioridad se trató la sentencia SU-256 de 1996, en donde concurre la indemnización de daños materiales como daños morales, se expondrán algunas sentencias de tutela en donde se condena única y exclusivamente entorno a un daño de carácter moral.

Sentencia T-611 de 1992: caso Herederos de Rafael Orozco vs El Heraldo, el espacio y la libertad

Los herederos del difunto cantante Rafael Orozco, interponen acción de tutela contra los periódicos “El Heraldo”, “El Espacio” y “La Libertad”, en razón de que, a partir de la muerte del cantautor, en los respectivos medios de información se dio una ola informativa que exponía la vida privada e íntima de los accionantes.

Por la morbosa exposición de la vida privada del cantante, considera la Corte Constitucional se le causó un daño su esposa e hijos, en tanto se demacró la imagen del artista mediante fotografías, cartas y correspondencia, todo ello sin

demostrar respeto alguno por el dolor que afligía a sus seres queridos por su muerte, por lo que, ante la solicitud de condena por perjuicios morales, la Corporación decide:

Así, pues, establecidas como lo han sido las transgresiones a la Constitución Política y el desconocimiento a derechos fundamentales en que incurrieron los medios de difusión demandados en este proceso y hallándose fundados los motivos que invocaron los jueces de primera y segunda instancia para conceder la tutela y éste último para acceder a condenar “in abstracto” por los perjuicios morales causados a la familia Orozco Cabello, esta Corte habrá de confirmar en todas sus partes la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla que a su vez confirmó la del Juez Octavo Penal del Circuito de esa ciudad.(subrayado y negrillas dentro del texto)(Corte Constitucional, sentencia T-611 de 1992)

Empero, frente a la claridad del anterior fragmento jurisprudencial el resuelve de la misma sentencia genera contradicciones:

Primero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la Sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992), tanto en lo relativo a la confirmación del fallo de primera instancia, pronunciado por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad el día catorce (14) de julio de 1992, que concedió la tutela impetrada por CLARA ELENA CABELLO DE OROZCO contra los diarios “EL HERALDO” y “LA LIBERTAD” de Barranquilla y “EL ESPACIO” de Santa Fe de Bogotá, como en lo referente a la condena “in genere” del daño emergente causado por los citados medios a la demandante y su familia. (Corte Constitucional, sentencia T-611 de 1992)

Pese a la ambigüedad por la tipología de daño a reparar, creemos que, por la ontología del daño

sufrido por la esposa e hijos del cantante, tal daño se encuadra dentro del daño moral subjetivo, por tanto, no existen supuestos facticos que permitan la configuración del daño emergente. Una interpretación diferente a la anterior sin lugar a dudas vulneraría los derechos de las víctimas ante la imposibilidad demostrar la existencia y cuantificación del daño emergente.

Sentencia T-1083 de 2002: Caso Alexander Morales vs Fernando Moreno(sacerdote)

La Corporación procede al estudio de una acción de tutela en donde se relata que el menor Alexander Morales Bailón quien padece de parálisis cerebral, en compañía de sus padres y tío, acudió a la iglesia “la Sagrada Familia” de la ciudad de Cali. Al momento de la comunión, el señor Alexander fue dirigido a recibir el respectivo sacramento, pero el mismo le fue negado por el sacerdote en razón de su condición de discapacidad, arguyendo que este no tenía posibilidad de discernir y entender la importancia del sacramento, por lo que no merecía recibirlo, para finalmente catalogarlo como un animal.

Ante la vulneración directa a la dignidad humana del accionante por parte del sacerdote, en tanto que pese a la discapacidad que sufre el menor este no pierde su condición de humano, la Corte Constitucional sin estudiar en sus consideraciones la procedencia de declaratoria de condena en abstracto, en el resuelve de la sentencia, teniendo como finalidad reparar el daño causado al menor procede a:

Segundo.- CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales de Alexander Morales Bailón y, en consecuencia, ORDENAR al demandado, sacerdote Fernando Moreno, que, en el término de 5 días haga una ceremonia pública realice un público reconocimiento de que trató de manera indebida e inconstitucional al menor Alexander Morales Bailón. Así mismo deberá expresar públicamente que los discapacitados, sin considerar la causa o condición de la discapacidad, no

implica una situación de inferioridad que permita calificarle como un no ser humano o como un “animalito”. Dicha ceremonia pública deberá realizarse en el mismo lugar en que ocurrieron los hechos que motivaron la presente acción, con convocatoria a los feligreses, así como a los medios de comunicación de la ciudad de Cali.

Tercero.- CONDENAR en abstracto al Sacerdote Fernando Moreno, por los perjuicios morales ocasionados al menor Alexander Morales Bailón, causados por el trato denigratorio y violatorio de la dignidad humana al cual fue sometido.

Como puede observarse la Corte al conceder la tutela por la flagrante vulneración de los derechos del menor, contempla dos medios para la reparación del daño, uno de manera simbólica y otro de carácter pecuniario bajo el título de daño moral.

Sentencia T-1090 de 2005: caso Johana Luz Acosta vs la carbonera LTDA y QK-YITO lounge

La Corte Constitucional procede al estudio de una acción de tutela en donde las accionantes, dos mujeres afrodescendientes relatan como para celebrar la navidad junto con sus amigas acuden a dos discotecas del sector conocido como “el Corralito de Piedra” de la ciudad de Cartagena. En la primera de ellas denominada “La Carbonera”, los guardias de seguridad mediante múltiples excusas les niegan el acceso a la misma. A pesar de ello, con posterioridad al indagar a los guardias de las verdaderas razones para imposibilitarles su entrada, estos les informan que el acceso está restringido para personas de tez oscura.

Acto seguido las mujeres se dirigen a la discoteca “QKA-YITO”, advirtiéndoles que las mujeres afrodescendientes deciden apartarse de las mujeres de tez blanca, así, al momento del ingreso, nuevamente los guardias del establecimiento les niegan el acceso por su color de piel.

Ante el marco fáctico enunciado, la corporación decide tutelas los derechos de las mujeres afrodescendientes entendiendo que las discotecas “La Carbonera Ltda.” y el “QKA-YITO” habían vulnerado los Derechos Fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la honra y la dignidad humana, por ello la Corte expone:

Conforme a lo anterior, esta Sala considera necesario indemnizar en abstracto los perjuicios morales sufridos por la peticionaria representados en el dolor, sufrimiento y vergüenza ocasionados por los establecimientos de comercio “La Carbonera LTDA” y “QKA-YITO” de la ciudad de Cartagena, quienes impidieron el ingreso de Johana Luz Acosta Romero en razón a su raza; dineros que se consideran necesarios –por demás– para que ella asegure el goce efectivo de sus derechos a la dignidad y la honra.

Conforme a lo dicho por el máximo tribunal constitucional colombiano decide resolver:

SEXTO. CONDENAR EN ABSTRACTO, conforme al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a los establecimientos de comercio “La Carbonera LTDA” y “QKA-YITO” al pago del daño emergente representado en el daño moral ocasionado a Johana Luz Acosta Romero, en los términos del argumento jurídico número 8 de esta providencia.

Será como para la Corte Constitucional el daño moral, en materia de violación de un derecho fundamental quedará subsumido dentro del concepto de daño emergente.

Sentencia T-209 de 2008: xxx vs Coomeva E.P.S y hospital universitario Erasmo Meoz de Cúcuta

Rosa menor de 13 años, fue accedida carnalmente de forma violenta, suceso que desencadenó en embarazo y el contagio de una enfermedad de transmisión sexual. Los anteriores supuestos desencadenaron en Rosa graves problemas psicológicos que llevaron a considerar viable el terminar con su vida. Por lo anterior la menor

solicito la realización del aborto, sustentada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, petición que fue avalada por el centro de atención a víctimas de violencia sexual (CAIVAS) de la Fiscalía. No obstante, la EPS Coomeva se negó a realizarle el respectivo aborto teniendo como argumento la objeción de conciencia de sus especialistas médicos y remitió a la menor a otro centro de atención en salud, el cual también se negó a la realización del aborto argumentando la inexistencia de relación contractual de la menor, la objeción de conciencia de su médico y la inexistencia de un peligro para la vida de la menor.

Ahora entonces como consecuencia de la vulneración de los Derechos Fundamentales de la menor, esta da a luz al niño producto de la relación no consentida. En esa medida, ante la declarada vulneración de derechos fundamentales y su imposibilidad de restablecimiento de derechos, se considera:

En relación con los perjuicios, éstos deben ser reparados en su integridad para asegurar el goce efectivo de sus derechos, y así lo deberá tener en cuenta el juez que los liquide, para lo cual valorará que se trata de una menor de edad, cuyo embarazo fue producto del delito de agresión sexual pues fue accedida carnalmente teniendo menos de catorce años, que la violación además de ser un acto violento es de agresión, de humillación y de sometimiento, y que tiene impacto no solo en el corto plazo sino que también es de largo alcance, en los órdenes emocional, existencial y psicológico, incluidos los daños a su salud por la gestación y la enfermedad sexual que le fue transmitida.

Además, se deberá tener en cuenta, que la agresión o violencia sexual es un acto que afecta a la mujer, no solo en su integridad personal, sino también social, sexual y existencial, que altera su historia y sus proyectos de vida, y se convierte en un choque emocional intenso que desencadena en una serie de padecimientos desestabilizadores al

tener que asumirse una carga excesiva en los citados órdenes, personal y social, así como emocional, físico y psicológico. (Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2008)

Es menester observar como en el caso estudiado la Corte Constitucional (2008) no limita la indemnización al perjuicio causado por el daño emergente, sino considera que deben ser reparados todos los daños sufridos por la menor, producto de la vulneración de sus Derechos Fundamentales, entre ellos el daño moral como bien lo demarca el aparte jurisprudencial citado.

Sentencia T-301 de 2016: Rosa vs SaludCoop E.P.S.

La Corte procede a realizar el estudio de una acción de tutela en donde la accionante esgrime encontrarse embarazada, de esta manera en los controles prenatales, se le diagnostica al feto “*hidrocefalia bilateral no comunicante*”, por lo tanto, los galenos le informan de su derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo por encontrarse dentro de marco factico esgrimido en la sentencia C-335 de 2006.

Enseguida, la accionante expone su deseo de practicarse la interrupción voluntaria del embarazo por lo tanto le comunica su decisión a la E.P.S SaludCoop para que proceda a realizar el respectivo procedimiento, sin embargo, la E.P.S por diversas circunstancias se niega a la práctica del mismo.

Será como para la Corte es imperioso tutelar los Derechos Fundamentales a la salud y a la interrupción voluntaria del embarazo de la accionante, todo ello pese al nacimiento del menor, con ello una vez declarada la ausencia de objeto y la imposibilidad de retrotraer la situación dañosa considera la Corte la viabilidad de declaratoria de condena en abstracto por la vulneración de los Derechos Fundamentales de la accionante:

Tercero.- CONDENAR en abstracto a SaludCoop E.P.S., a pagar y reparar integralmente todos los perjuicios causados a la accionante,

la señora Rosa, por la violación del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto al que tenía derecho por reunir las condiciones exigidas en la sentencia C-355 de 2006. Se dará en consecuencia aplicación al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, disponiéndose la reparación integral de los perjuicios sufridos por la accionante, en especial, el daño ocasionado a su salud mental. (Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2016).

Además, considera la Corporación por la importancia del derecho vulnerado dar prelación al crédito producto de la condena:

para asegurar el pago de la suma tasada por el juez administrativo, el Agente Especial Liquidador a cargo del proceso de liquidación de SaludCoop E.P.S. constituirá una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían a la indemnización de los perjuicios derivados de la vulneración del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto. Esta reserva deberá hacerse respetando la prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, y su pago deberá realizarse de inmediato una vez proferida la sentencia condenatoria, de forma preferente frente a los demás reclamantes de la misma clase en el proceso de liquidación de dicha entidad. (Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2016).

De esta providencia podrá destacarse en primer lugar nuevamente como la Corte amplía la gama de daños indemnizables y ya no se remite únicamente al daño emergente, ello basado en el principio de reparación integral instaurado en el ordenamiento jurídico colombiano, así podrá hablarse nuevamente de condenas por concepto de daños morales en sede de tutela cuando se cumplan el carácter excepcional de la mismas.

Finalmente, las condenas en sede de tutela por la propia vulneración de Derechos Fundamentales adquirirán prelación sobre otros créditos del deudor de la indemnización.

¿Hacia un derecho de daños constitucionales?

Pese a que la Constitución Política de 1991 en diferentes pasajes de su articulado usa el concepto de responsabilidad desde diferentes aristas como lo menciona de Ángel (2007):

A responsabilidad civil en su acepción más estricta se refiere el artículo 201.2. Pero, sobre todo, es de destacar el artículo 88, párrafo tercero, que remite a la ley la definición de los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos. La responsabilidad de la Administración (o, en general, de los poderes públicos) se encuentra en los siguientes artículos: El 58, indemnización en caso de expropiación, que en realidad no es un caso de responsabilidad; 59, expropiación en caso de guerra y sin indemnización previa; 90 (precepto capital, equivalente al 106.2 de la Constitución española, con la particularidad de que la norma se refiere sólo al Estado); 136.4; 150.17; 266; 268.5; 336, párrafo segundo; 365, párrafo segundo; 367, párrafo primero; 25; y artículo transitorio 43.” (pp. 11-12)

En este sentido, es necesario abandonar la noción de responsabilidad civil como medio para lograr la reparación mediante indemnizaciones y compensaciones de un daño sufrido, por la de “responsabilidad por daños”⁷ que a mi

⁷ Al respecto Mosset (2007) dice frente a la responsabilidad por daños: “nosotros hemos preferido, antes de ahora, denominar el tema “responsabilidad por daños”; expresión de la cual observamos la ventajas de poner en el centro el detrimento o perjuicio y no la culpa, y, a la vez, destacar que en el periodo actual de la evolución del tema nos encontramos transitando la “responsabilidad” individual al menos, en nuestro país: no hemos llegado a una superación de la atribución o imputación-aunque su de la puramente subjetiva- no a poner el deber de reparar a las espaldas de la comunidad o del Estado. La “responsabilidad” no ha sido superada por la previsión social ni, por lo demás, considerado indiferente el hecho de la autoría del perjuicio. La voz “responsabilidad”

juicio contempla características que difieren del concepto clásico, en tanto:

- El régimen de responsabilidad por daños acepta regímenes de orden objetivo como subjetivo, de allí que el elemento culpa deje de ser elemento esencial de la responsabilidad.
- El régimen de responsabilidad por daños tendrá un especial énfasis en el deber de reparar a la víctima y no en castigar al victimario, ello es en términos de Barros (2006) la responsabilidad tenga un fin correctivo y no retributivo.
- Una noción de responsabilidad por daños permita multiplicidad de formas de reparación, a la meramente dineraria que contempla la responsabilidad civil.
- Una noción de responsabilidad por daños ampliara la gama de daños susceptibles de reparación.

De esta manera trataremos a continuación de elaborar algunos pilares para la configuración de un derecho de daños constitucionales.

Una interpretación conforme al principio de reparación integral

Con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2591 de 1991, se expidió la Ley 446 de 1998, la cual en su Artículo 16 expone: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad, y observará los criterios técnicos actuariales.”

amplía sus alcances y se considera incurso en ella al autor involuntario de un hecho atribuible a riesgo creado. Ya no hay discordancia entre ser responsables y ser demente o menor privado de discernimiento para los actos ilícitos; es el ordenamiento jurídico el que nos declara responsables de los actos o hechos, con prescindencia de la faz subjetiva.” (p. 17)

El principio de reparación integral como menciona Ríos (2012) comprende la restitución de derechos, rehabilitación, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición y reparación simbólica para las víctimas de un suceso dañoso, todos estos elementos configurativos que busquen la garantía de los fines del Estado y con ello, la misma garantía de la dignidad del ser humano.

Ahora partiendo desde una interpretación sistemática⁸ del ordenamiento jurídico y el principio de interpretación más favorable⁹ para la garantía de los Derechos Fundamentales, el Decreto 2591 de 1991 deberá ser interpretado de cara al principio de reparación integral, con ello evidentemente no podrá considerarse como único daño susceptible de reparación por vía constitucional el daño emergente, agregando como por misma mención del Artículo 18 de dicha normatividad, este principio deberá ser aplicado a cualquier clase de proceso que se surta ante la administración de justicia, ante ello, no hallamos razón para que los procesos de tutela no se encuentren dentro de este ámbito normativo.

La reparación de múltiples daños

De cara al principio de reparación integral, ya no solo los jueces en sede de tutela podrán imponer condenas por la concreción de un daño emergente producto de la vulneración de derechos fundamentales, sino por el contrario, como ya lo hemos visto, deberán repararse tanto daños de carácter patrimonial como extrapatrimonial,

⁸ “La interpretación sistemática es la que se le da a la norma en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento jurídico en el cual aquella está inserta.6 Es decir, es aquella que considera la norma como parte de un todo, cuyo significado y alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece.” (Dueñas, 2015)

⁹ “Es un mandato constitucional proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas. Por esto, el único criterio aceptable en los conflictos de alcance y sentido de una ley es aquel que beneficie los derechos y libertades de los ciudadanos.” (ibidem)

ello es, el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral, el daño a la salud y cualquier otro que por su propia naturaleza se constituya como un daño autónomo.

De cualquier modo, considero que la Corte Constitucional deberá establecer con suma claridad el daño que se va a reparar, por cuanto en el estado actual de su jurisprudencia se está incluyendo daños que son de carácter extrapatrimonial (daño moral), en el daño emergente, lo cual no permite tener claridad conceptual frente a la tipología de daños reparados en sede de tutela. Así en consonancia con el principio de reparación integral no es necesario que el juez de tutela utilice formulas químéricas para lograr la reparación integral de la víctima

En este mismo sentido, también será de importancia destacar como dentro de la acción de tutela no será necesario invocar la declaratoria de condena respecto de un daño específico, ello siempre y cuando dentro del proceso de tutela sede por demostrado la existencia del daño, tesis utilizada por el Consejo de Estado (2001).

Finalmente, como bien lo dice Velásquez (2016) deberá el sistema jurídico colombiano adoptar una amplitud de los daños extrapatrimoniales, en tanto su identidad y naturaleza respondan a la vulneración de un interés jurídico de la víctima. Por esta razón conviene aclarar como desde una perspectiva que propenda por cumplimiento de los derechos fundamentales, la sola vulneración de los mismos, sin que sea posible el restablecimiento del derecho generara un daño con identidad suficientemente autónoma, previniendo que lo anterior no podrá ser un óbice para que se generen otros daños de carácter patrimonial como extrapatrimonial de la misma vulneración.

Múltiples mecanismos de reparación

Como anota Henao (2015) el ordenamiento jurídico colombiano dispone múltiples mecanismos de reparación, de esta forma pese a que el

Decreto 2591 de 1991 contempla una indemnización de carácter pecuniario, en tanto que se hace imposible el restablecimiento de los Derechos Fundamentales ya conculcados, el juez constitucional podrá adoptar formas de reparación de carácter simbólico¹⁰ para la satisfacción plena de los derechos de las víctimas además de la toma de medidas para la no repetición¹¹ de esos hechos dañosos con ocasión de la vulneración de un Derecho Fundamental.

Un régimen de responsabilidad objetiva

Ante la gran relevancia que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano, en la mayoría de las sentencias traídas en este documento (Duque, 2015; González, 2016; Guarín, 2015), la Corte Constitucional erige como fundamento de la condena en abstracto la vulneración consumada de un derecho fundamental y no la negligencia o culpa del accionado, de allí que se entrevea que la responsabilidad por daños constitucionales, no tenga como eje esencial un sistema culpabilísimo, es decir, un régimen subjetivo.

Es que no puede obviarse la especial trascendencia que tienen los Derechos Fundamentales como intereses jurídicos que buscan la garantía de la dignidad humana, por ello, una vez acaecido el hecho vulneratorio, el juez constitucional, deberá determinar la simple ocurrencia de los daños para decretar la condena en abstracto. Sea entonces como los daños surgidos de esta clase de quebrantos, consultaran un régimen de responsabilidad objetiva, que como conceptúa Rodríguez (2016):

De esta suerte, la responsabilidad objetiva deja de lado el aspecto subjetivo de la responsabilidad en toda su extensión, siéndole

indiferente la diligencia y, por lo tanto, la fuerza mayor, como medios de exoneración, para preocuparse de a quién le fue asignado el riesgo de perjuicio no imputable en una relación jurídica dada. (p.17)

Conclusiones

La acción de tutela de carácter residual, preventiva y subsidiaria se consagró como un mecanismo para la protección de derechos fundamentales, sin embargo, mediante el Decreto 2591 de 1991 se le brindó la posibilidad a los jueces de realizar condenas en abstracto por daño emergente, teniendo como fin reparar los daños causados con ocasión de la vulneración fundamental, ello siempre que se cumplan los requisitos dados por la norma y cuyo alcance de los mismos ha sido determinado por la Corte Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha proferido condenas en abstracto por diferentes rubros con el fin de garantizar los Derechos Fundamentales de los accionantes, por lo tanto, a primera vista podría pensarse que, en virtud de la teoría de la responsabilidad civil y su tipología de daños, el máximo tribunal constitucional ha desbordado los límites conferidos en la norma al realizar condenas que de manera expresa o tácita no corresponden a título de daño emergente.

Empero, en lo que denominamos responsabilidad por daños constitucionales, teniendo como eje imbricador el principio de reparación integral, el juez constitucional una vez consumada la vulneración del derecho fundamental tendrá la facultad de realizar condenas por cada uno de los daños causados, los cuales respecto de los daños patrimoniales podrán contemplar nuevos tipos diferentes a los expuestos por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, adoptando múltiples formas de reparación y teniendo como fundamento un régimen de responsabilidad objetiva, que permita la reparación por actos que trasgredan los Derechos Fundamentales.

¹⁰ Tómese como ejemplo el segundo punto del resuelve de la sentencia T-1083 de 2002.

¹¹ Tómese ejemplo como el tercer punto del resuelve de la sentencia T-1090 de 2005.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2003), *La fundamentación de los Derechos Humanos* en Carlos S. Nino, recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-fundamentacin-de-los-derechos-humanos-en-carlos-s-nino-0/>
- Barros, E. (2007). *Tratado de la responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- Calle, M. (2014), *Los Derechos Fundamentales como normas jurídicas*, Bogotá, Colombia, editorial Temis.
- Corte Constitucional. Colombia. (1 de octubre de 1992) sentencia C-543 de 1992 [MP. José Gregorio Hernández].
- Corte Constitucional. Colombia. (14 de septiembre de 1994) sentencia T-403 de 1994 [MP. José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. Colombia. (17 de junio de 1992) sentencia t-222 de 1992 [MP. Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional. Colombia. (30 de mayo de 1996) sentencia SU- 256 de 1996 [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. Colombia. (11 de abril de 2002) sentencia T-257 de 2002 [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. Colombia. (16 de junio de 2010) sentencia T-465 de 2010 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional. Colombia. (15 de diciembre de 1992) sentencia T-611 de 1992 [MP. Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. Colombia. (5 de diciembre de 2002) sentencia T-1083 de 2002 [Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional. Colombia. (26 de octubre de 2005) sentencia T-1090 de 2005 [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. Colombia. (28 de febrero de 2008) sentencia T-209 de 2008 [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. Colombia. (3 de noviembre de 2011) sentencia T-841 de 2011 [MP. Humberto Sierra Porto].
- Corte Constitucional. Colombia. (9 de junio de 2016) sentencia T-301 de 2016 [MP. Alejandro Linares Carrillo].
- De Ángel, R. (2006). Derecho de daños y constitución. Recuperado de: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/400/562>
- Dueñas, O. (2015). *Lecciones de hermenéutica jurídica*. 7 ed. Bogotá. Universidad del Rosario.
- Duque C. (2015). El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 33, Documento extraído el 8 de mayo de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/28/25>
- Ferrajoli, L. (2010). *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Barcelona: editorial Trotta.
- Gil, E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. 6 ed. Bogotá. Temis.
- González, O. (2014). La Corte Constitucional como agente del campo jurídico colombiano: la omisión legislativa de principios constitucionales en *Revista IUSTA*, N.º 41 (2), pp. 123-137.
- González, O. (2016) la omisión legislativa como hecho Generador de la responsabilidad Patrimonial del Estado, en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 35, Documento extraído el 8 de marzo de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/5/2>
- Guarín, E. (2015). Una aproximación filosófico-jurídica al sentido de la expresión: “Realización efectiva de los derechos”, en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 34, Documento extraído el 8 de mayo de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/16/14>
- Henoa, J. (2011). Las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios. Arámburo, Maxi-

- miliano. *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*. Tomo I. pp. 139-167. Bogota. Dike.
- Henaó, J. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia una unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado*. N°28. pp. 277-366.
- Humbarita, J. (2015) Derecho Constitucional Hispanoamericano frente a la realidad institucional, manifiesta divergencia en *Revista IUSTA*, N.º 43 (2).
- Martínez, G y Martínez, C. (2003). *Responsabilidad civil extracontractual*. 11 Ed. Temis.
- Mosset, J. (2007). *Responsabilidad por daños*. Tomo Buenos Aires. Rubinzal-culzoni editores.
- Pérez, Á. (2011). *Teoría General de las Obligaciones*. 4 Ed. Bogotá. Doctrina y ley.
- Ríos, L. (2012). Elementos sustantivos y procesales que garantizan la efectividad del principio de reparación integral. *Ambiente jurídico*. N° 14. pp. 118-138.
- Rodríguez, M. (2016). Concepto y alcance de la responsabilidad objetiva. *Revista de derecho privado*. N° 56. pp. 1-19.
- Ruiz, W. (2016). Responsabilidad del Estado y sus regímenes. 3 ed. Bogotá. Ecoe ediciones.
- Sarmiento, D., Medina, S., y Plazas, R. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. Recuperado de: http://app.vlex.com.sibulgem.unilibre.edu.co/#CO/search/jurisdiction:CO/elementos+de+la+responsabilidad+civil/CO/vid/695901389/graphical_version
- Tamayo, J. (2011). *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo Bogotá. Legis.
- Velásquez, O. (2016). *Responsabilidad civil extracontractual*. 2 Ed. Bogotá. Temis.
- Visintini, G. (2015). *¿Qué es la responsabilidad civil?: fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*. [traducido al español de Qual è la responsabilità civile?: Fondamenti della disciplina degli illeciti e della violazione del contratto]. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.